

A TRIBUTAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO- SEMÂNTICO E DA RETÓRICA REALISTA - UM ESTUDO SOBRE A SUPERPOSIÇÃO DE DISCURSOS VENCEDORES.

Tatiana Aguiar¹

O filósofo Zygmunt Bauman afirma que estamos inseridos em uma modernidade² líquida, já que nos encontramos em constante estado de mudanças, as quais se apresentam facilmente adaptáveis e moldáveis aos novos fenômenos sociais, sem perder a sua essência. Desse modo, este pensador considera as relações sociais fluidas e vulneráveis, incapazes de se manterem em seu estado por muito tempo.

Paradoxalmente, aprendemos nos assentos das universidades, idealizadas sob o viés eminentemente dogmático, que o Direito é regido pelo Princípio da Segurança Jurídica e da Certeza das relações, o que, em tese, deveria nos conferir a sensação de estabilidade na relações sociais. Ideia esta que é confirmada por grande parte da doutrina que defende estarmos sujeitos à uma Constituição Federal extremamente rígida, mormente no âmbito tributário em que as competências são

1. Mestre e Doutora pela PUC/SP. Advogada. Professora do Ibet, da USJT e da FGVLaw.

2. Ele não utiliza a expressão pós modernidade, por compreende-la ideológica. Logo, embora use a expressão modernidade está se referindo à Contemporaneidade.

claramente definidas no texto constitucional e muito pouco espaço de criação resta para o legislador infra-constitucional.

Ora, mas se a análise apresentada por Bauman tem por objeto a nossa ampla sociedade e se o Direito a compõem, como nos ensinam no primeiro dia da nossa graduação (*ubi societas, ibi jus*), seria o Direito uma realidade paralela, uma espécie de Matrix, como afirma o prof. Eurico Marcos Diniz de Santi onde a liquidez não entra? Ou será que essas ideias teóricas construídas em relação ao direito não correspondem à prática? Ou ainda, será que é justamente a tal modernidade líquida que vem distanciando a teoria da prática, de modo que o Direito já não é mais tão seguro assim?

O Construtivismo lógico-semântico e a Retórica Realista não se surpreendem diante de tais paradoxos, já que as ideias desenvolvidas por tais teorias vão ao encontro deste pensar e situam o Direito, com tranquilidade, diante deste universo complexo. Aliás, ao nos depararmos com estas inovadoras escolas, pela primeira vez, tivemos a sensação de que todas as certezas absolutas nutridas ao longo do curso do Direito, ruíram uma a uma. Mas, o desconforto, inerente ao estado de imprevisibilidade inicial, deu lugar à “garantia” da ataraxia³, o que nos levou à paz de quem sabe que tudo é mutável.

Assim, é sob o olhar do Constructivismo lógico-semântico e da Retórica Realista que pretendemos apreciar a tributação sobre as novas tecnologias.

Ambas as escolas filosóficas em comento, têm como premissa fundamental a ideia de que fazemos parte de uma sucessão de atos comunicacionais que constroem a realidade. Portanto, rechaçam a ideia de que tantos os sujeitos, como os objetos se apresentam prontos e acabados e que a linguagem apenas serve de instrumentos de representação da realidade previamente dada. Ao contrário, temos que aqueles elementos

3. A ataraxia é um fenômeno que reconhece que o acaso e as perturbações fazem parte da vida e que é possível seguir em frente mesmo sem termos o controle sobre elas, o que coloca o indivíduo que aceita tal condição em estado de paz e plenitude.

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
E O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

são fruto do discurso e que nada escapa ao círculo inafastável da linguagem.

Comungam, assim, da tese defendida pelos relativistas de que toda verdade está relacionada ao sistema de referência a partir do qual é criada, assim como depende do tempo e do espaço onde foi produzida, de modo que estará em constante mudança.

Uma das passagens que melhor define este pensamento, vem do professor Paulo de Barros Carvalho ao falar sobre a relação do giro linguístico com a desconstrução da verdade absoluta. Vejamos:

A cada dia, com o cruzamento vertiginoso das comunicações, aquilo que fora tido como “verdade” dissolve-se num abrir e fechar de olhos, como se nunca tivesse existido, e emerge nova teoria para proclamar, em alto e bom som, também em nome da “verdade”, o novo estado de coisas que o saber científico anuncia.⁴

As escolas conduzidas por Paulo de Barros Carvalho⁵ e João Maurício Adeodato ao compreender o mundo sob a ótica da Teoria Comunicacional, negam o duplo solipcismo, vez que oposto à necessária intersubjetividade humana, e confirmam a autoreferencialidade da linguagem. Em outras palavras, estão certos de que o homem não se basta em si próprio, só existe e evolui pelo seu contato linguístico com o outro, os quais juntos e, somente por meio da linguagem, constituem o ambiente em que se encontram. E, tal ambiente se altera ao longo do tempo graças à construção de sucessivos discursos, um servindo de fundamento para a criação de um novo, mesmo que oposto, infinitamente, sem nunca se afastar deste universo comunicacional, vez que impossível.

4. CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008, p. 159.

5. Apesar de considerarmos Lourival Vilanova como o pai do Constructivismo lógico-semântico no Brasil, entendemos ser o Prof. Paulo de Barros Carvalho o grande responsável pela aplicação destas ideias no Direito Tributário e ainda o grande difusor desta teoria pelo mundo.

O chamado estado presente nada mais é do que o resultado de um consenso obtido a partir daqueles que compõem a comunidade em que o acordo se instala ou, em outro sentido, podemos dizer que a “verdade” se constrói a partir das regras do controle público da linguagem. Isto significa que um dado grupo cria as suas próprias regras de regulação dos discursos produzidos, estabelecendo os requisitos que os fazem aceitáveis ou não e a partir disso “as verdades” e, por conseguinte, a realidade atual daquele povo vai se formando.

Não é por outra razão que João Maurício Adeodato se posiciona:

... verdade e justiça únicas, corretas, são ilusões altamente funcionais e que os acordos precários da linguagem não apenas constituem a máxima garantia possível, eles são os únicos. Além de serem temporários, autodefinidos e circunstanciais, referentes a promessas que são frequentemente descumpridas em suas tentativas de controlar o futuro, esses acordos são tudo o que pode ser chamado de racionalidade jurídica.⁶

Viver imerso no mundo linguístico é para Adeodato, em outras palavras, reconhecer a condição retórica do indivíduo, não só materialmente, vez que a linguagem figura como condição de existir para aquele (retórica material), mas também porque o uso dos signos serve de estratégia para agir e obter os efeitos desejados em relação ao outro interlocutor (retórica estratégica) e ainda por nos permitir analisar o ambiente que nos circunda, de forma tentativamente neutra, criando uma meta metalinguagem (retórica analítica).

Outra característica comum à ambas as teorias aqui referenciadas, que nos ajuda a melhor entender o fenômeno da tributação sobre as novas tecnologias, ou melhor, as mudanças conceituais que as novas demandas sociais exigem, é o historicismo, o qual reconhece a imponderabilidade da realidade cambiante e que nos impossibilita de prever o futuro e

6. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 17.

controlar as inúmeras variáveis que incidem sobre o presente dirigindo-o, às cegas, para o estágio a seguir.

Como não poderia deixar de ser, as reflexões aqui expostas para descrever o mundo que nos circunda, também valem para explicar o Direito, o qual é igualmente de natureza cultural e como tal constituído pela linguagem, essencialmente mutável, já que ambígua, vaga e emotiva, razão pela qual, não há como defender, ao nosso ver, a imutabilidade do direito.

Prova disto é que a propagada rigidez constitucional não evita o surgimento dos conflitos de competência, apesar da clara delimitação das atribuições dadas aos entes federados e municípios. Pelo contrário, a própria Carta Magna já prevê que à Lei Complementar cabe “esclarecer” os conceitos constitucionais visando a dirimir tais litígios. Não é por outra razão que o prof. José Alberto de Oliveira Macedo se refere “ao mito dos conceitos constitucionais precisos e acabados.”⁷

A nossa relação com as novas tecnologias não nos deixa dúvida de que estamos em constante mutação e que tais mudanças ocorrem em um piscar de olhos. E, como não poderia deixar de ser, essa fluência no estado das coisas é sentida nos mais diversos setores da sociedade, de modo que, o Direito também deve encontrar seus meios para lidar com ela.

Ao analisarmos, mais especificamente, a tributação sobre a atividade de *streaming*, cabe a nós questionarmos: será que estamos diante de uma situação absolutamente nova que demandaria uma nova legislação para regula-la ou será que os velhos conceitos jurídicos podem a eles ser aplicados, cabendo apenas adaptá-los a tais inovações tecnológicas?

O certo é que as nossas atitudes mudaram. A nossa experiência juvenil de sair da locadora com inúmeras fitas em VHS, dedicar o fim de semana aos filmes e três dias depois devolvê-la ao local de origem, bem como o hábito de colocar

7. MACEDO, Alberto. Conflitos de Competência das relações de Consumo. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 32.

um disco na vitrola, em quase nada se assemelha à simplicidade com que essa nova geração, em um mero clique na tela dos seus *smartphones* têm acesso a milhares de filmes, séries, músicas etc., os assistem e fecham seus aplicativos, sem sair do lugar.

O que denominamos de *Streaming* é o meio de transmissão de áudio e vídeo pela Internet através de uma rede de pacotes de dados sem a necessidade de realizar o download, já que armazenados em *buffer*⁸.

A grande difusão deste meio de entretenimento e informação se deve à agilidade com que pode ser acessado e, principalmente pelo seu baixo custo, respeitando os direitos autorais e dificultando a pirataria. Sem falar na praticidade de assistir a um vídeo, sem precisar armazená-lo em nossas máquinas, já superlotadas de informações acumuladas.

Não bastasse essa nova tecnologia, mas já considerada tradicional, frente às últimas novidades, contamos com a *Livestream*, a qual consiste em uma transmissão ao vivo de áudio e/ou vídeo pela Internet, de forma gratuita, permitindo que as pessoas acompanhem um evento em qualquer lugar do mundo, em tempo real, de modo a estabelecer uma interação simultânea entre o produtor do conteúdo e o expectador.

E, temos também, o *Streaming on demand* ou o *Video on demand (VOD)*. Por esta via, alguém disponibiliza aos seus clientes um catálogo de filmes e músicas, para que estes possam fazer downloads temporários, controlando assim quando e onde irá assistir o seu programa favorito.

O *Streaming* ganhou, para alguns, tratamento legal, no âmbito tributário, com a Lei Complementar no 157/16, a qual inseriu na Lei Complementar 116/03 alguns itens em sua lista de serviço, dentre esses o 1.09, que torna tributável pelo ISS

8. Região de memória *hardware* ultrarrápida usada como área de armazenamento temporário de dados durante sua transferência entre dispositivos de diferentes taxas de transferência.

a: “Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS)”. Em sequência, veio a Lei Municipal Paulista n. 16.757/17 para alterar a lista de serviços, incluindo este “serviço”, em comento, por meio do item 1.09.

Portanto, a partir desta Lei, o *streaming* ou a disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet deveria passar a se sujeitar ao ISS.

Não é demais lembrar que, o Convênio de ICMS n. 106/2017 previu, em sua cláusula terceira, a incidência do ICMS sobre bens digitais, dentre os quais se encontram aquelas “saídas internas e nas importações realizadas por meio de site ou de plataforma eletrônica que efetue a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, na unidade federada onde é domiciliado ou estabelecido o adquirente do bem ou mercadoria digital.”

Assim, da leitura destes diplomas legais conclui-se, em tese, que incidirá ICMS nas operações com bens e mercadorias digitais comercializados por meio de transferência eletrônica de dados (download). Logo, se ignorarmos as possíveis inconstitucionalidades que ferem tais diplomas legais, já que não há espaço aqui para discuti-las, é de se inferir que quando houver cessão definitiva de conteúdo por download a competência para tributar é dos estados, logo estaríamos diante de uma mercadoria, e se não houver definitividade em tal disponibilização de conteúdo eletrônico a competência é dos municípios, vez que estes consideram que temos a prestação de um serviço.

Porém, com a LC 157/16, que veio para dirimir o conflito existente sobre o “serviço” de *streaming*, surgiram novos

dilemas, pois o legislador entendeu que o vídeo *on demand* (VOD) deve se submeter ao ICMS e não ao ISS por considerá-lo agregado ao serviço de tv por assinatura (Serviço de acesso condicionado). Ocorre que, se, na prática, não há diferença entre o download feito no *Netflix* e o que é feito no *NOW* (da NET), porque se daria tratamento desigual? A mesma dificuldade encontramos nas situações em que o conteúdo é disponibilizado por tempo determinado, portanto não é *on-line*, onde o cliente tem um prazo de x horas para assistir ao conteúdo. Logo, há download, mas é por tempo limitado. Podemos considerar isso como cessão não definitiva? Sobre esse fato incide ICMS ou ISS?

Ademais, qual o sentido da palavra “definitiva”? Isto porque, mesmo nos casos de download por tempo indeterminado, a adquirente não pode alienar o conteúdo baixado, logo, terá apenas, ainda que indefinidamente no tempo, a cessão de uso.

Tais situações já indefinidas, ainda que tenhamos uma recentíssima Lei criada para tratar de algumas dessas novas tecnologias, só confirmam a ideia de que os conflitos não têm fim, vez que institucionalizados no âmbito do discurso, onde mora a ambiguidade, a vagueza e a emotividade.

Ademais, embora essas tecnologias sejam novas, o conflito é antigo: o que caracteriza um serviço? Como se identifica uma operação de circulação de mercadoria?

Segundo Alberto Macedo, na Reforma de 1965 e, consequentemente, na Constituição de 1967, considerava-se serviço qualquer atividade de conteúdo econômico que não se caracterizasse como de mercancia, nem como circulação de mercadoria/bem material⁹, o qual, segundo ele, se mantém até os dias atuais. A definição deste tributo era de natureza residual, já que o que não fosse mercadoria, sobre a qual incide o ICMS, seria serviço, exigindo-se, então, o ISS.

9. Idem, p. 86.

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
E O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O professor Aires F. Barreto, considera que o serviço tributável pelos municípios consiste em “o desempenho de atividade economicamente apreciável, sem subordinação, produtiva de utilidade para outrem, sob o regime de direito privado, com fito de remuneração, não compreendido na competência de outra esfera de governo.”¹⁰

Mais adiante, o prof. Aires F. Barreto, um dos maiores conhecedores no assunto, se posiciona acerca do conflito ICMS x ISS, a partir das espécies de obrigações, “de dar” e “de fazer”:

É imperioso estremá-los, a fim de sujeita-los a um e outro ou a um ou outro, na exata medida das respectivas competências privativas. O caminho a ser trilhado – único conducente à separação consentânea com o sistema constitucional- exige digressão em torno das obrigações de dar e de fazer, categorias gerais do direito, amplamente estudada pelos civilistas.

[...] Examinadas em rápida síntese, as obrigações de dar e fazer, cumprir extrair as implicações dessas premissas: só pode incidir ISS onde haja obrigação de fazer.¹¹

E arremata: “ consistindo o conceito de serviço tributável por via do ISS no esforço humano a terceiros, segue-se, inexoravelmente, que só pode abranger as obrigações de fazer (nenhuma outra)”¹².

Parece-nos, pela veemência com que o referido e respeitado autor se posiciona sobre a relação de existência entre o ISS e a obrigação de fazer, que esta é traço essencial para sua incidência. Logo, não caberia ISS onde não houvesse tal espécie de obrigação.

Pela leitura do RE 651.703, de 2016, vê-se que a Jurisprudência já não tem adotado a lição do mestre Barreto. Ao se contrapor à tese do contribuinte de que a sua atividade

10. BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na lei. 3.ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 35.

11 Idem, p. 43 e 44.

12 Ibidem, p. 45.

enquanto administradora de planos de saúde consistia em uma obrigação de dar e não de fazer, o STF revela que tal parâmetro já não atende a atual interpretação do conceito de “serviço”. Senão vejamos:

15. A classificação das obrigações em “obrigação de dar”, de “fazer” e “não fazer”, tem cunho eminentemente civilista, como se observa das disposições no Título “Das Modalidades das Obrigações”, no Código Civil de 2002 (que seguiu a classificação do Código Civil de 1916), em: (i) obrigação de dar (coisa certa ou incerta) (arts. 233 a 246, CC); (ii) obrigação de fazer (arts. 247 a 249, CC); e (iii) obrigação de não fazer (arts. 250 e 251, CC), não é a mais apropriada para o enquadramento dos produtos e serviços resultantes da atividade econômica, pelo que deve ser apreciada cum grano salis. (grifos nossos).

[...]

18. O artigo 156, III, da CRFB/88, ao referir-se a serviços de qualquer natureza não os adstringiu às típicas obrigações de fazer, já que raciocínio adverso conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas nas prestações de fazer, nos termos do que define o Direito Privado, o que contrasta com a maior amplitude semântica do termo adotado pela constituição, a qual inevitavelmente leva à ampliação da competência tributária na incidência do ISSQN.

24. A LC no 116/2003 teve por objetivo ampliar o campo de incidência do ISSQN, principalmente no sentido de adaptar a sua anexa lista de serviços à realidade atual, relacionando numerosas atividades que não constavam dos atos legais antecedentes.

E, assim o faz a Suprema Corte por entender que o conceito de serviço tributável não se prende à configuração dada pelo Código Civil, mas sim a um oferecimento de uma utilidade para outrem a partir de um conjunto de atividades materiais e imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador. Ao seu ver, tal definição é a que melhor reflete a heterogeneidade da lista presente na Lei Complementar 116/03.

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
E O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Aliás, assevera mais:

Porquanto, a Suprema Corte, no julgamento dos RREE 547.245 e 592.905, ao permitir a incidência do ISSQN nas operações de *leasing* financeiro e *leaseback* sinalizou que a interpretação do conceito de “serviços” no texto constitucional tem um sentido mais amplo do que tão somente vinculado ao conceito de “obrigação de fazer”, vindo a superar seu precedente no RE 116.121, em que decidira pela adoção do conceito de serviço sinteticamente eclipsada numa obrigação de fazer.

Diogo Kastrup Richter, ao se posicionar sobre este impasse, aduziu:

Em primeiro lugar, uma solução mais imediata que se observa, nos termos das bases tributárias atuais, é repensar o conceito tributário de serviço, admitindo que as atividades que envolvam uma obrigação de dar, desde que resultantes de atividade econômica e dispostas na Lei Complementar nº 116/2003, também sejam abarcadas pela concepção de serviço, de forma a incidir o ISS sobre estas.¹³

Pregando a necessidade de evolução dos conceitos tributários, o STF, na ADI 1945/MG, ao se posicionar, em medida cautelar, sobre a incidência do ICMS sobre os softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados afirma que:

ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6 e art. 6º § 6º, ambos da lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis.

13. RICHTER, Diogo Kastrup. O streaming e a tributação 4.0. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-streaming-e-a-tributacao-4-0-05082018>. Acesso em 25.09.2018.

Vemos, então, pelos posicionamentos transcritos acima, que não há um conceito imutável de serviço, mas sim que ele vai se amoldando à “realidade” a fim de abarcar situações antes inexistentes. Assim, os conflitos de competência entre estados e municípios que antes se resolvia pela mera classificação das obrigações entre “de dar” e “de fazer”, hoje se apresentam ainda mais complexos, demandando uma readaptação daqueles signos que se harmonizem com as atuais relações jurídicas sociais.

Os referenciais teóricos aqui adotados, mormente a Retórica Realista, têm forte inclinação pragmática¹⁴, razão pela qual visa a analisar linguisticamente o discurso, enquanto ação comunicativa. Em outras palavras, busca debruçar-se sobre a comunicação humana, a forma como esta altera a realidade, na medida em que a constrói e a reconstrói infinitas vezes e, ainda, os efeitos que os discursos e as suas cambiaridades geram nas expectativas normativas construídas pelos indivíduos.

Outra premissa que se relaciona com a comentada no parágrafo acima é a de que a realidade não passa de um consenso obtido a partir das regras de controle público de linguagem válidos em uma dada comunidade. Certos de que não há unanimidade e que mesmo o consenso é temporário, pois a medida que as necessidades sociais mudam, mudam-se os discursos ou as verdades relativas.

A busca incessante pelo consenso vem da certeza de que por estarmos submersos em um ambiente linguístico não há como se alcançar verdades absolutas. Portanto, o máximo da harmonia possível (ainda que formal) é a adesão de uma comunidade acerca de uma dada tese, mesmo que a referida adesão possa ser fictícia, como se dá no âmbito jurídico.

14. Embora o nome dado à escola constructivista ora estudada se autodenomine “lógico- semântico”, o professor Paulo de Barros Carvalho já disse expressamente que mesmo que a palavra “pragmática” não se faça presente, aquela não deixa de considerar esse aspecto semiótico, já que seria impossível se defender a construção da realidade pela linguagem ignorando o momento do seu uso.

Assim, o que gera o consenso entre dois interlocutores não é a coincidência entre o que se fala e o objeto sobre o qual se comunica, mas o encontro daquilo que um indivíduo fala com aquilo que o outro fala, com isso confirmamos a auto referencialidade da linguagem. Diferentemente pensava Kant, para quem: “a verdade repousa no acordo com o objeto e, por conseguinte, com relação a tal objeto, os juízos de qualquer entendimento devem estar de acordo.”¹⁵

Antonio Enriques, chamando consenso de acordo, afirma que “Para que se efetive o acordo, são necessárias três condições: (1) legitimidade: quem argumenta deve estar revestido de autoridade; (2) credibilidade: o orador/falante deve ser levado a sério; (3) persuasão: o auditório deve aceitar a argumentação.”¹⁶

Deve-se ressaltar, outrossim, que a necessidade de consenso não se apresenta apenas em relação às conclusões do discurso. Os integrantes da ação comunicativa têm de estar em consonância tanto com as premissas como com as regras que conduzirão a discussão.

Para quem crer, como nós, na construção retórica da realidade, nenhum conceito é definitivo, eles se transformam tal como o rio de Heráclito e a pragmática jurídica nos prova isso a todo tempo.

Pelas mesmas razões, entendemos que os consensos não são imutáveis. Por se constituírem ao nível do discurso, portanto no âmbito linguístico, os acordos tendem a ser substituídos, conforme se alterem os integrantes do discurso ou mesmo os aspectos espaço-temporais e, por conseguinte, as regras do controle público da linguagem.

15. In *Critique de la raison pure*, p. 635. Apud PERELMAN Chaim. LucieOlbrechts-Tyteca. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 35.

16. HENRIQUES. Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 36.

Como já dissemos anteriormente, as escolas aqui estudadas têm como um dos seus fundamentos a ideia de que os fatos não passam de relatos linguísticos, os quais, por sua vez, compõem a realidade. Logo, podemos dizer que esta se constitui por meio de situações comunicativas.

Vimos também que, para que um ato de fala se estabeleça, deve haver intersubjetividade ou interatividade entre dois indivíduos capazes de se comunicar, de se compreenderem e aprenderem mutuamente.

É, destarte, neste cenário dialógico que o consenso se forma, ou seja, em face de uma situação discursiva, os seus integrantes visam a persuadir um ao outro a fim de que cheguem a um acordo.

Não é demais relembrar que, muitas vezes, este consenso é imposto pelas regras que compõem um dado sistema. Por conseguinte, no mais das vezes esse consenso é fictício, artificial, mas nem por isso inválido, já que tais regras são aceitas pela comunidade.

A partir da teoria retórica aqui esboçada, tendemos a considerar que o limite da alterabilidade de uma situação comunicativa é dado pelo consenso construído linguisticamente pela comunidade em que o discurso é formado. Dentro dele é que as condutas são valoradas positiva ou negativamente e como tal tratadas.

Ocorre que, em se tratando de uma situação criada linguisticamente, que como tal é mutável por questões temporais, espaciais e contextuais, o que era consenso em dado momento dá lugar a um novo acordo, mesmo que algumas vezes o suporte fático que deu ensejo àquele discurso permaneça o mesmo.

Assim, no momento em que um dado discurso reflete a vontade daquela comunidade e a realidade é construída linguisticamente, devemos chamá-lo de discurso vencedor.

Vejam os que nos ensina a este respeito João Maurício Adeodato:

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
E O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Para tratar dessas incompatibilidades dentre os dados que percebe e a linguagem, o ser humano produz discursos sobre os eventos para tentar estabilizar sua infinita mutabilidade, ou seja, racionalizá-los por meio de relatos. Dentre os infinitos relatos concorrentes, os (temporariamente) vencedores são os “fatos”, a “realidade”.¹⁷

Para muitos, pensar assim é negar a existência do princípio da segurança jurídica, uma vez que é impossível viver sem limites, e dar lugar a uma situação de total vulnerabilidade do contribuinte. Feliz ou infelizmente, cada dia nos convencemos mais que tal princípio, enquanto conceito jurídico e linguístico que é, é tão mutável quanto qualquer outro conceito e o máximo que ele pode nos proporcionar é a segurança do respeito ao consenso em vigor naquele momento em que ele está sendo aplicado, o respeito ao discurso vencedor. É como se o seu nome permanecesse, mas o seu conteúdo acompanhasse as mudanças do seu entorno. Ademais, só podemos falar de uma invulnerabilidade formal e fictícia, a medida que criada artificialmente pelas regras jurídicas.

Tal discurso é assim denominado, justamente porque resulta de uma nova discussão. Discussão esta que afasta o *status quo* ali definido sobre uma dada situação e estabelece uma situação diametralmente oposta àquela ou pelo menos que com ela (a antiga) não se coaduna, vencendo assim, a batalha dialógica.

Assim como ocorreu com o discurso sobreposto, o “reinado” do vencedor não é perpétuo, porque linguístico. Logo, a qualquer momento, ele pode experimentar a mesma sensação causada àquele, podendo, inclusive, ocorrer a volta do *status quo ante*, isto é, a “represtinação” do velho ato de fala.

Como dissemos, as “verdades” para a retórica nada mais são do que fatos linguísticos, resultados de um consenso estabelecido entre os comunicantes de um dado sistema. Tendo em vista que os seres humanos estão em constante mutação,

17. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 139.

os acordos firmados entre aqueles também acompanham a sua evolução (ou involução, em alguns casos) e também se alteram, estabelecendo-se “novas verdades”.

Daí porque afirma João Maurício Adeodato:

Da perspectiva da retórica material não há diferença se o filho de Capitu é “de fato” de Bentinho, se Desdêmona “realmente” traiu Otelo ou se a luta entre Hércules e Hidra de Lerna ou o Big Bang “efetivamente” aconteceram: o que interessa é o relato dominante.¹⁸

A pragmática nos mostra que não há prazo de validade para os discursos. Em algumas situações, vemos que uma dada comunidade mantém a sua opinião sobre certo tema, mesmo que seja convidada a reanalísá-lo muitas vezes. Em outras, de tempos em tempos, vislumbramos certa vulnerabilidade nos posicionamentos.

Em ambientes religiosos, por exemplo, a prática é pela manutenção dos seus dogmas eternamente, ainda que parte da sociedade clame por mudanças e convide as autoridades clericais a revisitarem questões como o aborto, métodos contraceptivos etc, mas, ainda assim, vislumbramos tímidas mudanças.

Já no âmbito jurídico não é difícil vermos o oposto do descrito no parágrafo anterior. Os entes julgadores, inclusive as Cortes Supremas, volta e meia reveem as suas decisões e passam a julgar de forma diversa do que vinham fazendo acerca de uma mesma temática.

Aliás, o próprio ordenamento jurídico institucionaliza e legitima a constante mutabilidade do conteúdo do Direito, autorizando a constituição de novos discursos vencedores, sem que com isso se vislumbre qualquer lesão ao respectivo ordenamento, ainda que paradoxalmente os estudiosos encarem tal possibilidade com espanto, denominando tal fenômeno de ativismo judicial¹⁹.

18. Idem, p. 145.

19. Sabemos que o chamado ativismo judicial é bem mais amplo que a característica que mencionamos, mas entendemos que o poder dado ao judiciário de

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
E O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Percebe-se, destarte, uma sobreposição de discursos, os quais, enquanto aplicáveis como fonte de legitimação para as condutas, são considerados vencedores.

No ordenamento jurídico pátrio, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (conforme a sua competência) foram “eleitos” como órgãos legitimados a dizerem o Direito em última instância, sendo, portanto, aqueles que ditam os discursos temporariamente vencedores, gostemos do seu conteúdo ou não. Feliz ou infelizmente, a nossa história está repleta de exemplos de situações ou conceitos jurídicos, alguns dos quais já brevemente analisados aqui, que ganharam novas interpretações pelas Cortes Superiores brasileiras e nos obrigou a adotar novos padrões de conduta.

Seguindo a ideia defendida por Hannah Arendt do Direito como organizador, o vislumbramos dentro desse ambiente retórico, permeado por diversas premissas e conclusões possíveis e todas plenamente defensáveis, daí o porquê, algumas vezes, de se defender a superposição de discursos, como a única forma de garantia do espaço público e do exercício das faculdades humanas.

O respeito às múltiplas faculdades exercidas a um só tempo e em um mesmo espaço exige, por outro lado, o exercício da tolerância, sem a qual a comunicação retórica faz-se impossível. Assim, há que se respeitar, mais que aceitar a intercambiabilidade dos discursos.

Ao analisarmos o tema aqui proposto, qual seja a tributação das novas tecnologia, resta clara esta intercambiabilidade de conceitos ao longo do tempo o que aqui denominamos de superposição de discursos vencedores, os quais, por consequência criam realidades distintas das anteriormente estabelecidas.

livremente (desde que constitucionalmente) alterar seus posicionamentos, faz parte da crítica feita a este ente judicante de mudar o sentido da lei sem passar pelo processo legislativo, desrespeitando, destarte, o poder soberano do povo.

Vimos que os consensos acerca dos conceitos de serviço e mercadoria deram lugar a outros que parecem se ajustar melhor às novas realidades que se perfazem precipuamente no ambiente virtual, imaterial e, por isso de difícil descrição. Assim, nos parece que o discurso a favor da simples oposição obrigação de dar *versus* obrigação de fazer, por muito tempo utilizada para determinar o campo de incidência dos Estados e Municípios, dirimindo os conflitos entre esses entes, foi vencido por aquele mais fluido, líquido que envolve a ideia de disponibilidade e que abarca operações mais complexas como as de *streaming*.

Assim, a tese aqui defendida de que as realidades se alteram, conforme a linguagem construa cenários diferentes ao longo do tempo e do espaço, se confirma na análise aqui feita, demonstrando a superposição de discursos vencedores.