



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO, DD. RELATOR DA  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4273

Ref.: ADI 4273

**CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA**, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília, DF, SBN, Quadra 1, Bloco "C", Edifício Roberto Simonsen, inscrita no CNPJ sob o nº 33.665.126/0001-34, por seus advogados (instrumento de mandato anexo), vem, requerer sua admissão como *amicus curiae*, pelas razões que passa a expor:

**CABIMENTO DO INGRESSO COMO AMICUS CURIAE**

Conforme prevê o disposto no § 2.º do art. 7.º da Lei n.º 9.868/99, é cabível o ingresso de entidades como amigas da corte, observada a relevância da matéria e a representatividade da entidade.

Já decidiu o plenário desse Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental na ADI 4.071, que este pedido pode ser formulado até a liberação do processo pelo relator para inclusão em pauta, o que, quanto a este feito, ainda não ocorreu.

Quanto à representatividade da ora Requerente, não parece necessário tecer grandes considerações. Trata-se de legitimada constitucionalmente para propor ações diretas, que detém, legal e constitucionalmente, a representação da Indústria como

categoria econômica, inclusive para questões judiciais. Trata-se de entidade que congrega todas as federações industriais nos Estados, incluindo assim, em sua base, todas as indústrias nacionais.

A relevância da matéria posta, também, é evidente. O uso da restrição da liberdade como instrumento auxiliar da cobrança de tributos é tema que afeta diretamente todo o setor produtivo, daí destacadamente a indústria.

Neste sentido, aliás, a decisão de Vossa Excelência, de 12.out.2009, admitindo a Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso, já demonstra a presença dos requisitos da relevância e da pertinência relativa à representação industrial.

Assim, evidente o cabimento do ingresso da ora Requerente como *amicus curiae*, como ora se requer.

#### **PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA MATÉRIA**

Cumprido destacar logo no início, que a matéria não é nova. Bem ao contrário, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de aplicar regras similares às ora atacadas, sempre decidindo, por unanimidade, pela aplicação das mesmas, sem que nenhuma dúvida fosse levantada a esse respeito.

Ao apreciar o RHC 89618 em fevereiro de 2007, a 1.ª Turma desse Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, assim decidiu:

**DENÚNCIA - PARÂMETROS. Contendo a denúncia dados viabilizadores do exercício do direito de defesa, com exposição do fato criminoso e das circunstâncias em que ocorrido, descabe cogitar de inépcia. CRIME TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - APROPRIAÇÃO - ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS - ALCANCE. A adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - Refis não implica a novação, ou seja, a extinção da obrigação, mas mero parcelamento. Daí a harmonia com a Carta da República preceito a revelar a simples suspensão da pretensão punitiva do Estado, ficando a extinção do crime sujeita ao pagamento integral do débito - artigo 9º da Lei nº 10.684/2003.**

(RHC 89618, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 09-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02267-03 PP-00403 RDDT n. 140, 2007, p. 206 RCJ v. 21, n. 135, 2007, p. 133)

Conforme consta no extrato da ata de julgamento, votaram além do relator os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

Não foi outro o entendimento da 2.<sup>a</sup> Turma ao apreciar o *Habeas Corpus* 83.936 em agosto de 2004:

**EMENTA: SONEGAÇÃO FISCAL E FALSIFICAÇÃO DE SINAIS PÚBLICOS E VALE POSTAL. PRELIMINAR. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. Comprovado nos autos o parcelamento e o regular pagamento do débito tributário junto à Fazenda estadual, é impositiva a suspensão da ação penal. Ordem concedida de ofício, para suspender a ação penal enquanto houver o parcelamento do débito tributário devido à Fazenda estadual. Inteligência do art. 9º, caput, da Lei 10.864/2003 [sic!], c/c Lei Complementar 104/2001, que alterou o art. 151 do Código Tributário Nacional.**

(HC 83936, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2004, DJ 25-02-2005 PP-00035 EMENT VOL-02181-01 PP-00078 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 459-463 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 379-389)

Consta no extrato da ata de julgamento que votaram com o relator a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Mendes, tendo este último proferido voto escrito.

Portanto, da atual composição do Supremo Tribunal Federal, se vê que **sete Ministros** – Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowsky, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes **já tiveram oportunidade de apreciar regra similar, e a aplicaram sem nenhuma cogitação acerca da constitucionalidade.**

Para além dos casos de parcelamento, pode-se citar também os HHCC 89.794 e 91.542, em que a 2.<sup>a</sup> Turma, por decisão unânime, concedeu a ordem para determinar o trancamento de ação penal em virtude da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito. Assim, teríamos também votos dos Ministros Cezar Peluso e Eros Grau.

Conquanto não sejam idênticas as situações do pagamento integral e do parcelamento, parece difícil entender que o pagamento integral extingua a punibilidade penal é compatível com a Constituição, mas parcelar o débito, com todos seus acréscimos,

pagar regularmente as parcelas e, ao final, quitar o débito, não possa ser tratado como hipótese de suspensão da pretensão penal e de posterior extinção da punibilidade.

### EQUÍVOCOS DA TESE DEFENDIDA NA INICIAL

Nesta ação direta a então Procuradora Geral da República ataca a constitucionalidade dos artigos 67, 68 e 69 e respectivos parágrafos, todos da Lei n.º 11.941/2009, eis que violariam o artigo 3.º e o *caput* do artigo 5.º, ambos da Constituição Federal, bem como o princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da proteção deficiente.

Para sustentar a afirmação, a inicial constrói uma interessante tese de filosofia moral, ligada a filosofia jurídica. Afirma, primeiro, com base em Luigi Ferrajoli, que não basta mais à validade da lei a mera regularidade formal, sendo necessário o atendimento de requisitos de justiça substancial. Parte para Gustavo Zagrebelsky para afirmar a necessidade de adequação valorativa das leis às Constituições e prossegue com Maria Fernanda Palma afirmando ser a Constituição quem defina as obrigações essenciais do legislador, devendo o Estado ser promotor de bens, direitos e valores.

Numa tentativa de ao menos iniciar a aproximação com a questão tratada, a inicial destaca lições do Ministro Gilmar Mendes, na qual afirma que os direitos fundamentais não expressam apenas proibição de excesso, mas também de omissão quanto à proteção do indivíduo contra ataques de terceiros. Em seguida, reproduz os dizeres do artigo 3.º da Constituição e afirma que o mecanismo tradicional e eficaz para assegurar tais compromissos é a arrecadação de tributos.

Ao estabelecer que os tributos são o instrumento para a realização dos objetivos do artigo 3.º da Constituição, a inicial afirma que o objeto dos crimes contra a ordem tributária não seria de índole meramente econômica, mas de atentado contra a justiça distributiva. Cita Maria Conceição Ferreira da Cunha para afirmar que compete ao Estado assegurar, inclusive mediante a tutela penal, o cumprimento das prestações públicas que são devidas para sua sustentabilidade.

Desse ponto a inicial parte para afirmar que medidas como as atacadas na inicial atingem o caráter suasório e pedagógico da norma.

Em seguida, a inicial traz entendimento de S. Exa. o Min. Gilmar Mendes, firmado em caso que se apreciava a extinção da punibilidade em casos de estupro cometido contra criança de nove anos de idade pela posterior convivência entre autor e vítima, para tentar trazer a mesma noção de vedação à proteção deficiente – lá utilizada para um caso de estupro contra menor de nove anos de idade – para os casos abarcados pelos artigos atacados pela inicial.

Essa a tese trazida na inicial.

Com todas as vênias, a inicial cai à perfeição no que Schumpeter bem chamou de vício ricardiano, a saber, o hábito de empilhar uma carga pesada de conclusões práticas sobre uma fundação tênue, que não se lhe iguala, mas que parece, em sua simplicidade, não apenas atrativa, mas também convincente.<sup>1</sup> Incidiu a inicial no que Adam Smith destacou como “*uma propensão – natural a todos os homens, embora os filósofos sejam particularmente capazes de cultivar com especial afeição, por ser o grande meio de exibir sua inventividade – a de explicar todas as aparições, partindo do menor número possível de princípios*”<sup>2</sup>.

É possível concordar com todas as premissas filosóficas da inicial. Contudo, cabe discordar de um dos elementos de conexão trazidos e da pertinência do “salto” realizado da elevada abstração filosófica para uma conclusão normativa concreta.

No parágrafo 19 da inicial afirma a Autora que “o mecanismo tradicional e eficaz para assegurar tais compromissos [os do art. 3.º da Constituição] é a arrecadação de tributos”.

A afirmação não procede.

Veja-se, na própria nota de rodapé 13, que lhe serviria de amparo, que o que lá se afirma é que *grande parte* dos objetivos de justiça social são realizados através da cobrança de impostos. “Grande parte” é apenas uma “parte grande”, que não exclui a existência de outras, inclusive mais relevantes.

---

<sup>1</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. London: Allen & Unwin, 1986, pp. 540 e 1.171. A expressão “vício ricardiano” foi cunhada por Schumpeter tendo em vista a prática de David Ricardo de isolar duas variáveis, como salários e preços, considerar as demais variáveis constantes (*ceteris paribus*) e disto extrair conclusões preditivas para a condução das políticas públicas da época.

<sup>2</sup> SMITH, Adam. *Teoria dos Sentimentos Morais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 371.

Primeiro, a arrecadação de tributos não é um mecanismo tradicional de busca pela constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, que garante o desenvolvimento nacional, erradica a pobreza e a marginalização e reduz as desigualdades sociais e regionais, bem como promove o bem comum.

Tais objetivos foram buscados, ao longo da história mundial e nacional, primordialmente pela regulação, não pelo Estado como agente econômico.

Dentro da regulação, o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais foi buscado primordialmente com mecanismos de incentivo, de indução e não com subvenções orçamentárias. Dizer que a tributação é o mecanismo tradicional e eficaz só faria sentido se o instrumento precípua fosse o gasto público. Mas o gasto público só seria o instrumento precípua se o ator principal, preponderante na sociedade, fosse o próprio Estado.

Num pequeno exemplo, veja-se as facilidades para o desenvolvimento econômico, social e cultural advindas da universalização das telecomunicações. Ao tempo do Estado-ator-principal, uma linha de telefone chegava a custar o equivalente a quatro mil dólares, a ser relacionada como bem em inventário. Após a retirada do Estado, de ator principal para a de agente regulador, a universalização foi construída primordialmente com recursos privados, sem o uso de recursos tributários. Quanto aos recursos tributários, é interessante notar que mesmo o fundo constituído com tributo especificamente com tal finalidade, o FUST, parece, na prática, ter sido transmutado em mero acumulador de recursos, mero garantidor do superávit primário, sem compromisso com gasto público<sup>3</sup>.

A desconcentração do desenvolvimento, com atração de indústrias para o Norte, Nordeste e Centro-oeste se fez, em larga medida, à custas de benefícios fiscais, não de gastos orçamentários. Zona Franca de Manaus, incentivos fiscais estaduais, são muitos os exemplos, todos recaindo, em seu conjunto, no conceito de fato notório, tornando desnecessário o detalhamento.

A tributação é necessária, sem dúvida, para garantir recursos ao Estado. Mas o bem comum, este é obtido não raro com renúncias fiscais<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Neste sentido, veja-se o acórdão TC-010.889/2005-5, do Plenário do TCU, documento anexo.

<sup>4</sup> Apenas como referência histórica, veja-se em ADAMS, Charles. *For Good and Evil: the impact of taxes on the course of Civilization*, Lanham, 1993, pp. 17 e ss. que os dizeres na famosa Pedra Roseta, que possibilitaram que os hieróglifos fossem decifrados relatavam como um faraó pacificou o Egito concedendo

Outro ponto sobre o qual se esquece a inicial é que o beneficiado pelos dispositivos não é exatamente “quem cometeu crime”, mas sim que é passível de uma acusação.

Some-se a isto que o campo tributário não é uma lisa planície sob o sol do meio dia, em que tudo é claro e poucos são os pontos de sombra ou penumbra. Muito pelo contrário. Klaus Tipke<sup>5</sup> bem destaca que

As ordenações de direito tributário em todo o mundo estão todas mais ou menos distantes de um sistema ideal. Em uma se encontram mais, noutras menos, quebras do sistema, que perturbam a unidade, a ordem e coerência do direito tributário. Em não poucos países, tais distúrbios são tão variados e tão extraordinários que, em vez de um sistema tributário, melhor pode falar-se de um conglomerado de impostos, caos fiscal, selva de impostos, matagal ou babel de impostos. Um sistema que se aproximasse do ideal seria exequível talvez mais num Estado autoritário, com base nas concepções de uma cabeça ou de poucas cabeças, do que em uma democracia parlamentar, em que muitos deputados e políticos de associações se mostram diletantes em assuntos de impostos e, sem sistema e sem perspectivas, não raro jogam pôquer ou firmam compromissos. O resultado é então uma pluralidade de dispositivos fragmentários, cujas relações e efeitos globais ninguém mais pode compreender. Tais desvantagens deveriam, no entanto, ser compensadas por outras vantagens.

Em obra mais recente, destaca o mesmo autor que embora haja na Comissão de Assuntos Financeiros da Câmara dos Deputados da Alemanha um discurso razoável, no sentido que Habermas dá a esse termo, ninguém venda os olhos com o véu da ignorância de que fala Rawls<sup>6</sup>.

Entre a estratosfera dos princípios morais e sua interligação com o Direito e a superfície dos fatos concretos há diversas camadas. No mundo real, aquele para o qual se volta o legislador, o Brasil tem uma das maiores cargas tributárias do mundo. Mais que isto, tem um dos piores sistemas tributários conhecidos, aquele que demanda mais tempo para que o contribuinte apure e recolha o que deve. Na edição 2010 do estudo *Doing Business* organizado pelo Banco Mundial e pela PriceWaterhouseCoopers e disponível em <http://www.pwc.com/gx/en/paying-taxes/pdf/paytax-2010.pdf>, página 16, se vê o Brasil

---

ampla remissão de tributos, liberdade para os devedores que estavam presos e criando imunidade para templos.

<sup>5</sup> TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema Tributário In: *Direito Tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira* (coord. Brandão Machado). São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 517-527. Trecho da página 524.

<sup>6</sup> TIPKE, Klaus. *Bestuerungsmoral und Steuermoral*. Wiesbaden, 2000, pp. 61 e 62.

como o país em que mais se consomem horas para satisfazer a burocracia tributária. Uma média empresa, no Brasil, gasta, segundo o estudo, 2.600 horas de trabalho por ano para apurar e ficar em dia com suas obrigações fiscais burocráticas. O "vice-campeão" nesse triste torneio é a República dos Camarões, em que são necessárias 1.400 horas. Em terceiro está a Bolívia, com 1.080 horas/ano.

Certamente o excesso de horas não se deve por pior formação do brasileiro em comparação com o camarones e com o boliviano. Se deve, sim, a um sistema excessivamente complexo. É nesse sistema que, não raro, erros levam a infrações penais. É para esta realidade que as leis são criadas, não para a alta abstração.

Revelando uma outra faceta da mesma situação, estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributária revela que da a promulgação da Constituição de 1988 até 03 de outubro de 2008 haviam sido editadas 3,7 milhões de normas tributárias, o equivalente a 50 normas por dia útil. Como resultado disto, as empresas, em outubro de 2008, tinham o dever de cumprir com 3.207 normas, correspondendo a um gasto de cerca de R\$ 38 bilhões por ano com custos para manter pessoal, sistemas e equipamentos no acompanhamento da aplicação dessas normas<sup>7</sup>.

Na realidade, que combina a umidade das nuvens com o terra do chão, nem tudo corre na assepsia ideal, mas na tensão dinâmica dos fatos. Nessa realidade, o cerne da justiça social está na empresa. É ela que, de ordinário, gera os tributos, a receita pública necessária ao Estado. É ela que gera o bem estar através de empregos, do mercado de consumo, do respeito ao meio ambiente e à livre concorrência. A atuação do Estado é voltada, em grande medida *para* a empresa, para que esta se aproxime do padrão ideal querido pela Constituição: livre iniciativa que gere empregos, renda, produtos para consumo em ambiente de respeito ao consumidor e não agrida o meio ambiente.

No Brasil essa empresa, no que diz respeito à geração de emprego e renda, é preponderante a pequena e média empresa.

As normas em questão afetam apenas supostos fatos ilícitos penais ainda não objeto de denúncia. Se denúncia já houver, as normas não são aplicáveis. Sem denúncia, havendo o pagamento a vista, a punibilidade pelo supostos crimes é extinta. A inicial ataca apenas normas que prevêm a extinção da pretensão punitiva com a quitação

<sup>7</sup> <[http://www.ibpt.com.br/img/\\_publicacao/13081/162.pdf](http://www.ibpt.com.br/img/_publicacao/13081/162.pdf)>. Acesso em 13.abr.2010.



do parcelamento. Sem os dispositivos atacados, aquele que reconheça ser devedor, mas não tenha recursos para fazer o pagamento a vista, se veria na obrigação de escolher entre permanecer omissos ou, requerendo o parcelamento, se submeter a processo criminal.

Ora, o comportamento que se pode esperar razoavelmente é que o parcelamento não seja feito, pois realizado este finda o processo administrativo ante a confissão, ou sequer se instaura. Quem “teria a coragem” de se por diretamente em condição de sofrer processo penal? O ordenamento, sem as regras ora atacadas, induziria fortemente a que as empresas se valessem de todos os expedientes possíveis para procrastinar o término do processo administrativo, de modo a reunir recursos suficientes para o pagamento a vista, ou que tentasse “desaparecer”, mas não que se regularizassem.

Esse processo atinge os dirigentes da empresa. No caso das pequenas e médias empresas, o próprio empreendedor, com prejuízos evidentes ao negócio, quer dizer, à geração de emprego e renda.

Nesta realidade concreta, a opção legislativa de facilitar a regularização de empresas, de induzir a competição *dentro* dos limites da legalidade e não às suas margens, é opção não só legítima, mas elogiável.

Em outro ponto, a inicial sai da análise do que *deve ser* para passar à prognose dos resultados esperados. Nisto, afirma que os dispositivos atacados serviriam de estímulo ao cometimento de novos ilícitos.

Essa prognose, que atrairia para as regras atacadas a pecha de inconstitucionalidade por acarretar em deficiência na proteção, peca por “esquecer” que a sanção penal não é a única existente. Bem ao contrário!

Parece razoável supor que se não todos, ao menos a enorme maioria dos casos que configuram crime contra a ordem tributária acarretam também a lavratura de auto de infração e que, nos termos do § 1.º do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.488/2007, a multa aplicável é de 150%, podendo chegar a 225% na hipótese do § 2.º do mesmo artigo.

A isto ainda se soma a cobrança dos juros calculados na taxa SELIC.



Ora, o mero fato de que de cada R\$ 100,00 de imposto “sonegado”<sup>8</sup> resultar uma dívida de R\$ 250 ou mesmo de R\$ 325, mais a SELIC, parece suficiente para que o comportamento racional esperado seja o de não repetir o erro. Veja-se que os dispositivos atacados tratam apenas de parcelamento e ao parcelamento não são aplicáveis os benefícios da denúncia espontânea, conforme § 1.º do artigo 155-A do CTN.

Tal como o que inibe o crime, mais que a dureza da pena, é o risco de ser pego, o que inibe a “sonegação fiscal” é o risco de ser pego. Quanto a isto, os dispositivos atacados nada influenciam.

A inicial aponta violação à razoabilidade, na vertente da proporcionalidade pela perspectiva da proteção deficiente. Esquece, contudo, que na mesma obra de Gustavo Zagrebelsky<sup>9</sup>, tão mencionada, “*es «razonable» el derecho que se presta a someterse a aquella exigencia de composición y apertura, es decir, el derecho que no se cierra a la coexistencia pluralista*”.

Certamente o que motivou a opção legislativa atacada foi a busca dos resultados abrangentes sobre a sociedade. Tais resultados incluem: (i) o ingresso de recursos, via parcelamento; (ii) a preservação da empresa; (iii) a preservação do ingresso de recursos proporcionados pela empresa em sua atividade ordinária; (iv) a preservação dos empregos gerados; (v) a preservação da opção do consumidor; (vi) a certeza da aplicação da sanção tributária; (vii) a economia do uso da máquina pública no processo administrativo tributário, no processo judicial, tributário e penal; (viii) a vantagem da supressão do custo de oportunidade, vale dizer, a liberação dos recursos materiais do Estado que estariam sendo alocados para a cobrança e persecução do devedor que aderiu ao parcelamento para a persecução de outros. Equivoca-se aqui a inicial, uma vez mais, ao pretender ver apenas o resultado de culminância da lei, o ingresso de recursos via parcelamento.

Sobre a distinção entre resultados abrangentes e resultados de culminância, veja-se a lição de Amartya Sen<sup>10</sup>, Prêmio Nobel de economia em 1998:

---

<sup>8</sup> Embora de modo impróprio, utilizamos aqui “sonegação” no sentido vulgar de burlar a lei tributária, para simplificar a redação, já que distinção dos diferentes tipos nada acrescentaria.

<sup>9</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008: 8.ª ed. Título original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, p. 147.

<sup>10</sup> SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 43.

Há uma distinção entre “resultados de culminância” (ou seja, apenas resultados finais sem considerar o processo de obtenção desses resultados, incluindo o exercício da liberdade) e “resultados abrangentes” (considerando os processos pelos quais os resultados de culminância ocorreram) – uma distinção de importância fundamental, que procurei analisar mais plenamente em outros trabalhos. O mérito do sistema de mercado não reside apenas em sua capacidade de gerar resultados de culminância mais eficientes.

Cabe mais uma vez lembrar: as regras atacadas valem *também* para empresas menores; nessas empresas o empreendedor é o “dono”; a prisão dele afeta a continuidade da própria empresa; sem a continuidade da empresa a geração de renda para os trabalhadores e para o próprio fisco é afetada.

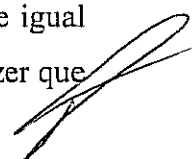
Outro ponto sobre o qual se omite a inicial é que o que garante a prestação de serviços públicos não é a arrecadação tributária, mas sim a disponibilização dos recursos orçamentários.

De pouco ou nada adianta a arrecadação do FUST, *e.g.*, se os recursos não são empregados, se ficam acumulando saldos bilionários, como aponta o acórdão TC-010.889/2005-5, do Plenário do TCU.

No que diz respeito à arrecadação, o que se vê ao longo das últimas décadas é uma arrecadação crescente não apenas em termos absolutos, mas também em termos relativos, como proporção do Produto Interno Bruto. A arrecadação considerada aí é a que efetivamente ingressa nos cofres públicos, portanto, não é afetada pela evasão ou pelo inadimplemento. Evasão e inadimplemento causam sim, em termos mediatos, o agravamento da carga tributária sobre aqueles que pagam, causa desigualdades concorrenciais, mas não constrições ao gasto público.

*Pecunia non olet*, não só para justificar a tributação do uso de cloacas na Roma antiga e para justificar a tributação de atos ilícitos hoje, mas também para dizer, aqui, que a origem da receita, seja originária, seja derivada, não influencia o nível de gastos. Para estes o que importa é que haja receita, mais as etapas legais de liberação de verba, pouco importa a causa da receita pública.

Já tendo atingido 36% do PIB, proporção sem paralelo em países de igual estágio de desenvolvimento e comparável à de países desenvolvidos, não se pode dizer que



o que limita *mais gastos* é a deficiência na arrecadação. Certamente o que limita *mais gastos* são os *outros gastos* já contratados pelo Estado brasileiro.

As duas ilações que empolga a inicial, a de que menos reprimenda penal é igual a estímulo à repetição da infração e que menos arrecadação é igual a menos proteção social olvidam o inolvidável: a existência de multas sancionatórias elevadas e que gastos são custeados por recursos orçamentários, por disponibilidade orçamentária, pouco importa qual seja a fonte.

### SÍNTESE FINAL E CONCLUSÃO

Muito embora as premissas lançadas na exordial sejam corretas, muito embora a ligação entre Direito e Moral seja correta e a garantia não apenas da proibição do excesso, mas sim de um mínimo substancial nas leis seja verdadeira, isto tudo reside no patamar da filosofia jurídica e moral. São fatores pré-positivos que influenciam e, em certa medida, condicionam a criação do ordenamento positivo, seja no plano do legislador, seja no plano do intérprete. Contudo, se isto bastasse, ter-se-ia um regresso a um absolutismo, ao despotismo esclarecido em que o Supremo Magistrado seria o aplicador da lei, intérprete institucional daquilo que bem entendesse fundamentar como sendo a exigência moral para o caso, sobrepondo sua interpretação do justo àquelas dos demais Poderes.

Razoável é o direito que não se fecha à coexistência pluralista<sup>11</sup>, dentro de uma sociedade aberta de intérpretes<sup>12</sup>. A coexistência pluralista, aqui, exige a tolerância da visão do executivo e do legislativo quanto às prognoses, aos resultados esperados da norma.

A prognose legislativa aqui aposta que o resultado social esperado é a regularização das empresas, a continuação da unidade produtiva, gerando emprego, riqueza e bem estar. A opção é prudente, pois (i) exige antecedência ao recebimento da denúncia; (ii) estabelece apenas a *suspensão da pretensão punitiva*; (iii) exige a regularidade no parcelamento, sob pena de retorno da pretensão punitiva; e (iv) só traz a extinção da punibilidade após a extinção do crédito tributário.

---

<sup>11</sup> ZAGREBELSKY, cit.

<sup>12</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1977.

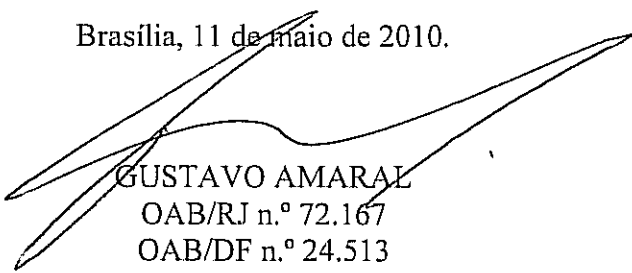
Todo o arrazoado ora trazido se soma às judiciosas razões já trazidas pela douta Advocacia Geral da União, bem como nas informações, aqui não repetidas em respeito à brevidade.

Por todo o exposto, confia a ora Requerente seja deferido seu ingresso nos autos na qualidade de amiga da corte, inclusive para fins de sustentação oral quando do julgamento, e que ao final sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Pede ainda que nas publicações constem o nome do subscritor da presente, para fins de intimação.

E. Deferimento.

Brasília, 11 de maio de 2010.



GUSTAVO AMARAL  
OAB/RJ n.º 72.167  
OAB/DF n.º 24.513