



“Derivando seus justos poderes do consentimento dos governados”

11/05/2020

Spacca

""Spacca" data-guid="luiz-inacio-adams-spacca.png" />Não pretendo aqui discutir o mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6399 e 6403 que tramitam no Supremo Tribunal Federal e buscam impugnar o artigo 19-E da Lei nº 10.522, de 2002, introduzido pela Lei nº 13.988, de 2020. Desejo refletir sobre o mérito de adotar-se, em situações de empate, no qual uma determinada decisão encontra-se nítida e fundamentalmente dividida quanto à interpretação da norma ou dos fatos, a prevalência de um dos entendimentos a partir de uma premissa valorativa. É o caso de Habeas Corpus, por exemplo, em que o empate favorece o paciente em decorrência da presunção constitucional da inocência. Ou o Mandado de Segurança, em que o empate favorece a legitimidade do ato administrativo. O mesmo ocorre no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, CARF, em que o empate era resolvido pela presunção de qualidade do voto do Presidente do colegiado que, no caso, sempre é um representante da administração tributária.

A pergunta que se coloca é: no caso de empate, é possível adotar a presunção em favor da posição dos contribuintes?

Primeiramente, para a possibilidade do "in dubio pro contribuinte", remeto à discussão desenvolvida pelos Professores Hugo de Brito Machado Segundo (*A Lei 13.988/20 e o fim do voto de qualidade no CARF*, 2020); Igor Mauler Santiago (*Voto de qualidade para os contribuintes vale tanto quanto o anterior*, 2020) e Marcos de Aguiar Villas-Boas (*In dubio pro contribuinte reduz as despesas do Estado e aumenta eficiência*, 2015), todos publicados na **ConJur**. Também é oportuno analisar os argumentos apresentados pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP, na Ação Direta de Inconstitucionalidade protocolada na última semana. Não pretendo fazer uma repetição do que já foi dito nos artigos citados, mas trazer mais uma nova perspectiva, considerando que já tive a honra de chefiar a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Primeiramente, é interessante lembrar que a ideia do *in dubio pro contribuinte* parte do entendimento já consagrado de que a interpretação da norma é feita contra quem a redigiu. No caso, o Estado, redator da norma e responsável por sua imposição, não pode ter supremacia absoluta. O *in dubio pro contribuinte* é um mecanismo de contenção ao arbítrio na aplicação da norma.

Todavia, o que mais chama-me a atenção no debate são os múltiplos argumentos não jurídicos a associar a legitimidade da adoção da lei a efeitos nefastos à arrecadação, tomando por base uma premissa de propriedade sobre o interesse público. Em primeiro lugar, tal debate tem como partida que garantir a arrecadação é um valor essencial e que o interesse público é

locacional: só existe no Estado e somente os seus agentes estão aptos a declará-lo e defendê-lo. Por outro ângulo, a sociedade, no caso, nada mais é do que o domínio de interesses privados e desconectados de qualquer deferência à defesa de interesses. Quero assim enfrentar, pontualmente, estes dois argumentos.

O conceito de um domínio locacional do interesse público é contrário a toda evolução da moderna democracia, partindo da Revolução Americana, cuja Declaração de Independência expressamente estabelece:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

O que está ali dito nada mais é do que reconhecer que o Estado não é proprietário do interesse público e que, apesar de ser, por obrigação, vocacionado a buscá-lo, eventualmente está em contradição com o mesmo. Tal princípio, na verdade, não é tão novo, se considerarmos que os Imperadores Chineses eram legitimados pelo que se denominava "Mandato dos Céus", mediante o qual eles estavam vinculados ao propósito de prover o bem estar de todos os súditos chineses e, caso não o fizessem, era legítimo a estes substituí-los. Em suma, o Estado não vale por si, mas pelo que representa e promove. O interesse público, portanto, não é propriedade dos integrantes da burocracia estatal. O interesse público, por mais difícil que seja identificá-lo, está invariavelmente associado a valores que sejam aderentes e que emanam da Constituição Federal, como lealdade, igualdade, fraternidade, justiça. Não pode, portanto, uma parte da burocracia avocar o domínio absoluto neste quesito.

Aliás, neste aspecto, não é demais lembrar que, no Direito Romano, a *lex escrita* em oposição à *lex tradita* parte do conflito com o domínio e arbítrio dos Juízes em dizer a lei. A Lei das XII Tábuas, como ficou conhecida legislação escrita na Roma antiga, decorre do princípio de que todos os cidadãos são portadores do direito de conhecer a lei e aplicá-la, sendo a lei em si um limite ao Estado Juiz que a interpreta.

O segundo ponto que merece crítica é o de que a mudança feita pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República representa um ataque direto à arrecadação pública. A ideia de ética consequencial está diretamente ligada à filosofia utilitarista de Bentham, mediante a qual uma ação é eticamente boa quando promove o bem geral do povo. O que é falacioso no argumento apresentado por aqueles que criticam a norma é estabelecer que o valor "garantir a arrecadação" equivale a promover a felicidade do povo. Garantir a arrecadação só é um valor se associado a outros tão fundamentais, como o devido processo legal, o julgamento por juiz independente, a justiça fiscal, a lealdade para com o contribuinte, a transparência e a clareza



nas orientações fiscais. Todos estes comportamentos são essenciais à administração fiscal, e adotar o resultado fiscal como valor único é promover um argumento artificial e sem conexão com um interesse público da sociedade. Nunca esqueçamos, neste ponto, que uma das características dos Estados Nacionais é a centralização do poder e uma das características da burocracia é tornar-se porta voz deste poder.

Portanto, o mérito deste debate é colocar em evidência o permanente comportamento conflituoso da administração tributária e do contribuinte. Esta dinâmica litigiosa permanente, em que as partes realizam, seja a desconsideração de atos ou negócios jurídicos lícitos para obtenção de resultados favoráveis na arrecadação (no caso da administração tributária) ou planejamentos fiscais por vezes abusivos para alcançar a redução tributária (no caso dos contribuintes) é o verdadeiro mal que contamina o país e promove insegurança jurídica. A eliminação do voto de qualidade e a eleição da posição do contribuinte talvez seja uma experiência positiva para quebrar este ciclo vicioso e destrutivo.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-mai-11/publico-privado-derivando-justos-poderes-consentimento-governados/>