

NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB):

OBJETIVANDO OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO

Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): objetivando os princípios estruturantes do direito

O Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da FGV Direito SP, no âmbito do Projeto Macrovisão do Crédito Tributário, realiza colóquio com o objetivo de debater os possíveis impactos da Nova Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) no direito tributário. O colóquio analisará as deformidades do sistema tributário atual, a aplicabilidade dos novos dispositivos da Lei e os recentes posicionamentos do CARF acerca do tema.

Data: 29.08.18

Local: Auditório FGV Direito SP

Coordenação:

Eurico Marcos Diniz de Santi

João Alho Neto

Programação:

10h - Abertura

Eurico Marcos Diniz de Santi - FGV Direito SP

Tercio Sampaio Ferraz Júnior - PUC e USP

Carlos Ari Sundfeld – FGV Direito SP

André Rodrigues Corrêa - FGV Direito SP

13h30 - Encerramento



NEVES & BATTENDIERI ADVOGADOS



Relatório de Pesquisa

Eurico Marcos Diniz de Santi

Professor e Coordenador do NEF/FGV Direito SP

João Alho Neto

Pesquisador do NEF/FGV Direito SP e

Mestrando em Direito Tributário na USP

Gabriel Franchito Cypriano

Estagiário de Pesquisa do NEF/FGV Direito SP e

Graduando em Direito na PUC/SP

O Núcleo de Estudos Fiscais - NEF/FGV Direito SP, no âmbito do projeto de pesquisa **Macrovisão do Crédito Tributário**, realizou, no dia 29.08.2018, o evento NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO (LINDB): OBJETIVANDO OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO.

O colóquio buscou debater a natureza e objetivo dos dispositivos introduzidos pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). Também foram analisados o processo de implementação e aplicação desses dispositivos em ramos específicos do Direito Público, em especial o Direito Tributário.

O evento contou com a participação de Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV Direito SP), Carlos Ari Sundfeld (FGV Direito SP), André Rodrigues Corrêa (FGV Direito SP) e Tércio Sampaio Ferraz



Júnior (PUC/SP e USP). Patrocínio da Afresp, Demarest, Ernst Young, KPMG, Machado Associados, Machado Meyer, Neves & Battendieri, Schneider Pugliese. Transmissão ao vivo pela página da FGV Direito SP¹ e pelo Portal JOTA².

Este *paper*, elaborado pelos pesquisadores do NEF/FGV Direito SP, está no formato de relatório de pesquisa e tem como objetivo estruturar os principais pontos abordados pelos debatedores que compuseram a mesa do Seminário, permitindo que as colocações e debates travados no âmbito do evento sirvam de material de pesquisa para aqueles que se interessam pela temática da relação da nova LINDB e o Direito Tributário.

A seguir, serão apresentados cada um dos participantes do Seminário, suas principais colocações e o link que levará ao exato momento do vídeo do evento em que a respectiva fala é encontrada. Ressalta-se que os convidados serão elencados por ordem - que não outra - de fala durante o evento³.

1. A nova LINDB não inova, mas reafirma os princípios estruturantes do Estado de Direito

Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV Direito SP) demonstra como os princípios estruturantes do Direito, e mais especificamente, do Direito Tributário - legalidade, irretroatividade, igualdade, transparência e segurança jurídica -, previstos na EC 18/1965, Código Tributário Nacional e Constituição Federal foram distorcidos com a prática jurídica⁴. Entende que a nova LINDB surge para reiterar a necessidade da devida aplicação de tais princípios pelas autoridades tributárias, órgãos administrativos e judiciais, nas esferas federal, estaduais e municipais. Ademais, argumenta no sentido de que a LINDB é norma de aplicação imediata, inclusive aos atos e processos em curso: os princípios sistematizados já são vigentes desde a edição da Emenda 18e estão conectados com a ideia de Estado de Direito⁵.

¹ Disponível em:

<https://direitosp.fgv.br/evento/nova-lei-de-introducao-normas-direito-brasileiro-lindb-objetivando-principios-estruturantes-d>

² Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/ao-vivo-nova-lindb-29082018>, acesso em 30.08.2018

³ Íntegra do evento: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=57m35s>.

⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Kafka, alienação e deformidades da legalidade: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal*. São Paulo: FGV Direito SP/Revista dos Tribunais, 2014, Capítulo 1.

⁵ Fala de Eurico de Santi: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=57m35s>.

2. Edição, aplicação e operacionalização da Lei

Carlos Ari Sundfeld (FGV Direito SP) inicia o debate com uma ressalva: os dispositivos da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm implicação no direito penal e nem no direito privado. Conforme argumenta, o grau de generalidade empregado em cada artigo faz com que se suscite sua aplicação nestas searas, contudo, consistiria apenas em um uso simbólico da lei para soluções de conflitos⁶.

Em seu entendimento, a aplicação dos dispositivos em conformidade ao que se propõem depende de esforço conjunto de compreensão pelos órgãos administrativos, controladores e judiciais. Contudo, o movimento observado é outro. Editada a lei, há um primeiro momento de apropriação, em que diferentes setores oportunamente a utilizam em favor de seus próprios interesses. Em seguida, há um momento de rejeição em bloco, motivada principalmente pela preocupação quanto aos padrões gerais impostos pelos dispositivos. Dessa forma, fica evidente que a ideia de autonomismo jurídico é um entrave à aplicabilidade de uma lei geral - como é a nova LINDB⁷.

Em seguida, o debatedor explica o motivo pelo qual uma norma geral de Direito Público foi inserida na antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). A alteração de seu nome para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em 2012 soou como um convite do legislador para sua edição. Ademais, a seu ver, há uma grande dificuldade de se obter coerência jurídica por meio de reformas setoriais ou legislações pulverizadas, o que motivou um grupo de estudiosos de Direito Público a inserir os dispositivos em uma lei geral já existente. Contudo, os esforços racionalizantes são um compromisso acadêmico e não dos “práticos”, o que resulta em críticas quanto a generalidade dos termos empregados nos dispositivos⁸.

Sundfeld relata que um dos grandes âmbitos de discussão do projeto de lei foi o Ministério da Fazenda, em que se discutiu cada dispositivo e se buscou um consenso. O art. 30 da nova lei⁹ foi resultado de tais discussões. Este visa obrigar as autoridades públicas a atuarem para aumentar a segurança jurídica, seja na aplicação das normas ou edição de regulamentos, súmulas administrativas

⁶ Fala de Carlos Ari Sundfeld: <https://youtu.be/D-crNtX69A0?t=1h42m52s>.

⁷ Carlos Ari Sundfeld fala sobre a apropriação e resistências à aplicabilidade da Lei: <https://youtu.be/D-crNtX69A0?t=1h46m7s>

⁸ Carlos Ari Sundfeld fala sobre a origem e o que motivou a edição da nova LINDB:

<https://youtu.be/D-crNtX69A0?t=1h51m33s>

⁹ Art. 30. *As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.*

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

e respostas a consultas. Nesse sentido, o dispositivo surge para combater a tendência da construção do direito pelo método casuístico, que introduz pela via da prática jurídica desorganização do direito e custos econômicos terríveis¹⁰.

3. Uma questão de coerência e isonomia

André Corrêa (FGV Direito SP) ressalta, em conformidade à ideia introduzida por **Carlos Ari Sundfeld**, que antes do esforço de compreensão de uma nova lei há o de reação e apropriação, algo evidenciado pela história jurídica do País. Em 1942, contexto em que surgiu a Lei de Introdução ao Código Civil, discutia-se a criação da CLT. Um dos grandes entraves a sua operacionalidade foi a resistência dos tradicionais tribunais de Direito Privado quanto ao caráter social das leis trabalhistas. **Corrêa** nota resistência análoga em grupos judiciais, controladores e administrativos quanto aos dispositivos de caráter geral da nova LINDB.

Conforme argumenta, o sistema brasileiro alcançou alto grau de arbítrio. A solução construída a partir de 1988, de flexibilização por formas de raciocínio mais moderno - como é a ponderação de princípios - também sofreu esforço de apropriação. Em decorrência disso, revestiu-se o arbítrio com um novo traje: a ponderação¹¹.

Traça relação entre o art. 28¹² - que responsabiliza o agente público por dolo ou erro grosseiro - com o lançamento por homologação. Nesse sentido, menciona Hans Kelsen, segundo o qual todo ato de aplicação da norma é indistinto - "do policial ao juiz". A partir desse entendimento, ressalta que no lançamento por homologação há um particular realizando a aplicação por autorização legal. Dessa forma, os particulares - no lançamento por homologação - estão nas mesmas condições que o agente fiscal, e nada mais justo que não sejam punidos nas mesmas situações em que estes últimos não recebem sanção alguma, isto é, quando seguem orientação geral da época¹³.

Corrêa destaca que a nova LINDB resgata orientações que já deveriam ser seguidas pelos administradores, julgadores e controladores. As regras já existiam, e agora não se pode mais discutir se devem ser aplicadas ou não. A questão está em como serão suas aplicações. Nesse sentido, cita o art. 20, que preconiza o dever da autoridade de, ao decidir com base em normas gerais e abstratas,

¹⁰ Carlos Ari Sundfeld fala sobre o art. 30 da nova LINDB: <https://youtu.be/D-crNtX69A0?t=2h1m2s>

¹¹ André Corrêa fala sobre os entraves à aplicabilidade e apropriação da Lei: <https://youtu.be/D-crNtX69A0?t=2h18m36s>

¹² Art. 28. *O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*

¹³ André Corrêa fala sobre a responsabilização dos aplicadores da norma e lançamento por homologação: <https://youtu.be/D-crNtX69A0?t=4h10m16s>

considerar as consequências práticas da decisão. Contudo, o seminarista questiona qual o volume necessário ou suficiente de considerações a serem levadas em conta pela autoridade julgadora¹⁴.

Por fim, salienta que a aplicabilidade dos novos dispositivos em conformidade ao que se propõem depende da crença das autoridades em que decidir coerentemente é o melhor caminho.

4. Generalidade: salvação?

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (PUC/SP e USP) ressalta a tendência atual de quebra da percepção hierárquica da tomada de decisão. Cita, nesse sentido, estudo responsável por identificar no plano internacional 125 instituições que não respeitam nada além de si mesmas.

Destaca também o fato de que o sistema jurídico escatológico/piramidal não mais existe na prática. Muito se fala em sistema em rede, ideia também já superada. Na realidade, o que há atualmente, em sua visão, é um rizoma, que consiste em um sistema voltado para si mesmo, de modo a funcionar não monadicamente, mas em sucessões progressivas. Cada decisão se alastra até certo ponto.

O desafio para a teoria jurídica é como lidar com esse novo contexto, e a modificação da LINDB é uma tentativa de lidar com esse rizoma. Outra noção tradicional que se esvai é a de validade: não se sabe mais o que é válido ou não¹⁵.

No processo de tomada de decisão, tem-se, de um lado, a motivação e, de outro, convicção. A motivação, princípio retomado pela lei em diversos pontos, é passível a ser reduzida a alguma forma de lógica. Contudo, o mesmo não se aplica à convicção, ponto em que a LINDB não consegue tratar. O que a tradição jurídica vem decidindo é que na tomada de decisão, o que conta é o dispositivo, e os novos artigos da lei dizem que a motivação vincula quase quanto o dispositivo. Dessa forma, adentramos em antiga discussão do direito anglo-saxônico quanto ao cerne da motivação - *ratio legis* ou *ratio decidendi*. Em seguida, questiona o que, na motivação, constituiria a *ratio decidendi*¹⁶.

Em seguida, **Ferraz Júnior** realiza análise acerca da natureza jurídica da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A questão está em saber se podem ser consideradas como "normas

¹⁴ André Corrêa fala sobre a nova LINDB: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=2h25m13s>

¹⁵ Tércio Sampaio Ferraz Júnior fala sobre tendência jurídica mundial: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=2h44m43s>

¹⁶ Tércio Sampaio Ferraz Júnior fala sobre a motivação da decisão: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=2h55m24s>

expletivas", responsáveis por fornecer maior expressão ao que já deveria ser aplicado, ou se também possuem caráter de normas das normas, com certo grau de interpretação.

O art. 28 da nova LINDB¹⁷, em seu ponto de vista, é mais do que uma lei interpretativa: cria uma responsabilidade¹⁸. Conforme ensina, a tradição do direito legalista é de reforçar a responsabilidade condicional, que consiste em uma forma de se lidar com a angústia decisória. Mas é sobre a responsabilidade finalista que trata a nova lei, ainda que no Poder Judiciário não apresente a força que possui no Poder Legislativo, por exemplo¹⁹.

Nessa perspectiva, cita artigo de Niklas Luhmann, relativo à teoria da argumentação. Seu cerne é a alteração palpável dos processos decisórios, que se deslocam de um olhar para o passado tendo em vista o futuro para um olhar do futuro tendo em vista o presente, realidade da qual decorre a preocupação da Nova Lei de Introdução com a responsabilização e consequências práticas da decisão dos agentes públicos. Na visão do sociólogo alemão citado por **Ferraz Júnior**, o apelo à generalidade e indeterminação - algo evidente no plano constitucional dos direitos fundamentais - é a melhor forma de lidar com a nova realidade decisória. Assim, a generalidade da nova LINDB pode ser a "tábua de salvação". Contudo, generalidade cria imponderabilidade, e a questão será como lidar com esta²⁰.

5. Intervenções dos participantes da mesa e da plateia

A aplicabilidade do art. 24 da nova LINDB no Direito Tributário vem sendo discutida desde sua vigência. Diz o dispositivo:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

¹⁷ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

¹⁸ Tércio Sampaio Ferraz Júnior fala sobre a natureza da nova LINDB: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=3h24s>

¹⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior fala sobre o tema da responsabilidade: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=3h24m12s>

²⁰ Tércio Sampaio sobre artigo de Niklas Luhman: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=4h14m5s>

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

O debate gira em torno de sua fórmula operacional, tendo em vista, principalmente, a cronologia dos atos e suas naturezas (administrativo ou particular). Segundo **Carlos Augusto Daniel Neto**²¹ (CARF), a fórmula seria a seguinte:

Ato 1 - ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

Ato 2 - revisão nas esferas administrativa, controladora, judicial

Ato 3 - ato que visa afastar o ato de revisão

Entende que o ato 1, nos casos de ágio e trava de 30%, por exemplo, são atos particulares, aos quais o dispositivo não se aplica, na medida em que se refere somente aos atos da Administração Pública.

De outro lado, **Breno Ferreira Martins Vasconcelos**²² (Mannrich e Vasconcelos Advogados, e Pesquisador do projeto NEF/FGV Macrovisão do Crédito Tributário) reconstrói a fórmula acima, sustentando a seguinte cronologia dos atos:

Ato 1 - ato do contribuinte

Ato 2 - lançamento/auto de infração (ato administrativo)

Ato 3 - revisão do ato de lançamento

Entende que o ato 2 se reporta à conduta do contribuinte, e é este ato 2 que será revisado no ato 3. A revisão do ato administrativo tem como pressuposto a conduta do contribuinte, que observou orientação geral da época e, por este motivo, não pode ser surpreendido por nova interpretação. A conduta do contribuinte dá ensejo ao ato administrativo de lançamento, então também estaria sendo

²¹ Fala de Carlos Augusto Daniel Neto: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=3h49m>

²² Fala de Breno Vasconcelos: <https://youtu.be/D-crNtX69Ao?t=3h59m20s>

revisada quando da revisão do ato de lançamento. Logo, o art. 24 aplica-se, por exemplo, aos casos de ágio e trava de 30%.

Caio Cesar Nader Quintella²³ (CARF) indaga sobre as expressões "cuja produção já se houver completado" e "situações plenamente constituídas" presentes no art. 24. Preocupa-se com como ficarão a definitividade de produção de efeitos e situações plenamente constituídas frente à possibilidade de 5 anos do ato de particular ser revisado e ainda sofrer lançamento de ofício (de natureza complementar). Outra preocupação é a aplicação dessa regra no processo administrativo.

Karem Jureidini Dias²⁴ (Rivitti e Dias Advogados) analisa o art. 21²⁵, que trata da invalidação de ato administrativo. Nesse sentido, salienta que caso se redefina que em determinado ato não há efeito fiscal de debênture, mas efeito fiscal de aporte de capital e, portanto, distribuição de dividendos, seria impossível que na revisão do fato jurídico tributário não se atribua os efeitos jurídicos dessa requalificação. Em seu entendimento, o julgador deve se ater à lide no processo administrativo. Contudo, no Judiciário, em especial no julgamento de recursos repetitivos, os Tribunais devem analisar todo aspecto de abrangência. Conforme argumenta, a verificação da consequência é obrigatória no Direito Tributário, a fim de que não se cobre o que não é devido.

Valdirene Franhani²⁶ (participante-ouvinte) destaca como o art. 24 visa reafirmar o que o CPC já havia determinado, isto é, reforçar o sistema de precedentes, em convergência ao sistema jurídico anglo-saxão.

Alfredo Maranca (Sinafresp) ressalta que a análise da nova LINDB não deve se ater às minúcias do texto, mas aos valores nele impregnados, no sentido de fornecer maior segurança jurídica aos administrados.

Outras questões levantadas foram a autocontenção da Administração Pública como vetor ao qual a Lei se propôs e no que consistiria o conceito de jurisprudência majoritária²⁷.

²³ Fala de Caio Quintella: <https://youtu.be/2R-kHVPvQ8o?t=2h59m52s>

²⁴ Fala de Karem Jureidini Dias: <https://youtu.be/2R-kHVPvQ8o?t=2h45m>

²⁵ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

²⁶ Fala de Valdirene Franhani: <https://youtu.be/2R-kHVPvQ8o?t=2h55m54s>

²⁷ Intervenção dos participantes: <https://youtu.be/2R-kHVPvQ8o?t=2h58m20s>