



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITO ECONÔMICO**

THIAGO NÓBREGA TAVARES

**TRANSAÇÃO DE INTERESSES COMO PRÁTICA
LEGITIMADORA DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS
LITÍGIOS TRIBUTÁRIOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA
DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA INDISPONIBILIDADE
DO INTERESSE PÚBLICO**

**João Pessoa/PB
2013**

THIAGO NÓBREGA TAVARES

**TRANSAÇÃO DE INTERESSES COMO PRÁTICA
LEGITIMADORA DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS
LITÍGIOS TRIBUTÁRIOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA
DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA INDISPONIBILIDADE
DO INTERESSE PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Doutor Manoel Alexandre Cavalcante Belo.

Área de concentração: Direito Econômico.

Linha de pesquisa: Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: Jurisdição e Economicidade.

**João Pessoa/PB
2013**

Tavares, Thiago Nóbrega.

T231a Transação de interesses como prática legitimadora da aplicação da arbitragem aos litígios tributários: uma análise sob a perspectiva dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público / Thiago Nóbrega Tavares. – João Pessoa, 2013.
129f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Alexandre Cavalcante Belo.

1. Lei de Arbitragem. 2. Direito Tributário. 3. Arbitragem Tributária. I. Belo, Manoel Alexandre Cavalcante. II Título.

BSCCJ/UFPB

CDU – 34:336.2

THIAGO NÓBREGA TAVARES

**TRANSAÇÃO DE INTERESSES COMO PRÁTICA
LEGITIMADORA DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS
LITÍGIOS TRIBUTÁRIOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA
DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA INDISPONIBILIDADE
DO INTERESSE PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Aprovado em: João Pessoa, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Manoel Alexandre Cavalcante Belo

Professor Orientador

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra

Examinador Interno

Prof. Dra. Ana Paula Basso

Examinadora Externa

À todos os juristas, que, mesmo diante das adversidades, e, com toda fé e esperança que lhes são características, acreditam no esforço, na dedicação, no entusiasmo, no amor e na persistência, trazendo em seu íntimo a disposição de enfrentar as injustiças, transformando os estudos e as palavras em armas prodigiosas na eterna luta por uma sociedade mais digna. “Ora, o fruto da justiça semeia-se na paz, para os que exercitam a paz” (Tiago, 3:18).
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

À Deus,

À minha Mãe, Lúcia de Fátima Nóbrega, exemplo a ser seguido,

À minha avó materna, Josefa dos Santos Nóbrega,

Ao meu avô materno, José Cesarino da Nóbrega,

À oportunidade que tive de estudar,

A mim mesmo, por ter buscado, lutado e alcançado meus objetivos.

**“- É uma revolta?
- Não, senhor, é uma revolução”**

Assim respondeu La Rochefoucauld-Liancourt à pergunta do Rei Luís XVI, quando chegou a Versalhes a notícia da queda da Bastilha em 1789.

RESUMO

Este trabalho dissertativo visa estudar os aspectos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, conhecida como “Lei da Arbitragem”, e sua compatibilidade com o Direito Tributário vigente. Ambiciona-se empreender análise sobre o que venha a ser a “arbitragem tributária”. Deseja-se fomentar a reflexão e o debate acerca da relação e da coexistência da prática arbitral com a prática da transação e os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, sob a óptica das eventuais dificuldades normativas e estruturais que o emprego desse método paraestatal no direito tributário acarretaria, haja vista a matéria em voga ser de caráter nitidamente público. Pretender-se-á, também, avaliar a viabilidade teórica e pragmática da real implementação da arbitragem aos conteúdos inerentes à Administração Fazendária, sopesando as condições que o Fisco e os sujeitos passivos das obrigações tributárias observariam para celebrar esse procedimento extrajudicial. Isso tudo como forma de se alcançar a prevenção ou terminação das execuções fiscais, reduzindo a formação e o acúmulo de processos administrativos e judiciais, com economia para a Fazenda Pública e para os contribuintes, reprimindo a evasão de recursos, zelando pelos princípios da eficiência e da economicidade, propiciando exequibilidade ao direito constituído em favor do Estado, ampliando a educação e a conscientização sobre o cumprimento dos deveres tributários, edificando vias de diálogo com o contribuinte, resgatando a possibilidade de consenso e de pacificação, e, por conseguinte, estabelecendo as bases para a verticalização de uma renovada e inédita cidadania fiscal.

Palavras-chave: Lei de Arbitragem. Direito Tributário. Arbitragem Tributária

ABSTRACT

This work aims to study dissertative aspects of Law No. 9307 of September 23, 1996, known as the "Arbitration Law" and its compatibility with the existing Tax Law. Aims to undertake analysis of what will be a "tax arbitrage". Want to promote reflection and discussion about the relationship and coexistence of arbitration practice with the transaction and principles of the legality and availability of public interest, so from the perspective of any difficulties normative and structural employment of this method in the right parastatal tax would entail, considering the matter in vogue be markedly public character. Pretender will also evaluate the feasibility of real theoretical and pragmatic implementation of the arbitration content inherent Finance Administration, weighing the conditions that the IRS and taxpayers of tax obligations to observe this procedure extrajudicial celebrate. This all in order to achieve the prevention or termination of foreclosures, reducing the formation and accumulation of administrative and judicial proceedings, saving to the Exchequer and taxpayers, suppressing the escape of resources, ensuring the principles of efficiency and economy, providing the feasibility entitlement in favor of the State, increasing education and awareness about the fulfillment of tax obligations, building channels for dialogue with the taxpayer, rescuing the possibility of consensus and peace, and thus laying the foundation for uprighting of a renewed and unprecedented fiscal citizenship.

Keywords: Arbitration Act. Tax Law. Tax arbitration

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
INTRODUÇÃO	11
1 A CRISE NA JURISDIÇÃO E O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA	15
1.1 Crise na jurisdição: dificuldades enfrentadas pelo Estado e pelo usuário do sistema Judiciário	15
1.2 Ondas renovatórias do acesso à Justiça	19
1.3 Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias	22
1.4 Direito à razoável duração do processo	23
2 JUÍZO ARBITRAL: UMA ALTERNATIVA AO JUDICIÁRIO	35
2.1 Conceito de arbitragem	35
2.2 A Lei nº 9.307/1996 e a nova sistemática da arbitragem em nosso país	36
2.3 Natureza jurídica: a prática arbitral entre o público e o privado	39
2.4 Capacidade das partes e objeto envolvido	42
2.5 Convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral	43
2.6 Presença e atuação dos árbitros	46
2.7 Sentença conclusiva da arbitragem	47
3 ANÁLISE DA INEFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO FISCAL PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL	48
3.1 Algumas poucas palavras	48
3.2 Problema da execução fiscal na Justiça Federal	53
3.2.1 Congestionamento de ações a dificultar o funcionamento do Judiciário	55
3.2.2 Alto custo como inviabilizante da fase executória fiscal perante a Justiça	57
3.2.3 Tempo decorrido excessivo a onerar o Estado e prejudicar a sociedade	64
3.2.4 Valores cobrados <i>versus</i> valores arrecadados: distanciamento da realidade.....	69
4 TRANSAÇÃO EXTINTIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	72
4.1 A transação no Direito Tributário	73
4.1.1 Indisponibilidade do crédito tributário e liberdade negocial da transação	75
4.1.2 A transação em matéria tributária e o princípio da legalidade	86
4.1.3 As razões da presença da transação no Código Tributário Nacional.....	89
4.1.4 Regulamentação da prática transacional em Direito Tributário: lei complementar geral e lei ordinária específica.....	92
4.1.5 Economicidade e eficiência como princípios constitucionais legitimadores da transação tributária.....	97
4.1.6 A transação tributária é parte da solução ou do problema?.....	102

4.2 Viabilidade jurídica e pragmática para a efetiva implementação da arbitragem em seara tributária em nosso país	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIAS.....	117

INTRODUÇÃO

Quantos, dentre nós, já não pensaram qual seria o modelo de uma convivência humana perfeita, sem a existência de quaisquer conflitos, com o respeito pleno aos direitos de cada um sintetizando não apenas meta evolutiva a ser perseguida, mas também uma prática habitual e correlata, nas mais diversas esferas da atuação e do comportamento civil, independentemente do braço regulatório e inquisitivo da Lei?

O acima discorrido não passa de utopia, de uma visão do amanhã, um ideal que vai de encontro à realidade árdua, na qual o confronto de vontades e a divergência de entendimentos são acontecimentos correntes. Por isso mesmo, o Poder Judiciário, detentor da atribuição constitucional de estabelecer o ponto de equilíbrio na “balança” do ordenamento jurídico pátrio, encontra-se congestionado por ações de uma sociedade acostumada ao litígio.

Constata-se, frequentemente, que as tentativas de resolver os mais diversos questionamentos desembocam na Justiça. O orbe ocidental sempre privilegiou - e ainda o faz - essa forma de deliberar acerca das alterações cotidianas, diga-se de passagem, demasiadamente sobrecarregada, onerosa e lenta. De repente, a busca por uma sentença favorável assumiu status de desafio, face ao universo econômico impiedoso e extremamente concorrencial do globalizado século XXI, em que as únicas constantes parecem ser as capacidades de mudar, de se adaptar e de reagir a contento.

Nessa era, em que transações mercantis são efetivadas com incrível velocidade, e as relações empresariais tentam se compatibilizar ao binômio “custo *versus* tempo”, até para que se possa sobreviver em um ambiente altamente dinâmico, a edificação das propostas de negociação extrajudicial, como forma de agilizar os processos decisórios de contendas, num lapso temporal desejável, passa a ser assunto basilar à modernidade legal, sobretudo como meio recomendável para a melhoria da prestação jurisdicional do Estado.

Visto isso, os aspectos mais negativos vislumbrados pela coletividade, quais sejam as despesas excessivas, o desgaste das discussões alongadas e as lides que, por vezes, perpetuam-se à eternidade, configuram impasse ao incremento do mercado nacional e episódio desagregador de relacionamentos pessoais e comerciais, abalando o conceito de cidadania. Dificuldades que podem ser superadas pelos “Métodos

Extrajudiciais de Solução de Controvérsias”, em especial o da “arbitragem”, instituto jurídico regulado pela Lei nº. 9.307/1996, que encerra possibilidade oportuna e decisiva para toda a sociedade, permitindo entrever uma alternativa plausível à opção judicante, permissionando, através de estruturas particulares, o alcance dos resultados almejados, e tornando, assim, mais rápido o deslinde de variados processos.

Frente a esse paradigma, e à proposta de estudo dessa dissertação, também se revela imprescindível a análise da possibilidade de se vir a construir uma ordem jurídica renovada na seara tributária, tendo como base o momento de grande reflexão por que passa nosso país acerca da elevada carga representada pelos tributos e da necessidade de reformas no arcabouço executório fiscal.

E o congestionamento da Justiça, abarrotada pela grande quantidade de ações, tem representado um óbice impeditivo do aperfeiçoamento do contencioso fiscal, gerando a curiosa situação de, pretendendo o Estado receber o que lhe é de direito, para que possa fazer investimentos públicos essenciais, e querendo o contribuinte desvencilhar-se de um processo que o onera e o impede de persistir com plena liberdade no curso de sua vida civil, restar, no centro desse duplice desejo comum, apenas o espectro de uma ação judicial estagnada, a consumir tempo e recursos nos nossos tribunais.

Predestina-se, diante de tais constatações, a *justificativa*, pois se o Fisco se abrisse ao diálogo com os contribuintes acabaria por alcançar o consenso, arrecadando mais e gastando menos, satisfazendo, assim, ambas as partes envolvidas. Isso nos leva ao entendimento de que a adoção de outra mentalidade por parte da Administração Fazendária poderia fazer avançar e muito as lides tributárias, averiguando-se que não bastaria apenas cobrar e receber os créditos vencidos, mas, igualmente, perseguir tais finalidades da forma mais rápida, segura e menos custosa possível, valorando o sentido maior de qualquer sistema Judiciário, qual seja a pacificação social, e, com isso, atendendo aos mandamentos da eficiência e da economicidade, pelos quais deve zelar o Poder Público. E a arbitragem, enquanto instituto jurídico, essencialmente de direito privado, embora se choque diretamente com a proteção ao interesse público, e ache-se cerceado pelo princípio da legalidade, pode vir, nos limites da prática transacional, a equacionar as discórdias que estejam impedindo a correta e justa composição do processo, infligindo caráter ativo e positivo ao desfecho que se almeja, qual seja a satisfação do crédito tributário, em níveis administrativo e judicial.

Enalçando esse ideal, procurou-se analisar, demonstrar, esclarecer e defender a tese de compatibilidade entre a Lei de Arbitragem e o Código Tributário Nacional. O *objetivo geral* habita justamente nisso, ou seja, em sedimentar o caminho teórico apto à adoção da transação de interesses, meio preparatório do juízo paraestatal, como recurso alternativo ao processo de execução de créditos fiscais do Estado, com lastro nos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Nos *objetivos específicos*, visamos: a) apresentar o instituto da arbitragem, expondo o disciplinamento da Lei nº 9.307/1996; b) explicar e relacionar a transação tributária com a arbitragem, como contribuição à melhoria da prestação jurisdicional do Estado, em especial no âmbito tributário; c) ordenar e compor os elementos documentais, bem como os instrumentos e recursos que possam contribuir para a formulação de um regime geral de transação no domínio fiscal a ser seguido pelo Estado, dimensionando o alcance e os efeitos que sua adoção poderia ter, relativamente ao contribuinte e à Administração Fazendária, abrindo estrada para uma futura implantação da arbitragem em tal matize.

Nas *hipóteses*, diremos que a *primária* situa a arbitragem como técnica adequada à modernidade legal. *Secundariamente*, compete ao Poder Público pensar em também se valer de métodos alternativos não adversariais, adequados e aptos a permitir ao Estado a mais ajustada resolução do contencioso tributário, com a transação de interesses no ápice da renovação fiscal.

Para tanto, a dissertação está dividida em quatro capítulos. O capítulo 1 discorre sobre a evidenciada crise na jurisdição sob tutela estatal e a evolução do conceito de acesso à Justiça. O capítulo 2 detém-se a estudar a Lei nº. 9.307/96, a “Lei de Arbitragem”, explicando como funciona, desde sua pactuação até a sentença final. O capítulo 3 começa a adentrar ao cerne por nós ambicionado, com a crise fiscal merecendo o referido detalhamento e atenção. O capítulo 4 inaugura uma vertente inovadora ao ponderar acerca da possibilidade da prática transacional vir a ser aplicada à matéria tributária, de modo a representar uma saída para a crise fiscal experimentada pelo nosso país. Partindo do conceito legal de transação, passando pelo rol dos princípios que seriam, pretensamente, legitimadores e, também, dos ditos impeditivos, alcançando-se o embate que abrange a antinomia entre os conceitos, primados e estatutos jurídicos edificantes do tema, contemplando, mesmo que resumidamente, a questão de a arbitragem ser factível, ou não, com o Direito Tributário.

Referindo-se à *metodologia* empregada, a elaboração da dissertação encontrou delineamento em um vasto e abrangente levantamento bibliográfico acerca do tema, alicerçado no universo da literatura técnica e doutrinária nacional, além de pesquisa jurisprudencial. Eis a pedra fundamental do trabalho a ser desenvolvido. Para uma maior fidelidade na reprodução do pensamento dos autores que a fundamentam, a pesquisa se deu somente em fontes primárias, evitando-se o uso do *apud*. Também se evitou o emprego de quaisquer siglas ou abreviaturas, como maneira de facilitar a leitura e o entendimento do texto.

Quanto às normas técnicas, foi aplicada a “Coletânea de Normas Técnicas para Elaboração de TCC, Dissertação e Teses: 2011”, da Associação Brasileira de Normas Técnicas, que contém as normas ABNT NBR 6023:2002, ABNT NBR 6024:2003, ABNT NBR 6027:2003, ABNT NBR 6028:2003, ABNT NBR 6034:2004, ABNT NBR 10520:2002 e ABNT NBR 14724:2011 e ABNT NBR 15287:2011.

O estudo se prendeu à esfera da Justiça Federal e à Fazenda Nacional, e teve base descritiva das características coletadas sobre a importância da arbitragem para o cenário jurídico dos nossos dias, além do estabelecimento de relações entre a transação tributária e a técnica arbitral, em um exame qualitativo. A caracterização dos sujeitos se compôs na delimitação clara do fenômeno alvo da investigação, qual seja a arbitragem em sede tributária, a partir de métodos de análises das averiguações realizadas, tendo como alicerce o encadeamento com um estudo interpretativo e analítico, numa óptica razoável e proporcional.

1 A CRISE NA JURISDIÇÃO E O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

O mau funcionamento do Poder Judiciário prejudica o país, quer direta ou indiretamente falando. O desenvolvimento econômico padece, a cidadania resta esquecida, os valores humanos perdem relevância. Demora, custos, inacessibilidade, dificuldades institucionais, etc., são apenas alguns dos componentes desse problema. A reação vem sob a forma de um movimento renovatório do processo, a ditar a necessária reescrita nos modos e nos meios predispostos para que a população possa discutir e tratar seus litígios de uma maneira diferente, e, quem sabe, melhor.

1.1 Crise na jurisdição: dificuldades enfrentadas pelo Estado e pelo usuário do sistema Judiciário

“Querer repensar o Estado dos nossos dias significa, fundamentalmente, raciocinar acerca de suas crises” (MORAIS, 1999, p.27). Sintoma disso é que o problema do acesso da população à Justiça é grave. Trata-se de um serviço público que não funciona adequadamente. E a explicação para tamanho dilema é simples: a engrenagem estatal, na conjectura socioeconômica e geopolítica do terceiro milênio, não mais consegue abarcar a totalidade e a complexidade dos litígios que surgem diariamente.

Em suma, quando se fala em justiça, o senso comum remete, quase que instantaneamente, à imagem dos atribulados fóruns e à efígie da insólita marcha processual, atrelada a seus infundáveis recursos, com as pessoas externando o receio de buscarem direitos ou mesmo de exigirem o cumprimento de deveres perante os tribunais, pela crença generalizada de ser esta uma opção não apta a satisfazer a contento seus anseios mais íntimos. E, intrinsecamente, a opinião dominante relata que ingressar no Judiciário é até fácil, mas sair dele não. Por essas e outras razões, sem receio de afirmar, a Justiça, no Brasil, chega a se equiparar a um castigo (CUNHA, 2012a, 2012b; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011c; IPEA, 2011a).

Feitas essas ponderações, constata-se que o pensamento do grande público parece não estar de todo equivocado, pois o país que se especializou em propiciar soluções conjunturais para dilemas claramente estruturais vê-se às voltas com a própria

armadilha que acabou criando. Até porque o Poder Judiciário funciona satisfatoriamente, consoante o modelo que o concebeu. Não há quem ouse dizer o contrário. Dessa forma, nos termos postos por Ovídio Batista da Silva (2008), apenas podemos perguntar: não seria esse o caso de um mau funcionamento da jurisdição estatal?

Mas o problema é complexo, e tem vários protagonistas (TEIXEIRA, 2009). A atividade legislativa é um deles, e, como diz François Ost (2005), simplesmente, não pode parar, é uma das funções do Estado e precisa funcionar, justificar sua existência, alcançando-se o paradoxo de, tendo-se leis a regular quase tudo, vivenciar a população um quadro de recorrente inutilidade e obscurantismo do arcabouço legal, uma vez que, no cotidiano dos cidadãos, realidade e legalidade estão a seguir rumos opostos. Isso para não mencionar o caso de leis mal formuladas, escritas sem o zelo requerido, a gerar um impensável “entulho legislativo”, que cria outro fenômeno tipicamente brasileiro, qual seja a síndrome das leis que, aparentemente, “não pegam”.

Para muitos, essa expansão do setor público e da burocratização chegam a parecer algo simples, natural. O que, nem de longe, deveria ocorrer. E tamanha “fúria normativa” é impensavelmente maléfica, esvaziando a funcionalidade de conceitos basilares como o direito adquirido e a segurança jurídica, uma vez que o formalismo exacerbado acaba por criar obstáculos ao acesso à Justiça, inviabilizando a redução do tempo da prestação e da efetivação da tutela estatal.

Acresce-se a esse panorama de incertezas o desaparecimento e a má gestão do Judiciário, que carece de mais serventuários, de equipamentos avançados e de melhor administração, além da cultura litigiosa apreendida pela sociedade brasileira, que deseja levar quaisquer mínimas diferenças eivadas do convívio em comunidade à apreciação do Estado, num paternal espírito demandista, que sobrecarrega a já ineficiente Justiça, a qual persiste limitada aos tradicionais e rígidos caminhos do procedimento contencioso.

Devemos, ainda, ter em mente que “construir um sistema de Justiça é como construir uma estrada; quanto melhor a estrada, maior será o tráfego, mais depressa a estrada acusará o inevitável desgaste [...]” (MOREIRA, 2006, p.35). Portanto, a facilitação de ingresso e a amplitude de garantia de direitos acabaram por ter efeito diverso, já que levaram a um incremento substancial e praticamente inabsorvível de

novos litígios. Não houve qualquer planejamento nesse sentido, e, na válida afirmação de Cícero, “excesso de direito, excesso de injustiça” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.240).

E, considerando a máxima de que “a Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, 1997, p.40), depreende-se que o acesso ao judiciário não mais pode se atrelar unicamente ao axioma que resguarda a capacidade postulatória do indivíduo frente ao Estado democrático, e a resposta deste às provocações que lhe são dirigidas pela coletividade, devendo sim ir além, extrapolando a notória inércia legal, à medida que se passa a exigir não apenas o direito de ação, mas, da mesma forma, a predominância da dita “ordem jurídica justa”. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVII, certifica, em letra indelével, essa preocupação, pois dita que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Cintra, Dinamarco e Grinover (2002, p. 26) salientam que “tudo toma tempo, e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal”. Reconhece-se, nesse caso, que a jurisdição não tem um escopo, mas escopos, revelando-se muito pobre a fixação de uma meta exclusivamente jurídica, a qual insiste em não perceber que, a cada geração que passa, são milhões de pessoas que perdem a oportunidade de ver seus problemas dignamente tratados pelo Judiciário, configurando uma perda irreversível e eticamente reprovável.

De fato, está-se para ver um problema, por mais complicado que seja que, quando examinado pelo ângulo certo, não se torne ainda mais grave. E a fossilização da esfera judicante é um destes exemplos, exteriorizando reflexos por vezes inesperados, mas absolutamente prejudiciais. Conforme os argumentos de Simão Filho (2005) e de Tucci (1997), o processo, tal como se encontra, traduz um perigoso jogo de poder social, onde a resistência do economicamente pobre é minada e manipulada pela do favorecidamente rico, na medida em que este consegue aguardar, sem maiores danos, uma justiça letárgica, passiva e inoperante, acentuando um quadro díspare entre os que podem esperar e aqueles que, esperando, têm somente a perder, oportunizando, via de regra, um cômodo instrumento de ameaça e pressão para que se ditem aos mais fracos as condições da rendição da verdade ante a inércia estatal (AYOUB, 2005; BEZERRA,

2007). “Esta morosidade, no mundo moderno, quase que faz do Judiciário um símbolo da injustiça. Um recanto seguro a garantir ao culpado a prorrogação da sua impunidade por longos anos” (ANDRADA, 2000, p.18). “No final das contas, ‘não são raros os casos nos quais triunfa quem não tem razão, mas tem o patrocínio de um advogado hábil no manejo dos ritos’ (MACHADO, 2007)” (FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO; AZEVEDO, 2009, p.16). “O atual modelo processual brasileiro, evidentemente, se encontra em crise. Criticado pelos seus operadores, rejeitado pelos seus destinatários. Defendido, mesmo que discretamente, apenas pelos poucos privilegiados pelas deficiências do sistema” (TEIXEIRA, 2009, p. 30).

O acesso à justiça sempre foi ligado à ideia de custo, ao fator econômico. Inegável que há um custo implicitamente vinculado ao acesso à justiça, seja ele obtido pela via jurisdicional, processual, seja pela via extraprocessual. Esses custos, de qualquer espécie, dificultam e, às vezes, desestimulam e até inviabilizam o acesso ao Judiciário. E como a ideia de acesso à justiça sempre esteve ligada – seja por leigos ou pelos próprios operadores do direito – a ideia unilateral da via processual, os custos econômicos e sociais provocados pelo chamado “processo injusto” têm desestimulado os cidadãos a exercer seus direitos e resolver seus conflitos, causando barreiras de acesso ao Judiciário (embora esse acesso seja a solução parcial dos conflitos não se está aqui retirando o valor do amplo direito de ação e de defesa de direitos). Essa busca de solução de conflitos quase que exclusivamente pela via judicial, além do custo econômico apontado (às vezes inviabilizantes), gera, para os menos favorecidos uma angústia social gritante, frente às dificuldades processuais, o que leva, também, os cidadãos a se desiludirem com a justiça, daí o uso de expressões que só refletem o descrédito do Judiciário. De fato, o “vai reclamar seus direitos na justiça”, denota uma impunidade latente frente às violações cometidas, e vêm substituindo a expressão “vou te levar na justiça”, que denotava confiança de que os direitos violados seriam recompostos. Isso demonstra a perda da confiança da população nos meios judiciais de solução de conflitos. E, atualmente, essa visão equivocada de acesso à justiça pela via exclusivamente processual tem tido um retorno social negativo, na medida em que as expressões foram substituídas por “não adianta procurar a justiça” ou – o que é mais sério – “morro eu e meus filhos se procurar a justiça”. É o desengano, a desesperança e a angústia das gentes (BEZERRA, 2007, p. 59-60).

Logo, põe-se em cartaz a prevalência da versão mais impiedosa do sistema capitalista, qual seja aquela que aniquila o conceito de cidadania, diminuindo a importância das relações humanas face aos conflitos de papéis meramente jurídicos, originando situações intoleráveis e mergulhando a sociedade na terrível encruzilhada da perpétua acumulação de riquezas e da exclusão do acesso aos direitos mais básicos. E a preocupação é latente, haja vista que o próprio Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 3º, dispõe que o advogado “deve” no exercício

profissional ter consciência de que o Direito é, antes de tudo, “um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos”.

Retomando a dilação lógica, o direito não pode ser encarado somente pela óptica de seus produtores (advogados, juízes, promotores, legisladores), ou de seu produto (a Lei), mas sim visto pelo ângulo dos consumidores da Justiça, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais, estes sim clientes preferenciais do Estado. Nesse diapasão, os óbices relativos aos custos, à burocracia extremada, à demora dos processos e à limitação do acesso, frequentemente, se interpõe entre a pessoa que litiga em juízo e os procedimentos legais predispostos à sociedade.

Demonstrada a ineficiência da frente judicante e a crise institucional em curso, a indagação que fica é: para que servem as normas dispositivas que resguardam direitos e garantias individuais, se o exercício do direito subjetivo pelo cidadão, quando se faz necessário, torna-se inviável? Destarte, diremos que a Justiça é mutável, e os modos de se tentar obter a resolução das hodiernas dificuldades têm se aperfeiçoado no decorrer dos tempos.

1.2 Ondas renovatórias do acesso à Justiça

O Direito não é e nem jamais foi uma ciência estática, ao contrário, acompanha ela as constantes transformações pelas quais passa a sociedade. A sua ordem de existência consiste na permanente adaptação à vida. É um livro inacabado. E os esforços rumo à efetivação do acesso à Justiça integram a própria história de lutas do Estado moderno, acontecimentos esses que podem ser analisados em três etapas sequenciais, aqui denominadas “ondas”, em alusão às fases renovatórias porque passou o processo civil no século XX.

Para César (2002, p.13), o movimento de acesso à justiça origina-se “na busca de efetivar os direitos do cidadão, através de reformas de amplo e criativo alcance, recusando-se a aceitar a imutabilidade de quaisquer institutos caracterizadores do nosso ordenamento jurídico”, uma vez que, as limitações de acesso privam inúmeras pessoas da tutela do Judiciário, o que lhes causa dano substancial, pois quem não vem a juízo ou não pode fazê-lo renuncia àquilo que aspira ou busca satisfazer.

Na “primeira onda”, a “assistência judiciária” domina a tônica dos discursos por uma justiça mais efetiva dentro do projeto de desenvolvimento das nações, e isso se deu por intermédio da inclusão daqueles que são economicamente hipossuficientes. Entendeu-se que a pobreza não deveria funcionar como fator excludente, por significar a atuação do judiciário algo essencial aos preceitos de cidadania e aos ditames da disciplina dos direitos humanos. Para tanto, se procurou remover as barreiras que existiam entre os direitos civis e seus remédios jurídicos. A perspectiva individualista e, decorrentemente, cerceadora da liberdade acabou perdendo força, de forma que o que anteriormente fora reconhecido na lei materializou-se em medidas que compreenderam a assistência judicial gratuita e o adequado acompanhamento em juízo (CESAR, 2002; MORAIS, 1999).

Todavia, ficou patente a progressiva escassez do movimento, o que gerou a “segunda onda”, uma vez que a sociedade passou a se deparar com um inédito dilema, qual fosse o de romper o isolamento jurídico-legislativo dos indivíduos quando do enfrentamento das violações de massa, as quais incidiam sobre categorias inteiras de pessoas.

O avanço do capitalismo teve consequências diretas para as relações de consumo e para a manutenção do ideal ecológico, o que propiciou certo desconforto à sociedade, que não mais se sentia concretamente protegida pela justiça, diante da atipicidade do novo panorama. Dessa forma, a etapa chamada de “tutela dos direitos meta individuais” eclode, ocorrendo uma abertura ainda maior das portas de acesso ao judiciário, ao se permitir que as pessoas postulem acerca de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, categorias recentes e fragmentadas por natureza, que figuravam com eficácia reduzida, dado o vácuo no aparato procedimental disponibilizado pelo Estado para a consumação de tais direitos (MORAIS, 1999).

A intervenção do movimento buscou a ampliação da legitimação para agir, de maneira a incluir no polo ativo dessas tutelas coletivas até organizações não estatais e de classes, como associações, sindicatos e partidos políticos, além da criação de outras ações específicas, a exemplo das ações populares e das ações civis públicas, com maior engajamento do Ministério Público, isso na medida em que se constatou que a parte não agia somente por si mesma, mas para a coletividade, e em prol de um objetivo maior.

Contudo, não obstante as transformações ocorridas no seio do Judiciário, o movimento não parou por aí. Uma “terceira onda” de exigências reverberou na sociedade neoliberal, muito mais forte, e ainda está longe de se esgotar, uma vez que, para os indivíduos, não bastou a facilitação do acesso à justiça, evidenciada em épocas anteriores, pois o foco do debate extrapolara o que se poderia antever, lançando questionamentos impossíveis de se apaziguar, e atingindo de vez a “espinha dorsal” do Estado (MORAIS, 1999).

Descobriu-se, então, que a noção de efetivo acesso à justiça merecia uma reanálise conceitual, procurando-se instrumentos alternativos para a solução dos conflitos fora das arenas judiciais, em outras palavras, meios mais adaptados aos dias de hoje.

Nestas circunstâncias, de nada valerá substituir o motorista. A *estrutura* do “veículo”, nascido no Direito privado romano e aperfeiçoado pelo *Iluminismo* europeu, foi ultrapassada pela História. Sua velocidade ficou aquém das expectativas contemporâneas, geradas pela globalização, sempre tangida pela urgência, quando não pelas soluções que eliminem definitivamente o tempo. Por mais que se preparem e se aperfeiçoem os motoristas, esse veículo obsoleto não responderá às exigências do novo milênio. É necessário ter em conta que a sociedade contemporânea – feita de contrastes e conflitos – não passa de um simples “aglomerado humano”, oposto à sociedade europeia do século XIX. De nada valerão as tentativas de melhorar o *funcionamento* do sistema. Ele funciona muito bem, segundo o projeto que o concebeu. Faz o possível e, às vezes, o que parecia impossível. Estas são as nossas circunstâncias. Contudo, é necessário e urgente salvar a jurisdição pela sua importância para a construção de um regime verdadeiramente democrático. A tarefa exige que sejam exorcizadas ideias e instituições, tornadas relíquias ideológicas, que a História há muito superou (SILVA, 2008, p.16).

Tal fase preocupa-se em construir um sistema jurídico mais célere, dinâmico, eficiente, adaptado à velocidade das mudanças, enfim, mais humano, através do engajamento da sociedade e do poder público com políticas que deságuem no correto aproveitamento dos tribunais de pequenas causas e dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, a exemplo da conciliação, da mediação e da arbitragem. E, como se pôde ver, o adequado tratamento dos conflitos surge na sociedade, a partir dos inéditos conflitos erigidos em seu seio, e, por imposição da modernidade, é colocado nas discussões estatais por um Judiciário eficiente. Mas não é tudo, visto que a jurisdição é uma função, a qual pode ser pública ou privatisticamente exercida. Eis que a “terceira onda” continua a ocasionar rediscussões e a gerar a necessária reforma.

1.3 Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias

Inicialmente utilizada nos Estados Unidos, a expressão “Alternative Dispute Resolution” correu o mundo como designação válida aos mais variados processos de solução de conflitos que não envolvessem a intervenção direta do Estado, tendo-se estabelecido com mais vigor na cultura anglo-saxônica. Em português, há duas adaptações a esse termo, uma que se denomina “Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias”, e outra que se intitula “Métodos Extrajudiciais para Solução de Conflitos”. E ambas carregam na nomenclatura a correta acepção das novas práticas: “alternativas” à jurisdição e meios “extrajudiciais” de resolver contendas.

À margem das diferentes nomeações, por crescer, entre nós, a consciência de que “a melhor forma de pacificar a sociedade é simplesmente evitar os litígios” (CAVALCANTI, 2013, p.14), os métodos não adversariais surgiram justamente para minimizar a evidente crise da jurisdição, permitindo ao Estado dirigir a sua atenção à solução dos conflitos que não podem, por preceitos de ordem pública, ser conhecidos pela justiça privada. E tais alternativas não se resumem apenas à arbitragem, haja vista que, até chegar ao juízo arbitral, outras fases poderão restar esgotadas.

Primeiramente, cumpre identificar que há toda uma sistemática voltada à solução alternativa das controvérsias, de maneira que é possível classificar os diversos métodos como sendo “autocompositivos” ou “heterocompositivos”, em decorrência tão somente de uma terceira pessoa influir ou não na resposta alcançada para o litígio.

A autocomposição engloba a negociação, a mediação e a conciliação, preponderando a vontade das partes em alcançar, por si só, a resolução da discórdia surgida entre elas. “É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio” (DIDIER, 2007, p.69). Já a heterocomposição é marcada pela imposição de uma “sentença” (decisão) acerca do conflito, onde o papel de um terceiro imparcial é basilar, envolvendo as técnicas empregadas pelo Poder Judiciário e pela arbitragem. “Vale notar, porém, que, na arbitragem, embora a decisão seja imposta por um terceiro, há, em regra, um teor autocompositivo na solução do dissídio, pelo menos na eleição desse mecanismo para pôr termo ao conflito” (STOLZE, 2007, p.214).

A “negociação”, primeira e basililar etapa, inerente a todas as demais práticas extrajudiciais, é um processo que encerra um passo utilizado por entes que defendem posicionamentos conflitantes, visando à composição e satisfação de interesses. É uma solução facultada e autonegociada entre os envolvidos. Não tem rito predeterminado, mas deve produzir um acordo criterioso, reduzido a termo, que não danifique o relacionamento entre os envolvidos (SERPA, 1999).

Na “mediação”, um terceiro, neutro, é chamado a integrar as discussões, auxiliando as partes a alcançarem um acordo entre si, através de um processo previamente estruturado. Estabelece-se, portanto, uma tríade, na qual o mediador apenas aproxima as partes, propiciando o entendimento, explicando e detalhando pontos controversos, de forma que são aquelas as autoras das decisões advindas, bem como do acordo porventura assinado (GARCEZ, 2004; BASSO, 1996). A mediação representa, grande economia financeira e de tempo, e essa circunstância, quando analisada sob o prisma dos hipossuficientes, é fator determinante no acesso à paz (MORAIS, 1999).

Por fim, a “conciliação”, instrumento de resolução de conflitos mais acessível, traduz meio pelo qual os discordantes autocompõe os interesses em choque, colocando fim ao litígio. Não há imposição de nada. Em nosso país, surge vinculado a certos procedimentos judiciais. É o acordo entre as partes obtido também com o auxílio de um terceiro, dito “conciliador”, que aconselha, propõe ou induz o entendimento entre as partes, considerando os argumentos de uma e de outra, e “aparando as arestas” existentes entre os litigantes (BRUNO, 2012).

1.4 Direito à razoável duração do processo

No romance “Contato”, o astrônomo Carl Sagan inaugura um dos capítulos com a célebre frase de John Keats, a qual diz que “doces são as melodias que se ouvem; mas as não ouvidas são ainda mais doces” (SAGAN, 1997). Do que não falamos é justo o que mais nos inquieta. A solidão contida na busca pelo conhecimento perturba. Somos conclamados a raciocinar. Carregamos, em nosso âmag, o gene da desconfiança. Para quem quer que seja, a descoberta tem sempre um sabor especial. E, não obstante a tamanha divagação, garantiremos que há determinados assuntos para os quais jamais nos dedicamos a pensar com a cautela requerida, com o precioso e necessário cuidado.

Dentre estes, a problemática envolvendo a “razoável duração do processo” é das mais inquietantes.

O que é, ou deixa de ser, o “tempo”? Qual é a sua importância nas nossas vidas? O que pode ser tido como “razoável”, no “tempo” que nos é disponibilizado? Será que é possível que não exista uma resposta para isso? “Como algo tão básico à nossa experiência do mundo físico pode ter uma identidade tão difícil de definir? Ou será que o tempo tem alguma qualidade essencial que a ciência ainda não identificou?” (DAVIES, 2002, p.54). “O silêncio deles é uma eloquente afirmação”, retorquiria Cícero (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.417). E, desde quando, silenciar é a melhor resposta?

“Santo Agostinho, famoso teólogo que viveu no século V, observou que sabia muito bem o que era o tempo – até que alguém lhe perguntasse” (DAVIES, 2002, p.56). Acontece que existem concepções distintas. O “tempo” é uma invenção social, uma criação de ordem subjetiva. Para a filosofia, é uma coisa, para a física, é outra. A unidade entre teoria e pensamento reside tão somente na constatação de que um mistério cerca a influência que este detém sobre cada um de nós, no modo como afeta nossa experimentação do mundo. Logo, “tempo”, na completa acepção da palavra, e para os fins do nosso estudo, pode ser definido como o “período contínuo e indefinido no qual os eventos se sucedem e criam no homem a noção de presente, passado e futuro, traduzindo a oportunidade para a realização de algo” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2004, p.713).

Contudo, reconhecida a vastidão conceitual, será que é possível ponderar o valor que esse “tempo”, indecifrável e onipotente, possui, em face de um procedimento de natureza jurídica? Qual o “tempo” que uma pessoa pode aguardar até a concretização de um direito? Como deve reagir o Estado diante do clamor social por um serviço público judicial eficiente e eficaz no “tempo”? Existirá uma fórmula capaz de quantificar o peso da expectativa que o “tempo” gera ao ser humano? A lei pode fazê-lo? Sobre isso, quase tudo já fora dito. É um contexto vasto e plural. Porém, das coisas sobre as quais muito se tratou, também muito se perdeu. A procura por algo, às vezes, depende apenas de um recomeço, de um retorno ao início de tudo. E são essas mínimas coisas que nos soam como sendo as mais belas... As melodias ainda não ouvidas tendem a ser mais doces.

Na busca pelo significado do “tempo” para a ciência do Direito, não podemos deixar de cogitar acerca da aula que Wilson de Souza Campos Batalha dá ao “Prólogo” de seu livro:

O tempo da norma jurídica constitui a maximalização intelectualística da temporalidade estática. Opera mediante cortes no fluxo da temporalidade, que intuimos. Não é a temporalidade existencial, mas a temporalidade normativa, como se fora uma concepção espacializante do tempo, em que este viesse a ser seccionado em parcelas autônomas, ou dividido em lotes inconfundíveis. Mas, a norma, que provém da vida e procura fixá-la em moldes rígidos, à vida retorna e é revivida, a cada passo, através de uma realidade que flui, insta, perdura e se sucede. Os esquemas normativos, fixos e rígidos, caem sobre uma realidade fluida, flexível, num suceder de pessoas, de atos, de fatos, de relações e de situações. Da fixidez dos esquemas normativos e da fluidez e flexibilidade das situações ontológicas surgem os desajustes da temporalidade estática das normas jurídicas e a dinâmica da temporalidade, o “entretempo” jurídico (BATALHA, 1980).

Roubando parcela da abertura do conto “Cidade de vidro”, do livro “A trilogia de Nova York”, de Paul Auster, nos atreveremos a repercutir o que escreveu esse autor, uma vez que “a questão é a história em si, e não cabe à história dizer se ela significa ou não alguma coisa” (AUSTER, 1999, p.9). E a narrativa histórica relata que a ideia alardeada e vendida pelo neoliberalismo deixava bastante claro que o universo social e econômico dos dias correntes é agressivo e veloz demais para que a burocracia e o maquinário de um Estado secularmente agigantado possam acompanhar. A Justiça trazia uma dificuldade para cada solução, de forma que “a legalidade e a legitimidade, características da modernidade, deram espaço à operatividade e à eficácia” (DUPAS, 2005, p.154). “A legitimação desse processo é tentada pelo ‘autoritarismo da eficácia’, uma espécie de autolegitimização que repousa na racionalidade dos especialistas e daqueles que controlam os instrumentos de poder, incluindo a mídia” (DUPAS, 2005, p.162). Para David Harvey (2006, p.210), “o efeito geral é, portanto, colocar no centro da modernidade capitalista a aceleração do ritmo dos processos econômicos e, em consequência, da vida social”. “Diante deste paradoxo somos obrigados a reconhecer que não é a realidade que está em crise e sim nosso modo de compreendê-la e de avaliá-la” (DE MASI, 2000, p.28).

Certo mesmo é que, ou nos adaptamos a essa realidade, marcada pela instantaneidade e pela volatilidade, ou, simplesmente, estaremos fora do novo “jogo” jurídico. Nas considerações de Alphonse de Lamartine, “o homem não tem porto, o

tempo não tem margem; ele corre e nós passamos” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.648). E esse “tempo”, imaterial, inconstante e indefinível, revelou-se como um dos ativos mais preciosos do universo profissional e pessoal de nossas vidas, de modo que “a ética exige ultrapassarmos o ‘eu’ e o ‘você’ para chegarmos à lei universal, ao juízo universalizável, ao ponto de vista do espectador imparcial ou observador ideal, ou como quer que o chamemos” (SINGER, 2002, p.34).

Zygmunt Bauman, citando Hans Jonas, acresce que: “Os momentos podem ser usados de forma sensível ou desperdiçados. Contamos os dias e os dias contam” (BAUMAN, 2008, p. 299). Vamos, então, esquecer que existe um “tempo” predeterminado para tudo? Que o “tempo” é a coisa mais preciosa que podemos “gastar”? Que as “badaladas” do relógio nunca cessam? “Para ser mais exato, a vida tem valor e os dias têm peso porque nós, humanos, somos conscientes de nossa mortalidade. Sabemos que iremos morrer e que nossa vida, para citar Martin Heidegger, significa viver em direção à morte” (BAUMAN, 2008, p.298).

Por isso é que o “tempo” do passado, perdido e ultrapassado que está, não pode mais ser considerado, ou sequer lembrado, nas experiências com o “tempo” do presente. Não há completude de um para com o outro, mas sim um inevitável choque. Tudo o que nos cerca tem a marca da efemeridade. Já disse Samuel Taylor Coleridge: “A paixão cega nossos olhos, e a luz que a experiência nos dá é a de uma lanterna na popa, que ilumina apenas as ondas que deixamos para trás” (GUARACY, 2001, p.171). O discurso foi preparado: o Judiciário é lento, não atende às reivindicações sociais, portanto merece ser renovado, e o Estado, por intermédio de sua atividade legiferante, tem o dever de reformar as leis, de inserir na ordem do dia das discussões parlamentares a questão do “tempo”. O motivo era bastante claro: o remodelado direito rejeita como sem valor tudo o que não se ajusta aos esquemas previamente determinados pelo “império” da pós-modernidade.

E a percepção que temos, ou colocando de outra forma, tínhamos da realidade que nos cerca foi alterada para justificar a transformação em curso. “Aceitaremos que o direito evoluiu, que a solução de hoje não era a de ontem; mas invocaremos o ‘melhor fundamento’ da decisão nova; e contra este ‘progresso’ do direito, nenhuma razão, acreditamos, é capaz de resistir” (OST, 2005, p.182). Como meditava Steve Jobs, “você não pode conectar os pontos olhando para frente; você só pode conectar os pontos olhando para trás. Assim, você precisa acreditar que os pontos

irão se conectar de alguma maneira no futuro”¹. Mas e quando o passado não consegue explicar nem o presente? Quando não há mais exemplos a serem seguidos? Quando o dia seguinte é a maior das incógnitas? Esses pontos ainda podem vir a se encontrar em algum lugar? A montanha havia sido superada, e, mesmo assim, seguíamos sem a mínima visão de qualquer horizonte... Num átimo, percebemos que os problemas mudaram, e que os que surgiram, em substituição aos anteriores, eram ainda mais graves. Poder-se-ia dizer que é mais correto raciocinar o Judiciário dos dias de hoje como uma tentativa frustrada de pensar historicamente o presente em uma época em que já esquecemos como pensar dessa maneira.

Quem assiste a tamanha transformação é jogado de um lado para outro, numa disfarçada “nostalgia pelo presente”. As coisas são momentâneas, perdidas de vitalidade, fotográficas, e, mesmo assim, estamos apegados a elas. Um irreprimível impulso mais profundo nos diz que algo não é correto, todavia somos levados a um exercício de paciência com as descontinuidades, vestindo as máscaras de um “tempo” provisório, adicionado, não se sabe como, nem por que, à lista de prioridades essencialmente pertinentes do nosso cotidiano (JAMESON, 2007). “E como poderia ser diferente num tempo em que já não existe nenhuma ‘lógica mais profunda’ para se manifestar na superfície, num tempo em que o sintoma se transformou na própria doença (e, sem dúvida, vice-versa)?” (JAMESON, 2007, p.16). De toda forma, “as consequências culturais e éticas dessa grande transformação ainda não começaram a ser exploradas com seriedade, e, portanto, só podem ser sugeridas” (BAUMAN, 2008, p.147).

Para o escritor Victor Hugo, “o futuro é um fantasma de mãos vazias, que tudo promete e nada possui” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.658). Reginaldo Souza Santos (2010) situa pensamento em torno de que se conhece pouco ou nada do passado, e que também nada se pode dizer do futuro. “Por essa razão, estamos falando muito pouco do futuro, um futuro que só tem qualquer sentido se o pensamento acerca dele tiver como conteúdo o bem-estar da humanidade” (SANTOS, 2010, p.157). Só se nega o que se conhece, e “como não o conhecemos – de fato ou propositalmente – então o futuro naquele sentido está comprometido” (SANTOS, 2010, p.157). “Arrastado para

¹ Discurso realizado durante uma formatura na Universidade de Stanford, no ano de 2005. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/10/confira-frases-marcantes-do-co-fundador-da-apple-steve-jobs.html>. Acesso em: 08 out. 2013.

diante, sempre voltando seus olhares desesperados para o passado, parecemos entrar de fato no futuro” (OST, 2005, p. 307). E que futuro.

Prima facie, diremos que a crise existe e que está em curso. Abrange valores outrora enaltecidos como se inabaláveis o fossem. Não existem mais certezas, e a definitividade aderna ao sabor do vento. O farol da antiguidade clássica segue apagado. É esta uma nau perdida em meio à repentina tempestade neoliberal. Pilares caem, certezas vacilam, desabam os céus. Temos que seguir adiante, muito embora nos “falte o chão”. “Conversando com os nossos próprios botões”, poderíamos mesmo alegar que se trata de uma situação ímpar, nascida no interior de uma revolução que não sabemos quando começou, tampouco desconfiamos quando é que haverá de terminar. E é nessa era, em que a razão lúcida constata seus limites, que as peças principais de um jogo de damas adquirem, sem qualquer aviso prévio, a liberdade de movimentos permitida em um jogo de xadrez, utilizando caminhos inusitados, pulando outras peças e inventando elas mesmas seus novos papéis e recursos (DUPAS, 2005). O “jogo” do presente não é mais sequer o de damas ou o de xadrez, como se deu em algum lugar do passado, agora ele é outro, inteiramente novo e demasiadamente radical. Para este, especificamente, ninguém ainda leu o manual. Não se sabem quais as suas regras. E, na precisa colocação de François Ost (2005, p.337), em reprodução da máxima de Savatier, vê-se que “os juristas de hoje traçam suas linhas sobre a areia de instituições movediças”. Para surpresa de todos, eis que é declarado, em voz firme e autoritária: “xeque-mate”... O “tempo” venceu.

No entanto, diante de uma situação dessas, o que é ou deixa de ser “Justiça”? Não sabemos. E haverá quem o saiba? Costumava salientar Diderot que, “se você lembrar que um problema existe, certamente será encarregado de resolvê-lo” (GUARACY, 2001, p.159). Aceitamos o encargo... E que encargo. Para tanto, afirmar-se-á, sem receio, que é uma palavra de muitas acepções. Trata-se da mais importante e complexa página do grande livro da ciência jurídica. Segundo o raciocínio de Terêncio, “tantas cabeças, quantas sentenças: cada um tem o seu modo de ver” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, 435). E esse é um conceito aberto, em permanente construção. Dependendo da pessoa, do lugar, do momento, do caso concreto, pode vir a assumir as mais variadas conjeturas. É uma definição a se traduzir na mais bela expressão do que venha a ser igualdade e liberdade. É um determinante social único, à medida que envolve bens, sentimentos, pessoas. É a oportunidade de se realizar algo

construtivo e de estima em prol da existência humana. É um dever sagrado. É a ocasião, face aos perseguidores e opressores do dia a dia, de dizer que existe um escudo protetor, de avisar que a lei é maior, de demonstrar que a verdade sempre prevalece, de recordar que ninguém pode ir de encontro a esse primado da coletividade. Enfim, é um modo de repetir, com determinação e orgulho, quantas vezes forem necessárias, bem como para quem quiser ouvir, que há sim esperança em um destino melhor. “Justiça” é tudo isso, e um pouco mais. Não há quem possa atribuir-lhe uma significação absoluta e universal. Não há quem possa resumi-la a um punhado de palavras.

Pouco se fala a respeito de que “Justiça” é, também, e acima de tudo, uma experiência. Quando um capitão, na época das grandes expansões marítimas, necessitava de um rumo, ele se voltava para as estrelas. E isso não se dava a toa. O referencial, a partir do navio e do mar não resolvia o problema, pois poderia conduzir a imprecisões. Faltava sopesar outra variável, tão importante quanto, qual fosse o ponto de vista do observador. Não havia margem para erros. De maneira que as estrelas, imóveis, passivas, enigmáticas, belas, influíam diretamente no trajeto da viagem, funcionando como a mais perfeita “bússola” daquele momento histórico. Eram elas espectadores e, ao mesmo tempo, dirigentes do caminho a ser trilhado.

Tomando o exemplo acima como analogia, o formato de nossa vida na atualidade é afetado pela aceleração dos ritmos, pela tecnologia, pela prevalência do mercado, pela individualização, o que condicionou a reescrita do que venha a simbolizar dignidade e razoável duração do processo, com esses aspectos galgando a patamar de “paisagens” de um cotidiano em que impera a mudança, a incerteza, a dinamicidade. Não se acham precedentes válidos a nos fornecer qualquer informação do que pode ser a Justiça de daqui a uma década, um ano ou um mês. E essa permanentemente e estigmatizada particularização da vida, joga, e pesado, com os valores construídos em séculos de lenta estratificação jurídica, conduzindo-nos a uma realidade sem referenciais, roubando-nos a oportunidade de “buscar nas estrelas” a passagem para o amanhã.

Logo, instaura-se um inacreditável paradigma. “Justiça” é, ou não é, a que presenciamos? É, ou não é, a que se realiza nos tribunais? É, ou não é, aquela que leva anos a fio para ser efetivada? Talvez não mais, uma vez que é o próprio Judiciário que se vê às voltas com um paradoxo impossível de ser apaziguado. Abalado em sua estrutura, mitigado nas suas funções, agigantado por seu plexo de atribuições e

questionado quanto aos seus resultados, foi ele atingido de morte pela “flecha” do caráter mutacional e fluido da pós-modernidade. Cambaleia por não mais conseguir atender plenamente à sua missão jurisdicional, dissolvendo-se em meio a ritos e prazos que não condizem com a realidade. E “a interrogação fustiga o direito com todo o chicote: é sua capacidade de instituir o laço que é questionada mais ainda que sua aptidão para garantir a segurança jurídica” (OST, 2005, p. 307-308).

Somente agora é que entendemos que, do ponto de vista da experiência, a nossa opinião sobre o que é ou deixa de ser “Justiça” foi corrompida. Karl Marx, em sua genialidade, refletia que, “há pessoas que não levam em conta a realidade, mas em compensação a realidade também não as leva em conta” (GUARACY, 2001, p.171). “Quem nunca caiu, não tem ideia exata do esforço que tem de ser feito para se manter de pé” (Multatuli. SHOR, 2000, p.26). E o Direito teve que se adaptar. O pós-modernismo se deu abruptamente. A vida não parou para que as mudanças pudessem ser efetivadas.

A pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão. Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores – enfim, entre passado erodido e presente multifário. A pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual ou, muito menos, um conjunto de ideias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança dos valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, sendo que algumas conquistas e desestruturas sociais atestam o estado em que se vive em meio a uma transição. [...]. Em poucas palavras, quer-se dizer que se sabe menos sobre a pós-modernidade do que efetivamente acerca dela se especula. O enevoado diáfano domina o cenário a ponto de tornar-se turva a visão para contemplar o horizonte. (BITTAR, 2008, p. 133-134).

O Estado falhou ao construir um sistema intrincado, frio, hermético e pesado como o é a Justiça que testemunhamos. Todo equívoco, por que menor que pareça, tem seu preço. Arcamos com as consequências. Descobriu-se que não existe escolha e que nada mais tenderia a ser como antes. E a luz ao final do túnel foi ficando cada vez mais exígua, distante e difícil de ser alcançada... Repensar a Jurisdição, reinventar o direito, ponderar sobre o aspecto temporal, sopesar o estigma da efetividade

das decisões e incluir a variável humana nessa intrincada equação não são “castelos no ar”, nem encerram discursos vazios, tampouco representam uma mera saída para o colapso estrutural vivenciado, mas estes constituem os próprios requisitos de sobrevivência do Poder Judiciário na época vigente. Até porque o espectador, o cidadão comum, o ser humano que sofre e padece no extremo dessa relação deteriorada, perdeu a paciência e começa a se insurgir contra a cena mal redigida, da qual também é ator, não comungando com a prestação jurisdicional demorada e ineficiente, que lesa a todos e que se perde em meio ao rarefeito “tempo” da vida.

Segundo John Maynard Keynes, “a verdadeira dificuldade não está em aceitar ideias novas, mas em escapar às ideias antigas” (GUARACY, 2001, p.97). De maneira que o grande desafio envolvendo o futuro da ciência jurídica será o teste último da nossa capacidade para prever as mudanças e guinadas da sociedade, enquanto se fazem as tentativas de edificar formas de resolver as contendas e de apaziguar discórdias a um custo menor e a uma velocidade maior, havendo de germinar, no seio dos operadores do direito, uma inédita visão sobre o que não mais atende às expectativas do usuário final do Judiciário. “Se o Direito pressupõe certa estabilização de valores majoritários ou consensuais para que a norma exerça seu poder de escolha de conteúdos normativos, a pergunta, num momento transitivo, acaba sendo: quais os consensos possíveis num mundo em transformação?” (BITTAR, 2008, p. 135).

O discurso mudou - teve que ser mudado e, quer gostemos ou não, continuará mudando -, passando a registrar que o “tempo” é importante e que deve sim ser pensando e devidamente ponderado no trato dos assuntos judiciais. Tal lição, herdada de um instante cada vez mais acelerado e ausente de sentido, determinou o “manifesto” da transformação. E, como a lei reflete a sociedade, é daí que advêm as reformas constitucionais e processuais destinadas a tentar infligir caráter mais dinâmico, mutacional e célere ao funcionamento do sistema Judiciário. José Saramago dizia que “não devemos ter pressa, mas não podemos perder tempo” (GUARACY, 2001, p.192, adaptado). E, sob essa óptica, a “razoável duração do processo” assumiu o “centro das atenções”.

Duína Porto Belo (2010a) reconhece quatro feições diferentes à redefinição do conceito de acesso ao Judiciário, a saber: a) a do “leigo”, a qual se prende à mera possibilidade de ingressar em juízo, de estar diante de um magistrado, havendo notória confusão entre essa oportunidade de se fazer presente a uma instituição do Judiciário,

como se efetiva realização da almejada justiça o fosse; b) “técnico-jurídica”, que sob uma óptica solene, remete à formalização do processo, à ritualização procedimental; c) “sociológica”, a traduzir a missão, ou, melhor dizendo, esperança da coletividade na resolução da pendência ou conflito, ensejando a promoção da paz social; e d) “filosófica”, que aponta a existência de uma atribuição metafísica ao Poder julgador, onde a justiça, enquanto sentimento, não dependeria apenas de juízes estatais, mas sim de plausibilidade, da devolução à sociedade, em consequência dos investimentos estatais realizados, de um meio apto a não permitir a perpetuação das desigualdades e das iniquidades.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi a responsável pela inserção, no artigo 5º, da nossa Lei Maior, o inciso LXXVIII, que disciplina: “a todos, no Âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Destarte, o “tempo” passou a representar o preceito e a diretriz do Poder Público, quando do atendimento das demandas da sociedade, e da solução de suas controvérsias. “É um reforço normativo resultante da busca pelo rompimento das barreiras que travam o efetivo acesso à justiça, dentre as quais a morosidade processual se sobressai” (BELO, 2010b, p.109). Pode-se, em consequente, pontuar que “sua elevação ao posto de garantia constitucional e, mais ainda, de direito fundamental com aplicabilidade imediata, irradia-se por todo o sistema legislativo, doutrinário e jurisprudencial, no sentido de vedar a elaboração de leis que tragam lentidão na solução dos processos e interpretações que afrontem o princípio da razoável duração do processo” (BELO, 2010b, p.109).

Não foi por menos que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, enquanto Presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, dentre as justificativas para a possível mudança, escreveu o seguinte:

William Shakespeare, dramaturgo inglês, legou-nos a lição de que o *tempo* é muito lento para os que esperam e muito rápido para os que têm medo. Os antigos juristas romanos, por sua vez, porfiavam a impossibilidade de o direito isolar-se do ambiente em que vigora, proclamando, por todos, Rudolfo Jhering no seu “L.espirit Du droit romain”, que o método imobilizador do direito desaparecera nas trevas do passado. Essas lições antigas, tão atuais, inspiraram a criação de uma Comissão de Juristas para que, 37 anos depois do Código de 1973, se incumbisse de erigir um novel ordenamento, *compatível com as necessidades e as exigências da vida hodierna*. É que, aqui e alhures, não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O

vaticínio tornou-se imediato: “*justiça retardada é justiça denegada*” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e *tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere* (BRASIL, 2010b, p.7, grifos nossos).

Alexandre de Moraes (2007) enxerga certa imprecisão no conceito de “razoável duração do processo”, principalmente por reconhecer que este já estava contemplado no texto constitucional, seja dentro da perspectiva do devido processo legal, seja na anterior previsão do princípio da eficiência, enquanto direcionada às ações e atividades da Administração Pública. De certa forma, soa mais como uma simplória satisfação ao reclame social por mudanças, algo preso tão somente ao plano teórico, como se as palavras pudessem se fazer valer na realidade, haja vista que, difusamente, na própria Carta Magna e em várias legislações esparsas, sempre existiram mecanismos legais devotados a acelerar a percepção que se tenha da prestação jurisdicional.

Conforme esse autor: “os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões” (MORAES, 2007, p.96). “O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados” (MORAES, 2007, p.96-97).

Sintetizando, “a melhor tradução para o significado da razoável duração é a que assevera o direito ao processo sem dilações indevidas, justo, em tempo hábil, considerados alguns critérios como a complexidade da causa e o comportamento das partes e das autoridades” (BELO, 2010a, p.66). “É claro que não se pode confundir duração razoável com celeridade a todo custo, sob pena de que ao argumento de uma rapidez exacerbada ponha-se em risco a segurança jurídica” (SANTANA, 2009, p.80). “O razoável seria assim o que não discrepasse da média, do tempo ordinário de tramitação” (ARRUDA, 2006, p.294). “Portanto, o direito à efetividade da jurisdição nada mais é do que o direito de exigir do estado a prolação de justa decisão, em prazo adequado de forma a atuar eficazmente no plano dos fatos” (RODRIGUES, 2010, p.90). E, é com isso em mente, que o “tempo” deve sim integrar quaisquer tentativas de aperfeiçoamento do Judiciário, haja vista que “o Estado-legislador, enquanto

destinatário do comando constitucional, tem o dever de estipular um sistema normativo processual compatível com a preservação desse direito fundamental, abstendo-se de instituir ritos procedimentais muito complexos e prazos demasiadamente longos” (BELO, 2010b, p.110).

Reproduziremos o que certa vez considerou Sêneca no tocante ao “tempo”:
“A maior parte de nossa vida passa enquanto estamos fazendo as coisas erradas, uma parte enquanto não estamos fazendo nada, e a vida toda enquanto não estamos perdendo tempo” (SHOR, 2000, p.65). A Justiça, por causa de seus próprios dilemas institucionais, e, porque também não dizer, existenciais, não pode inviabilizar a realização das mais altas aspirações da cidadania. Não pode contrapor-se aos sonhos de quem quer que seja. Não pode e não deve, de maneira alguma, levar as pessoas a se desesperarem e a perderem seu precioso “tempo”, “arremessando-as ao calabouço angustiante do aguardo quase sem fim, que transforma esperança em subserviência” (AYOUB, 2005, p.4, adaptado). “Esperar” e “frustrar” constituem verbos que não integram o vocabulário de qualquer sistema jurídico que possa vir a ser tido como digno ou respeitável. E a mera existência de episódios a serem traduzidos em assertivas do tipo “ganhar e não levar” e “ter um direito e dele não poder usufruir” muito bem expressa a falência desse projeto, onde a lentidão prestacional leva o Estado a conspirar contra a própria sociedade a que deveria servir. Redigir leis que assegurem a “razoabilidade” da persistência de um conflito de interesses de nada adianta se a palavra, embora bonita, surja apenas como ficcional, como pouco efetiva, como morta de valor. Enfim, teoria que refoge à prática não interessa a ninguém, sobretudo quando atrapalha, prejudica e desafia a manutenção da ordem e da paz. E o grande medo a nos flagelar é que não se tenha mais “tempo” suficiente, que a eternidade tenha vencido e que o combate tenha sido derradeiramente perdido. Como na poesia de Rossetti: “Olha-me no rosto; meu nome é Poderia-ter-sido. Também sou chamado de Não-mais, Tarde-demais, Adeus” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.636). E isso, por si só, já é motivo suficiente para revolta. Um forte ensejo para que se inicie a profunda reflexão.

2 JUÍZO ARBITRAL: UMA ALTERNATIVA AO JUDICIÁRIO

Entender o que é a arbitragem requer a compreensão acerca de como tal instituto se efetiva. Em nosso país, uma lei específica o rege. Abordar sua natureza jurídica, sua capacidade e o seu objeto importa, e muito, ao domínio desse juízo paraestatal. Da mesma maneira, a apreciação do que venha a ser a convenção de arbitragem, sobre o papel dos árbitros e a relevância da sentença proferida são outros pontos relevantes para o estudo. Importante estabelecer o valor que cada um desses itens representa para que o juízo arbitral possa alcançar maior aceitação e conquistar ainda mais usuários.

2.1 Conceito de arbitragem

Diremos que o instituto da arbitragem representa um tipo de jurisconstrução social oposta à justiça sob o comando do Estado. Logo, afirmar-se-á que o conceito de arbitragem refoge a uma determinação precisa. E “a arbitragem pode ser definida como o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral” (SCAVONE JÚNIOR, 2010, p.15). Marinoni (2009) assenta precisamente que a arbitragem é colocada ao lado da estrutura jurisdicional do Estado. Continua ele, dizendo que “sua tônica está na tentativa de ladear o formalismo – muitas vezes exagerado – do processo tradicional”, (Marinoni, 2009, p.343). Esse é o método mais utilizado de solução de litígios fora da esfera do Judiciário (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p.19; MOURA, 2007, p.24).

José Maria Rossani Garcez (2004, p.71) define:

A arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas - o árbitro ou os árbitros - os quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destas, resultante de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado.

Para nós, é a arbitragem um oportuno processo de solução de conflitos. Tem imponente relevância nos cenários nacional e internacional, e está colocada a disposição dos jurisdicionados, de qualquer nível social, para o debate de questões de maior ou menor complexidade, sendo disciplinado pela Lei nº. 9.307/1996.

2.2 A Lei nº 9.307/1996 e a nova sistemática da arbitragem em nosso país

O Código de Processo Civil de 1973 em nada acrescentou para o desenvolvimento da prática da arbitragem no Brasil, uma vez que o receio do legislador em inovar fez com que um regime ortodoxo e pouco pragmático imperasse, mantendo-nos em posição altamente desfavorável, frente aos demais países.

Tinha-se, portanto, “um entrave histórico, pois, embora a arbitragem seja conhecida no país desde a primeira constituição do Império, a de 1824, e tenha sido expressamente prevista no Código Civil de 1916 (artigos 1037 a 1048) e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, somente com a Lei nº. 9.307/1996 recebeu um instrumental moderno e seguro para a sua utilização” (GARCEZ, 2004, p. 73).

Dentre os principais equívocos para tamanho empecilho, elencam-se a não vinculação e a não obrigatoriedade da cláusula compromissória, a não atribuição da prerrogativa jurisdicional aos árbitros, a pendência de apreciação e de reconhecimento dos laudos arbitrais pelo Poder Judiciário, a admissão de recurso de apelação contra a sentença homologatória do dito laudo, e a necessidade de que a decisão estrangeira tivesse que preencher os requisitos da “dupla homologação” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999; AYOUB, 2005).

Porém, o legislativo reagiu à apatia da arbitragem no país, tanto que, somente na década de 1980, três anteprojetos de lei tramitaram no Congresso Nacional, com a finalidade de tentar adequar ou mesmo restaurar a plena efetividade do juízo arbitral. Mas foi no ano de 1991 que se lançou a “Operação Arbiter”, com o objetivo de, fazendo uso do que se mostrasse pertinente ou possível nos malogrados anteprojetos anteriores, redigir uma Lei que realmente pudesse suprir os pedidos da sociedade civil no tocante à revitalização da arbitragem entre nós. Então, notável comissão relatora, que incluía renomados estudiosos (Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antônio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona), e que contou com a participação ativa de entidades

como a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, recolocou os eixos na questão, pois, em linhas gerais, prestigiou-se o princípio da autonomia da vontade e se fortaleceu a arbitragem institucional, tratando de forma conjunta a cláusula e o compromisso arbitral, que receberam a denominação de “convenção de arbitragem”. Também se equiparou o laudo à sentença, tendo-se a preocupação de adaptar o diploma aos textos legais conexos e de explicitar o acesso ao judiciário aos eventualmente prejudicados, o que deu eficácia aos tratados internacionais aplicáveis à matéria, superando o problema da homologação da decisão arbitral e do respectivo recurso de apelação (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999).

O processo legislativo teve início em 3 de junho de 1992, pelas mãos do então Senador Marco Maciel, que se dignou a apresentar o esboço de lei ao Congresso Nacional, onde o projeto recebeu o número 78, tendo sido aprovado pela Câmara dos Deputados em junho de 1996. Devolvido ao Senado Federal, que o aprovou em setembro daquele mesmo ano, com a alteração de apenas dois artigos (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999), fato que não abalou a norma em si, a “Lei Maciel” ganhou, após 60 dias, enfim, o mundo fático.

Assim, a Lei nº 9.307/1996, chamada “Lei da Arbitragem”, com seus 7 capítulos e 44 artigos, veio a integrar, positivamente, a legislação nacional, verticalizando um microsistema excepcional e próspero, que equiparou o país às nações detentoras das mais atualizadas técnicas no tema das soluções extrajudiciais.

Joel Dias Figueira Júnior (1999, p.110) reflete que não estamos diante apenas de um novo sistema processual, por quanto “a Lei 9.307/96 representa muito mais do que isso, ou seja, significa verdadeira revolução em nossa cultura jurídica à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal e a privada, à escolha do jurisdicionado [...]”. Maristela Basso (1996, p.15), conclui que, definitivamente, “a nova Lei traz a revitalização da arbitragem através de postulados realistas e com a intenção de fazê-la perdurar e sedimentar-se definitivamente como uma alternativa a que se pode recorrer, mesmo quando a justiça funcione sem problemas”.

Embora já notória a questão, importante se faz mencionar, a legítima preocupação com a constitucionalidade ou não do regime de arbitragem assumido pelo país a partir do ano de 1996, diante de princípios insertos na Constituição Federal, haja

vista o artigo 5º, inciso XXXV, desta, o qual ultima que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Indubitável que a tal cláusula pétrea da Lei Maior exaure o assunto, de modo até simplista, pois a ninguém é negado o acesso à Justiça Comum, não havendo norma infraconstitucional que possa ir de encontro a essa regra-matriz. No entanto, sabe-se que plena é a vigência da Lei de Arbitragem, inclusive com as modificações e os reflexos por ela provocados em termos de direito processual e material.

Constatado isso, o Supremo Tribunal Federal declarou, no ano de 2001, em questão levantada incidentalmente em Agravo Regimental no processo de Sentença Estrangeira (STF-SE-5.206-DJU de 19/12/2001), a constitucionalidade das formas de instituição da arbitragem, bem como os efeitos da sentença arbitral e as alterações no Código de Processo Civil previstos na Lei 9.307/96, de forma que se encerrou o debate, ganhando força inquestionável o disciplinamento ali presente.

Mais recentemente, para fins de completude deste trabalho acadêmico, há que se mencionar que, à data de 3 de abril de 2013, fora instalada uma comissão de juristas encarregada de, no prazo de seis meses, apresentar o esboço de um projeto com vistas a atualizar a já mencionada lei. O objetivo será o de estimular ainda mais a prática arbitral em nosso país, através de uma ampla reformulação da mesma (LIMA, 2013).

A Lei de Arbitragem teria, com a iniciativa, alguns preceitos melhor esclarecidos, adequando seu texto a normas legais posteriores, afora a absorção da jurisprudência recente sobre o assunto. Persegue-se, com isso, a meta de reduzir consideravelmente a visível sobrecarga do Poder Judiciário pátrio e de estimular o consenso entre os próprios particulares (LIMA, 2013).

Na presidência da mencionada comissão está o ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, o qual, apenas para frisar a relevância do tema da dissertação, deixou claro que, um diagnóstico sobre os problemas apresentados por essa prática extrajudicial, deverá abranger as questões envolvendo a administração pública. Ou seja, o Estado deseja utilizar a arbitragem, e o fará. Participam da iniciativa o ex-senador Marco Maciel, o ministro Walton Alencar Rodrigues, do Tribunal de Contas da União, e a jurista Ellen Gracie, ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal (LIMA, 2013).

2.3 Natureza jurídica: a prática arbitral entre o público e o privado

A arbitragem, em uma definição generalística, se caracteriza todas as vezes que um conflito de interesses é resolvido mediante decisão imposta por terceira pessoa que não esteja investida na função de magistrado. Em sentido restrito é que surgem problemas, pois a celeuma reside em estabelecer se o instituto da arbitragem pertence ao campo do direito processual, e, portanto, tem natureza pública, ou se integra a esfera civil, tendo aspecto privado. Funda-se o debate na constatação de que, no que tange aos direitos disponíveis, não pode o Estado privar as pessoas de escolherem o modo pelo qual desejam ver seus conflitos resolvidos, afinal os árbitros obtêm suas faculdades da livre e indiscutível disposição das partes e não da lei (CAMÂRA, 2005; MARINONI, 2010).

Há quem defenda que a arbitragem está adstrita exclusivamente à seara privada, sem possuir força jurisdicional. Para esses autores, apreciar e julgar litígios são formas mediante as quais se exterioriza a soberania estatal, caracterizando atribuição indelegável. Também dizem que o vínculo que se cria entre o árbitro e as partes é eminentemente contratual, possível somente em virtude da zona de autonomia de vontade que gozam os particulares e em razão de um pacto preestabelecido, pelo menos nas questões onde a ordem pública não está diretamente interessada. Disso, ficaria afastada a jurisdição estatal (CAMÂRA, 2005; MARINONI, 2010).

Contudo, a quem opte pela corrente pública. Figueira Júnior (1999) diz que a justiça estatal e a justiça arbitral são dois modos distintos de se tratar a jurisdição. Magistrados e árbitros são juízes, com a diferença residindo tão somente no fato de que o primeiro é nomeado pelo Estado, enquanto que o segundo é um juiz privado, escolhido pelas partes, mas ambos apresentam idênticas funções, e, devido a isso, representariam a jurisdição.

João Roberto da Silva (2004, p.47) é categórico ao afirmar que é o árbitro juiz de fato, dada a natureza de sua investidura, e de direito, porque, nesse caso, aplica as regras legais ao caso concreto. “Tanto os juízes estatais quanto os arbitrais são investidos de suas funções pelo povo, indiretamente, no primeiro caso, e diretamente, no que tange ao juízo arbitral”. Fredie Didier Júnior (2007, p.72), defende que “a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, sem

qualquer diferença, a não ser que é privada e o juiz é escolhido pelos litigantes”. Similar opinião é defendida por Moraes (1999, p.196), uma vez que “sendo a função de julgar de natureza pública, essa mesma natureza se projeta sobre quem tem a responsabilidade de fazê-la, não devendo haver distinção segundo seja funcionário público ou uma pessoa que careça de uma vinculação jurídica permanente com o Estado”. “Em síntese, conforme se observa, a arbitragem brasileira é resultado da colocação em prática do direito fundamental de auto-regramento, e é considerada [...] como sendo a própria jurisdição, que neste caso é exercida por particulares autorizados para tanto pelo Estado” (ALVES; BATISTA, 2011, p.2).

Esses posicionamentos, no entanto, divergem do defendido por Luís Guilherme Marinoni (2009, p.346), para quem “a atividade arbitral não pode, ao menos segundo as teorias de jurisdição que se costuma adotar atualmente, ser tida como jurisdicional”. Este autor, diga-se de passagem, com belo fundamento, baliza seu entendimento no fato de que o árbitro, embora esteja preso aos princípios constitucionais relacionados ao devido processo legal, não tem o poder de conceder medidas de urgência, devendo a parte interessada buscar tal providência junto à Justiça Comum, figurando como “inútil” a sentença arbitral a este respeito. Logo, não se poderia reconhecer plenitude ao juízo arbitral, tampouco estabelecer um caráter jurisdicional a essa prática, visto que recorre Judiciário para dar força a algumas de suas decisões e até para executar seus julgados. Enfatiza ele que “quando alguém opta pela arbitragem, não há delegação de algo que não pode ser delegado - o poder jurisdicional - mas simplesmente o exercício de uma faculdade que os litigantes têm em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade” (MARINONI, 2010, p.34).

Alexandre Freitas Câmara (2005) assume posição idêntica à de Marinoni (2010), porém com outra linha de raciocínio. Pensa ele que a arbitragem é verdadeiro processo, que não é nada mais que todo procedimento realizado em contraditório. Desta feita, poder-se-ia referir a processo administrativo, a processo legislativo ou a processo arbitral, todos ao lado do processo jurisdicional, públicos, sim, mas não equiparados a este último, o qual se distingue das outras espécies processuais pela força executória de seus julgados e pelo fato de se dar sim entre as partes, mas com a intervenção obrigatória e imperativa do Estado. Rememora o autor, ainda, que a Lei 9.307/1996 traz todos os procedimentos correlatos em seu corpo, apresentando “módulo processual”, na medida em que se tem assegurada a participação dos interessados, assim entendidos

todos aqueles que serão alcançados pelos efeitos de tal provimento. Daí que é processo, não havendo como negar-lhe a distinção publicista, mas não é, nem nunca será, jurisdicional, pois a jurisdição é exclusiva do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, em representação de um ente privado. Pelo exposto, “não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-juiz. Não há, portanto como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem” (CÂMARA, 2005, p.15).

Logo, considerados os posicionamentos prós e contras acima carreados, inclinamo-nos a defender que estamos diante de uma jurisdição com caráter híbrido, entre o público e o privado, figura singular no ordenamento jurídico nacional. E a própria Lei da Arbitragem deixa bastante claro que é um tipo adverso de justiça, porquanto efetivada entre particulares com nuances de poder estatal, e, conseqüentemente, detentora de natureza pública, por duas óbvias razões primárias: a) “os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos [...]” (artigo 17, Lei nº. 9.307/96), distanciando-se, portanto, da falta de jurisdicionalidade apontada por Câmara (2005) e b) a sentença final (ou laudo) é oponente perante o Poder Judiciário, mesmo que não tenha força executória de tutelas de urgência, nem de medidas cautelares ou antecipatórias de direito, como lembrado por Marinoni (2009).

Câmara (2005) e Marinoni (2009), na exata medida de seus entendimentos, merecem respeito e estão corretos. Nada pode ser comparado à prática arbitral. Classificá-la como pública ou privada é tarefa difícil. Não há parâmetros válidos aptos a delinear sua natureza jurídica. “Modernamente, um *tertium genus* classificado como *misto* é admitido, pelo qual se compreende haver aparência *sui generis* na Arbitragem, dado originar-se da vontade das partes – logo, de origem contratual -, mas visando regular aspecto de direito processual” (KALINSKIBAYER, 2003b, p.34). É a arbitragem, simplesmente, uma variação das duas órbitas.

Há apressados que concluem: então temos dois Poderes judiciários! Não, não temos dois Judiciários: Estatal e Particular. Temos, sim, um único. O Poder Judiciário, a quem compete o exercício da jurisdição. Órgão estatal, parcela da soberania, responsável pelo dizer do direito e realizar da justiça, como forma de manter a ordem e cultivar a paz. Em verdade, foi instituído um segundo braço; outro caminho; um segmento novo para realização da justiça, conferido, desta feita, à própria sociedade. Têm-se, assim, dois caminhos a trilhar em busca da harmonia ao seio da sociedade. O Poder Judiciário é uno,

indivisível e único; porém dois são os caminhos, as vias, para realizá-lo: o caminho ou a via da jurisdição pública e o caminho ou via da jurisdição privada; particular (CUNHA, 2010, p.230-231).

“Em verdade, a arbitragem é a jurisdição exercida fora do âmbito do Estado” (SCAVONE JÚNIOR, 2010, p.59). Todavia, “não é de se estranhar a repulsa que causa há alguns a eventual ‘supremacia’ da jurisdição Arbitral sobre a Estatal, quando é a mesma eleita para dirimir controvérsias em lugar da outra; entretanto, não se mantém necessária, dado tratar-se apenas de vias paralelas e não sobrepostas [...]” (KALINSKIBAYER, 2003a, p. 304).

Fato é que essa forma de se efetivar a justiça é, no Brasil, um caminho a ser trilhado, a ser inteiramente desbravado, de maneira que falar acerca dele, quanto mais explicá-lo, é realmente complicado e requer que o expectador tenha “mente aberta” e discernimento o suficiente para que seja deixada de lado a clássica dicotomia didática do direito, em público e privado. Na clássica lição, “a propriedade e o direito têm cabeça de Jano, com face dupla. A uns volta uma das faces, aos demais, a outra. Daí vem a imagem totalmente diferente das duas entidades que os homens concebem” (IHERING, 2000, p.28).

A arbitragem simboliza términos e começos, o passado e o futuro. É a totalidade de ação em uma única vertente. Dentro desse juízo privado, os conceitos são alterados. Diremos que encerra os dois enfoques, público e privado, não em duas, mas em uma única face, por expressa autorização legal. É um novo ser em desenvolvimento.

2.4 Capacidade das partes e objeto envolvido

Dispõe o artigo 1º da Lei da Arbitragem: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim há que se fixarem como essenciais à arbitragem: a) a capacidade em contratar e b) a disponibilidade do direito em ser passível de transação. O artigo 7º do Código de Processo Civil norteia que “toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. E os requisitos de admissibilidade da demanda válida são os mesmos da teoria geral do processo tradicional: interesse para agir, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido.

Como se depreende das normas acima, para que se possa falar em juízo arbitral, é necessário que as partes, pessoas físicas ou jurídicas civilmente capazes, assim o tenham convencionado contratualmente, mediante estabelecimento de cláusula compromissória ou de posterior compromisso arbitral, respeitado o direito de escolha, princípio da autonomia da vontade, determinando-se, precisamente, o objeto litigioso, observados os requisitos legais.

A respeito do objeto alvo de arbitragem, maior atenção é requisitada, uma vez que o artigo 1º, ao final, da Lei de Arbitragem não deixa dúvidas: o juízo arbitral cinge-se tão somente a “direitos patrimoniais disponíveis”. Scavone Júnior (2010, p.22) pronuncia que “a disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação”.

Para concluir, no geral, torna-se inviável a arbitragem quando incoerente com o prescrito em lei, vez que se trata de nulidade absoluta da convenção por ser impossível seu objeto, nos termos do artigo 139, inciso I, combinado com o artigo 166, inciso II, ambos do Código Civil. Havendo incerteza sobre a natureza do bem litigioso, isto é, se o objeto é ou não disponível, caberá à Justiça Comum dirimir essa matéria prejudicial, declarando a viabilidade, ou não, da realização ou prosseguimento do juízo arbitral.

2.5 Convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral

A arbitragem decorre da vontade expressa pelas partes na dita “convenção de arbitragem”, que é gênero, do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O artigo 851 do Código Civil prescreve que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”. E o artigo 3º, da Lei de Arbitragem, diz que “as partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Ninguém é obrigado a participar de arbitragem. No entanto, dada a possibilidade de escolha, havendo um acordo de vontades, legalmente formalizado, não poderá, qualquer das partes, recusar a solução alternativa. Eis o que se depreende da inteligência dos artigos 267, VII, e 301, IX, do Código de Processo Civil. Scavone Júnior (2010, p.67), leciona: “Sendo assim, em razão do contrato, que é um acordo de vontades, surgem duas obrigações, ou seja, a obrigação de não fazer, que implica em não ingressar com pedido junto ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, de fazer, que consiste em levar os conflitos à solução arbitral”. Isso porque a convenção estabelecida tem força vinculante, não podendo as partes buscarem o Poder Judiciário, ressalvados os casos previstos em lei.

“Cláusula compromissória” é a convenção através da qual as partes, na vigência de um contrato, comprometem-se, por escrito, a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir no decorrer do cumprimento daquele relacionamento, obrigando-as a cumprir a opção feita, qual seja pela justiça privada. Em síntese, é promessa de que, futuramente, na iminência de um conflito, as partes irão firmar compromisso arbitral, elegendo árbitros para solucionar a divergência. Assim, o artigo 853, do Código Civil: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial” (SCAVONE JÚNIOR, 2010).

“Entre as diversas funções da cláusula compromissória, ressalta a de constituir-se em prova de que as partes admitiram submeter-se ao regime arbitral para solver suas pendências na execução de um contrato. Esse é o elemento consensual, sem o qual a arbitragem não pode existir validamente” (STRENGER, 1996, p.109). “Espelha obrigação certa, líquida e exigível, configurando título executivo” (SCAVONE JÚNIOR, 2010, p.69).

Pode ela vincular a realização da arbitragem, rompendo-se com o posicionamento de que o seu descumprimento só seria capaz de gerar o direito à percepção de indenização por perdas e danos, constituindo verdadeira obrigação de fazer. Se estipulada contratualmente a solução pela via paraestatal, deve ela ser obedecida, a não ser que seja declarada nula nos termos da legislação (artigo 7º, Lei de Arbitragem).

Deve discriminar os elementos passíveis de serem arbitrados, haja vista que se podem ser estendidas as suas regras a todo o contrato ou não, determinar os árbitros, ou expressar a escolha por uma câmara ou instituição de arbitragem, definir as regras para o procedimento, tais como número de audiências e perícias, estipular o local a ser realizado o julgamento, e regulamentar outros pontos, a exemplo dos custos, da interposição de recursos, tentativa de reconciliação etc. É ela “autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória” (artigo 8º, Lei de Arbitragem).

“O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (artigo 9º, Lei nº. 9.307/1996). Para Câmara (2005, p. 37), é “um contrato de direito privado, cujo efeito é a instauração de um processo arbitral”. “Trata-se de verdadeiro negócio jurídico de direito material que expressa a renúncia à atividade jurisdicional do Estado” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p.193).

O pressuposto de existência do “compromisso arbitral” é o acontecimento de uma discórdia, com a conseqüente colisão de interesses entre as partes do contrato, em oposto à cláusula compromissória, a qual deverá ser firmada e inscrita no contrato antes da ocorrência do litígio (GARCEZ, 2004). “Observe-se, porém, que a ideia de compromisso é muito mais ampla que a de arbitragem, pois é através do primeiro que, pela manifestação livre da vontade, as partes se dirigem para o segundo, como forma de solução de conflitos de interesses” (STOLZE, 2007).

Poderá originar-se judicialmente, nas hipóteses de haver resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (artigo 7º, §7º, Lei da Arbitragem), com a propositura de ação com esse propósito, oportunidade em que a sentença valerá como se compromisso fosse, substituindo a convenção, ou extrajudicialmente, o acordo tem que ser firmado por escrito, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, para que este assumo o perfil de contrato (§§ 1º e 2º, do artigo 9º, Lei de Arbitragem).

Ao desfecho, cabe repisar que a diferença existente entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral é estritamente temporal, vez que, enquanto a cláusula visa resolver futuras controvérsias através da arbitragem, no compromisso têm-

se já a existência do conflito, onde as partes concordam que a solução seja obtida através da justiça privada.

Morais (1999, p.210), ao falar sobre a validade e eficácia da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, coloca que “qualquer que seja a convenção de arbitragem ela configura um impedimento processual. Se uma das partes, inobstante ter convencionado a utilização da arbitragem, for ao Judiciário, tal processo deverá ser extinto sem resolução do mérito”.

Anote-se, em tempo, que, invalidada a convenção de arbitragem, por nulidade, ineficácia ou inobservância dos requisitos legais, figurará ilegítima a instalação do juízo privado, e nulo o laudo gerado (artigo 32, inciso I, Lei de Arbitragem), restando às partes serem remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa (artigo 20, § 1º, *in fine*, Lei nº. 9.307/96).

2.6 Presença e atuação dos árbitros

“É na figura do árbitro, diz-se, que descansa a confiabilidade e eficácia da arbitragem como método de resolução de conflitos” (MORAIS, 1999, p.207). Até porque, “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro” (artigo 19, Lei nº. 9.307/1996). Para Câmara (2005, p. 76), trata-se “de norma extremamente relevante, equiparável à norma contida no art. 263 do Código de Processo Civil, que determina o momento em que se considera proposta a demanda”.

“Árbitro” é a pessoa que é eleita, por duas ou mais pessoas, para solucionar conflito entre elas surgido, prolatando decisão de mérito. “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (artigo 13, Lei de Arbitragem). “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação do Poder Judiciário” (artigo 18, Lei nº. 9.307/1996). Vale sopesar que “ninguém é árbitro e sim está árbitro” (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 233).

Assumindo o mister arbitral, inaugura uma função pública. É ele equiparado a funcionário público, enquanto, e apenas enquanto, perdurar a obrigação extrajudicial, respondendo por seus atos, e gozando da proteção necessária, como se assim o fosse. Não há como se questionar ou duvidar disso.

2.7 Sentença conclusiva da arbitragem

“A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (artigo 31, da Lei 9.307/1996). De acordo com o inciso IV, artigo 475-N, do Código de Processo Civil “são títulos executivos judiciais [...] a sentença arbitral”. “A única diferença é que o árbitro não é dotado de coerção de tal sorte que a execução demandará, diante da resistência, a atuação do juiz togado, a quem competirá materializar a sentença arbitral” (SCAVONE JÚNIOR, 2010, p.145). E a decisão segue a estrutura de uma sentença da justiça comum, mas, por força do artigo 23, *caput*, da Lei de Arbitragem, o limite para prolação do resultado é de apenas seis meses, isso se prazo inferior não tiver sido convencionado antecipadamente pelas partes.

No curso da arbitragem, podem despontar questões ditas prejudiciais. Após iniciado o juízo paraestatal, existindo dúvidas sobre a patrimonialidade, ou não, do objeto litigioso, insurge o artigo 25, da Lei nº. 9.307/1996, o qual externa que “verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”. O prazo para prolação da sentença será suspenso nesse período, e, se sanado o obstáculo, retornará de onde parou, com a juntada aos autos da sentença ou acórdão transitados em julgado.

A Justiça Comum não pode rever o mérito da decisão arbitral, até por que a arbitragem não é supervisionada pelo juiz estatal, mas sim pela lei. Daí de se poder asseverar a existência, inabalável, da dita “coisa julgada arbitral” (PALONI, 2000). A nulidade da decisão pode ser suscitada nas hipóteses dos artigos 32 e 33, da Lei nº 9.307/1996.

3 ANÁLISE DA INEFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO FISCAL PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL

A fase de execução dos tributos devidos e não adimplidos apresenta problemas. O que não é nenhuma novidade. No entanto, congestionada de processos, a Justiça Federal não oferece solução rápida e eficiente às demandas propostas, frustrando não apenas as iniciativas de cobrança do passivo fiscal da União, na medida em que o trâmite de outros tipos ações resta prejudicado. Custosa, letárgica e destoante da realidade, essa etapa executória da dívida ativa tem sido alvo de estudos diversos, com fins à determinação das causas e da possível alteração nos procedimentos. Verdade é que, essa jornada processual, adotada desde sempre, não mais se coaduna com os resultados almejados pelo Fisco, pelo contribuinte e pela sociedade.

3.1 Algumas poucas palavras

O Poder Judiciário é acionado sempre que emerge na sociedade um conflito de interesses. O Dicionário Houaiss expõe “interesse” como sendo aquilo que é importante, útil ou vantajoso, uma espécie de apego que desenvolvemos a algo que traz vantagem pessoal, ganho ou lucro (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2004, p.423). Entretanto, o conceito do que venha a representar esse termo é ainda mais intrincado, envolvendo, também, a noção do que significa a expressão “bem”. Sabemos que um bem é toda e qualquer coisa que possa vir a satisfazer uma necessidade. De posse desse entendimento, os bens são, para o homem, atrativos, quer de ordem material, quer de ordem moral, os quais podem ou não ser estritamente necessários à sua existência.

No começo de tudo, as disputas entre membros de uma mesma coletividade eram resolvidas na órbita privada, até que a expansão das atividades e das competências do Estado propiciou a concentração, em um único alicerce, da função de apaziguar tais embates, de resolver as variadas contendas entre os indivíduos. Florescia, nesse berço, a jurisdição e seu complexo de regras e instituições (CÂMARA, 2008).

Mas o Estado de direito é uma definição em aberto. Advém da precisão humana de coexistir com seus semelhantes, numa incessante busca por aprimoramento das relações sociais. E, nessa procura, a codificação do direito objetivo e as

possibilidades do direito subjetivo galgaram a um patamar de relevância anteriormente não experimentada. No cenário da vida inexitem limites, extrapolando-se as tentativas de se regular os mais improváveis comportamentos. E tamanho caleidoscópio tem reflexos, modificando a normalidade das coisas, proporcionando a transformação, criando os caminhos, agindo rumo ao progresso (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002).

Juntamente a essa estrutura histórica, prossegue a evolução de duas outras importantes concepções: “ação” e “processo”. Estas expressões são utilizadas como sinônimos, mas acabam por traduzir coisas distintas. Processo é instrumento da jurisdição, formado pelo conjunto, devidamente encadeado, de procedimentos preestabelecidos na legislação para o atingimento de uma sentença, resolutive de dada questão. É modo de se operar em juízo. Ao passo que ação, enquanto faculdade ou aptidão para agir, é meio processual legítimo, obediente a uma forma e a um rito específico, pelo qual se pode reclamar à esfera judicante específica. A ação constitui um direito ao julgamento justo, na medida em que estabelece um verdadeiro “poder jurídico” (CÂMARA, 2008).

Constitucionalmente, são várias as menções feitas ao processo, e a seus princípios e garantias, abordando os mais diversos temas, como a capacidade processual, o livre acesso ao Judiciário, o respeito à coisa julgada, o devido processo legal e o contraditório, a proteção à ampla defesa etc., de maneira que a relevância do assunto repousa na própria existência do Estado. Basta ter em mente que, dos 78 incisos do artigo 5º, da Constituição Federal, mais de 35 são dedicados à matéria processual (KFOURI JR., 2010).

O Papa João Paulo II, em discurso na cidade de Roma, no ano de 1994, proferiu: “O amor à verdade deve manifestar-se no amor à justiça e no compromisso subsequente de estabelecer a verdade nas relações dentro da sociedade humana. Também não pode faltar aos súditos o amor à lei e ao sistema judicial, que representam as tentativas humanas de dar normas concretas para resolver o caos prático” (SHOR, 2000, p. 113). E, por ser essa a forma socialmente válida de resolver os conflitos, em respeito aos direitos da cidadania, todo e qualquer cidadão, na contemporaneidade, tem que ter a sua disposição o meio processual oportuno e adequado. É o que diz o artigo 8º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a receber dos

tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”².

Face à estreita relação entre a sociabilidade humana e a corporificação das normas jurídicas, a ruptura da paz se dá na contrariedade ao interesse de alguém, encerrada na pretensão resistida a um direito. Impossibilitado o acordo espontâneo, abre-se a qualquer dos litigantes a faculdade de provocar o Estado, para que este diga quem tem razão ou se pronuncie sobre a quem pertence o bem objeto da disputa. Oportunidade essa em que o Judiciário sai da inércia em que se encontra, pois é chamado a compor o litígio. A “máquina” é posta em movimento, resultando o dever estatal de “prestar” jurisdição, a qual é atividade de substituição, haja vista que o Poder Público faz com que sua vontade se eleve, se imponha, sobre a do litigante derrotado (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002; BARROS, 2007).

Todavia, os litígios não se dão apenas entre os particulares, mas chegam a envolver estes e o próprio Estado. Por isso, tanto quanto nos demais casos, as demandas desse porte deverão ser resolvidas mediante o exercício do direito de ação, com o posterior e respectivo processo, na defesa dos interesses em choque ou dos bens violados ou em perigo, submetendo-se a pretensão das partes envolvidas ao Judiciário. Foi essa a construção histórica. E é essa a fórmula a nós repassada.

Benjamin Franklin consolidou o pensamento de que “neste mundo, nada é seguro, apenas a morte e os impostos” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.623-624). Ninguém, na vida civilizada, pode fugir a tão alto preço. O Poder Público necessita de recursos para fazer frente às suas despesas, manter seu funcionamento, cumprir suas prerrogativas e devolver à sociedade os serviços de que esta necessita. Oliver Wendell Holmes já disse: “Taxes are what we pay for civilized society” (RIBEIRO; LUCHIEZI JÚNIOR; MENDONÇA, 2011, p.58.)

A tributação onera as pessoas na exata medida de suas capacidades. É uma relação delicada, sensivelmente equilibrada em certos aspectos, flagrantemente desequilibrada em tantos outros. Nuances a se traduzir numa força superior, cogente e irresistível, que retira de cada um de nós pequenas parcelas de capital, em prol de todos os demais, aí incluídos nós mesmos.

² Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 06 maio 2013.

Contudo, esse vínculo pode nascer eivado de problemas, os mais diversos, ou, ainda, podem suceder abusos ou excessos por parte do Estado, em clara afronta à lei. Na ocorrência disso, o contribuinte tem a possibilidade de se defender perante a Justiça. Para exercer esse direito, terá que cumprir as condições previamente estabelecidas.

Mas, no avesso da moeda, quando é o contribuinte que não arca com seus deveres tributários, maculando de vício a relação entre administrador e administrado, por tornar-se inadimplente quanto aos tributos a que é obrigado pagar, o Estado, no exercício de suas atribuições, igualmente pode socorrer-se da jurisdição, tendo o aparato do processo judicial a seu dispor para fazer valer o direito à perseguição do legítimo crédito, forçando a quitação da dívida e carreando aos cofres públicos o precioso numerário, em atendimento das exigências da legalidade estrita.

Segundo Cleide Previtalli Cais (1996, p.179), “os conflitos de interesses em temas tributários ocorrem por discordância do contribuinte em cumprir exigência tributária, já que a relação jurídico-tributária, por impositiva, não admite a vontade do obrigado pela norma”. E é essa resistência que motiva o surgimento de uma relação jurídico-processual.

Porém, não é tudo. O processo, em tal seara, visa adequar os direitos, as obrigações, as partes e o juiz não somente aos princípios gerais do direito, mas também às peculiaridades tributárias. Especializa-se a tarefa processual. O Direito Tributário requer uma maneira característica de se tratar as contendas que lhes dizem respeito. Distingue-se, portanto, o “processo administrativo”, amigável e indireto, que tramita e tem vida no âmbito exclusivo da Administração, com disciplinamento próprio, onde o Executivo é o juiz da questão, do “processo judicial”, o qual se submete ao Poder Judiciário, ao Código de Processo Civil e à legislação processual tributária (CAIS, 1996).

Lembremos que, para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse e legitimidade, podendo limitar-se à declaração desses. São o que sopesam os artigos 3º e 4º, ambos do Código de Processo Civil. O artigo 267, inciso VI, do mesmo diploma, nos dita certas condições essenciais, a saber: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Tanto para propor, como para resistir a uma ação tributária, os requisitos basilares de todo e qualquer processo precisarão se fazer presentes. Como o objeto de

pedido, próprio dessa área, acaba sendo representado por uma espécie tributária, quer sob a forma de tributo devido ou de obrigação acessória não cumprida, “o sujeito passivo da relação processual voltada contra exigência tributária, em regra, será o sujeito ativo da relação tributária, excepcionando-se a execução fiscal e os embargos de devedor, quando as posturas das partes são alteradas” (CAIS, 1996, p.154). Temos que ter isso em mente.

Seguindo adiante, qualquer processo de natureza executiva possui como pressuposto basilar um “título”. Título pode ser definido como “documento que atesta a propriedade de um bem ou de um valor” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUISS, 2004, p.720). Todos eles, judiciais ou extrajudiciais, atendidos os requisitos, dispõem de força para a compulsória cobrança.

Na ocorrência do fato gerador, com o lançamento do tributo, estabelecido o crédito, e não tendo sido promovida sua extinção, por uma das maneiras hodiernas e legítimas, como o simples pagamento, caracterizar-se-á a mora do contribuinte, desencadeando uma resposta, qual seja o início do processo administrativo fiscal, culminando com a inscrição em dívida ativa, gerando-se a respectiva certidão em favor do Estado, passível essa de ser cobrada no Judiciário. Nesta modalidade inexistente lide, mas sim um direito a ter o seu cumprimento forçado. Até por que, a essa altura dos acontecimentos, não se busca a constituição nem a declaração de mais nada, pois tudo já se presume como líquido e certo (BALEIRO, 2005; PACHECO, 1997).

Não nos percamos em meio à explicação: a “possibilidade jurídica do pedido” existe, pois ninguém pode se furtar de cumprir suas obrigações para com o Fisco, a “legitimidade das partes”, idem, já que o Estado é parte responsável pelo numerário encerrado nos tributos, sendo, por conseguinte, autora do processo, o “interesse processual” é legítimo, vez que o Poder Público não pode abrir mão de suas prerrogativas, até por imposição da lei, que vincula suas motivações e atitudes, e, por fim, a “prova”, incontestada, encontra guarida no título executivo, instituído pela respectiva certidão de inscrição em dívida ativa. Assim, o remédio jurídico oportuno assume o caráter de uma ação, hábil à instauração de um processo perante a Justiça, capaz de pacificar a relação conflituosa, conferindo ao Estado a satisfação de certos valores, os quais, de outra forma, restariam inócuos ou perdidos, constringendo o patrimônio do devedor para fins de pagamento da dívida executada (KFOURI JR., 2010).

Estaremos, agora, perante a “execução fiscal” propriamente dita. “Denomina-se *execução fiscal* a ação de que dispõe a Fazenda Pública para a cobrança de seus créditos, sejam tributários ou não [como as multas, por exemplo], desde que inscritos como Dívida Ativa” (MACHADO, 2010, p.490). O disciplinamento desse processo abrange os artigos 201 a 204, do Código Tributário Nacional, tendo suas disposições complementadas pelo prescrito na Lei nº 6.830/1980, chamada “Lei de Execução Fiscal”. Chegamos ao estágio desejado.

3.2 Problema da execução fiscal na Justiça Federal

Como visto no item acima, a execução fiscal é a forma de o Estado obter, judicialmente, a satisfação do crédito tributário a que tem direito. A situação de inadimplemento do contribuinte acaba por deflagrar isso. Legalmente constituído, dotado de certeza e liquidez, o Poder Executivo, defrontando-se com essa configuração de eventos, vencida a fase administrativa, com o título em mãos, não tem mais o que fazer, a não ser buscar o Judiciário, a quem caberá a penosa função de tentar levar aos cofres públicos aquele numerário.

Entretanto, este procedimento, regulado pela Lei nº 6.830/1980, e apesar de contar com varas especializadas, é demorado, principalmente por seguir os moldes da execução processual civil. Interessante registrar que a exposição de motivos do projeto da Lei de Execução Fiscal dispunha que o objetivo, com sua edição, era a agilização e a racionalização da cobrança da dívida. Não foi o que aconteceu, nem é o que se vê.

Partindo-se da citação do devedor, para que indique bens à penhora ou, em desejando, contraponha-se aos argumentos oferecidos, assegurando o processo com o depósito ou a fiança bancária, a marcha processual segue por uma estrada demorada. Levada a cobrança judicial a cabo, exceções de pré-executividade ou embargos podem ser opostos, os quais, em não logrando êxito, culminarão com a adjudicação pelo Estado daquela propriedade em litígio. Vê-se, com isso, que, até sua conclusão, tal ritualização consome tempo, demanda custos, onera o Estado, congestionando de processos a já estancada Justiça e inviabiliza o pleno funcionamento da Fazenda Pública (MELO, 2012).

Na análise de pontos nevrálgicos, especialmente os relativos à celeridade e à efetividade, pela alta dose de formalidade envolvida, deparamo-nos com sérios problemas, a começar pela quase total ineficiência desse sistema de cobrança. “Em suma, já não se pode conceber o ‘processo’ sob uma visão mítica, abstraído-se o próprio meio no qual vive e se desenvolve: a justiça, seja no campo do Judiciário ou nas vertentes administrativa e legislativa” (NOGUEIRA, 2002, p.110). E, como no aforismo de Elias Canetti, “o mais difícil é redescobrir o que já se sabe” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.130).

Sabe-se que causas a versarem sobre matérias abrangendo a União são exclusivas da Justiça Federal. Quem deve e não paga tributos federais, ou não cumpre as obrigações a eles correlatas, submete-se aos métodos e aos meios de cobrança erigidos pela Fazenda Nacional, envolvendo desde atividades da própria Administração, até mesmo a edificação do litígio judicial, com o respectivo processo de execução fiscal, o que não soluciona nada, uma vez que essas são, simplesmente, demandas que não podem ser evitadas. Em outras palavras, permanecendo o contribuinte em posição de devedor, o Estado é obrigado, em obediência aos ditames legais, a perseguir aqueles valores lançados, de maneira que, o grande contingente de processos executivos, a paralisar o Judiciário, não está a depender de uma escolha por parte do Poder Público: eles existem e aumentam exponencialmente, independentemente do que se faça, pois encerram o cumprimento de um dever.

O Estado já faz o que pode, com o que tem a seu dispor, haja vista que, embora aplique os recursos de que dispõe, em termos de pessoal e tecnologia da informação, não se vislumbra a mínima melhora que seja no quadro da cobrança dos créditos tributários a que tem direito. E essa situação encontra guarida na constatação de que é a própria disciplina do processo de execução fiscal que se revela precária e insuficiente para abranger e lidar com a complexidade e a quantidade dos litígios que surgem diariamente, figurando como entrave a qualquer aperfeiçoamento nesse sentido.

E o eventual prejuízo para a sociedade ultrapassa os meros e corriqueiros problemas notórios e inerentes ao acesso e alcance dos serviços disponibilizados pelo Judiciário, pois, como salienta Gomes (2009), a baixa eficiência da cobrança da dívida ativa, além de prejudicar sobremaneira a arrecadação por parte do Fisco, atinge diretamente o caráter “pedagógico” da tributação, abalando a relação entre Estado e cidadão-contribuinte, minando qualquer possibilidade de avanço da temática e

atravancando o desenvolvimento nacional. Faceta de uma execução fiscal que há tempos merece a devida reanálise.

Cícero proferiu que “nada é perfeito quando encontrado” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.7). O Judiciário Federal não funciona a contento. Eis um fato. Motivo para enfrentar os fatores determinantes desse enorme problema. Excesso de demandas, custo, tempo e arrecadação deficitária são algumas das causas.

3.2.1 Congestionamento de ações a dificultar o funcionamento do Judiciário

Possibilitar o ingresso de novos processos, como anteriormente demonstrado na dissertação, representou, no passado, uma estratégia governamental para tentar abranger e oferecer solução às mais variadas contendas que emanavam da existência em coletividade. Era esse um aspecto indissociável da cidadania. No entanto, a facilitação em se buscar o Judiciário não representou ganho positivo ou qualitativo para a pacificação dos conflitos. Muito pelo contrário. O agigantamento do Poder julgador, tanto em tamanho como em legislação aplicada, acarretou outros ônus e encargos sociais nunca antevistos, criando obstáculos inesperados à realização das expectativas de quem quer que seja, inclusive dos próprios entes estatais.

Amarrado ao ritualismo e às garantias processuais, a execução forçada de um bem, por qualquer que seja o valor discutido, exaure tempo, que, enquanto unidade construtiva, é cada vez mais precioso para o mundo atual, em atendimento a um pós-modernismo legal que reclama saída para os procedimentos jurídicos aplicados desde sempre, questão essa que acaba por ser agravada pelo número expressivo de ações. Logo, tendo esse enfoque, deparamo-nos com o congestionamento de execuções fiscais a potencializar os danos à efetividade e à celeridade do sistema.

Para o Conselho Nacional de Justiça (2010), o indicador denominado “taxa de congestionamento”, em termos sintéticos, é o correlacionado ao estoque ou a quantidade de processos “parados” em dado tribunal. Esse conceito pretende “medir se a Justiça consegue decidir com presteza as demandas da sociedade, ou seja, se as novas demandas e os casos pendentes anteriores são finalizados ao longo do ano” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p.16). A Resolução CNJ nº 76/2009 veio a substituir a variável “sentenças” por “processos baixados” e “casos pendentes de

sentenças” por “casos pendentes de baixa”, de forma que, consoante a metodologia empregada na confecção das estatísticas por esse órgão, a taxa de congestionamento passa a ser contabilizada a partir do índice resultante da divisão dos casos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Atualmente, a Justiça pátria, consideradas a estadual, a federal e os tribunais superiores (menos o Supremo Tribunal Federal e os Conselhos), encontra-se em uma situação em que são 89 milhões de processos em tramitação. Destes, 26 milhões ingressaram no ano de 2011, conquanto 63 milhões já se achavam pendentes. Foram proferidas 23 milhões de sentenças (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, 449-450). De posse desses números, utilizando-se da fórmula revelada ao parágrafo anterior, chega-se a incrível taxa de 71% dos processos congestionados.

Para a finalidade do nosso trabalho acadêmico, as execuções fiscais, detidamente no âmbito da União, sobressaem no quantitativo de casos pendentes de julgamentos, operando no aumento de demandas para além do aceitável. Mais uma vez referindo-se ao Conselho Nacional de Justiça (2012, p.448), no relatório “Justiça em Números 2012”, está cabalmente asseverado que “a maior causa da morosidade são os processos de execução de título extrajudicial fiscal”.

Tem-se ainda que considerar que “ingressaram no Poder Judiciário mais processos na fase de conhecimento do que da fase de execução, entretanto, como também foram baixados mais processos nesta fase, o estoque é composto majoritariamente por processos de execução” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, 448). Em outros termos, os processos de conhecimento encontram resolução em menos tempo, não se somando aos que, oriundos de períodos anteriores, já se encontram nas prateleiras dos fóruns, tendo impacto limitado e controlado na lentidão da Justiça Federal, ao passo que os de execução fiscal engrossam os números do congestionamento de ações, levando à piora do quadro, por não serem solucionados adequada e oportunamente, com a requerida celeridade.

Como se pode depreender, para onde quer que se olhe, qualquer diagnóstico sobre o problema da quantidade assoberbada de trabalho do Judiciário, aponta que grande parte da dificuldade em se proceder à baixa dos processos está restrita à execução, especialmente à relacionada à área fiscal. Até porque, dos 11,5 milhões de

processos em tramitação na Justiça Federal, 4,3 milhões estão na fase de execução, destacando-se a execução fiscal, responsável por 3,5 milhões do volume processual, que obteve crescimento acentuado nos casos novos em 2011, passando de 275 mil processos ingressados em 2010 para quase 447 mil em 2011, ou seja, aumento de 62% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, 203).

E é por informações como essas que se chega à declaração categórica de que as execuções de títulos extrajudiciais fiscais estão na base dos problemas dessa Justiça específica, “tendo em vista que representam cerca de 37% do total do estoque e apresentam taxa de congestionamento de 92%. Desconsiderando esses processos, o congestionamento da fase de execução passa de 83% para 52%” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p.200).

Portanto, resumindo esse item, afirmar-se-á que a causa essencial da morosidade do Judiciário federal, ao se considerar o volume de processos, é majoritariamente da execução fiscal, pois estas ações constituem mais de 1/3 de tudo que tramitou na primeira instância desta Justiça no ano de 2011. Mas isso não é tudo, pois, de cada 100 processos de execução de título extrajudicial fiscal iniciados, apenas 10% encontraram solução no mesmo ano de ingresso, ou seja, “[...] um estoque de execuções fiscais pendentes nove vezes maior que o total de execuções fiscais iniciadas” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p.44). Dos 2.609.866 dos processos de execução fiscal em tramitação, somente 282.099 foram baixados, com 183.351 sentenças proferidas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p.44). Se não fossem considerados esses processos, há anos aguardando desfecho, a taxa de congestionamento dessa etapa executória fiscal cairia imediatamente de 85% para 74% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p.448), com melhoria significativa na velocidade do trâmite dos demais processos.

3.2.2 Alto custo do processo como fator inviabilizante da fase executória fiscal perante a Justiça Federal

A Justiça tem um preço? A pergunta é difícil, pelas mais diversas razões, porém, em resposta, diremos que sim. Manter a estrutura judiciária pesa, e muito, aos cofres públicos. “Recursos humanos, materiais e tecnológicos são consumidos no

sofisticado processo de buscar um nível satisfatório de justiça na resolução de disputas e conflitos. Este esforço público tem um custo, que é variável e pode ser mensurado” (IPEA, 2011b, p.8). Dessa maneira, uma ação, ao ingressar no processamento comum de um tribunal, é tão somente mais uma diminuta peça a compor o intrincado problema envolvendo a prestação jurisdicional no nosso país.

E, para impor ao inadimplente as sanções de entregar forçosamente aquilo que é devido, se gasta bem mais que o próprio numerário ali discutido. A lógica passa longe disso, não existindo fórmula econômica que demonstre o contrário. Porém, é o que tem acontecido no Brasil no caso envolvendo a execução de créditos tributários, de forma que o dinheiro comprometido na cobrança desses valores é a sutileza que mais atrai aqueles que se dedicam a estudar esse problema.

Ninguém pode negar que o maior usuário da Justiça é o Estado. Existem estimativas dando conta de que, na Justiça Federal, 60% das ações envolvem o setor público de alguma forma, sobremaneira nos tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal, uma corte constitucional, tem 80% de seus processos relacionados ao Poder Executivo federal. No Superior Tribunal de Justiça, a situação se repete, com mais de 85% da carga de trabalho envolvendo o governo, de forma direta ou indireta. E em mais de 70% dessas causas, a subida a instâncias superiores tão somente piorou o congestionamento da justiça, sem modificar a decisão inferior contrária ao Estado (FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO, AZEVEDO, 2009, p.21).

Constatado isso, não se pode desviar o foco da observação de que tamanha litigiosidade adquire feições meramente protelatórias, haja vista que o Estado é o agente que mais se utiliza da estratégia de ingressar com recursos e apelações, mesmo diante de poucas chances de vitória. “Hammergren (2007) não tem dúvidas de que grande parte da carga de trabalho dos tribunais brasileiros deve-se a esta prática dos procuradores públicos” (FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO, AZEVEDO, 2009, p.21).

Sem restrições para litigar, o Estado, em suas esferas federal, estadual e municipal, muitas vezes em posição devedora, emprega esse subterfúgio. Em alguns desses processos, o ganho de tempo com o adiamento de uma decisão final é o maior objetivo. “É o que o Banco Mundial (2004) descreve como sendo controle do fluxo de caixa via Judiciário” (FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO; AZEVEDO, 2009, p.22). O alvo dessa prática altamente lesiva tem lastro em causas previdenciárias, quitação de precatórios e

execuções fiscais variadas, rebaixando para além do tolerável a qualidade da prestação jurisdicional.

No avesso da história, o Estado, que emprega um processualismo nocivo e exacerbado em sua rotina de defesa executória, é também refém de idêntica circunstância quando tenta receber ou cobrar tributos e multas de sua competência. Afinal, o cidadão contribuinte em débito, denominado sonegador, tendo conhecimento das falhas e das dificuldades com as quais se depara a Fazenda Nacional e as Varas de Fazenda Pública, bem como estando ciente da morosidade da Justiça Federal, enxerga no adiamento desses pagamentos uma oportunidade única e providencial de postergar o que sabe ser inevitável, ocasionando custos para a Administração e para os tribunais, arriscando com o tempo e com a baixa efetividade dos meios de cobrança.

Micheli Pereira (2010), também antevê esse ardil em manipular procedimentos. Para tanto, a autora lista quatro características inerentes a um bom Judiciário: baixo custo, decisões justas, celeridade e previsibilidade. À medida que se distancia desse referencial, o mau funcionamento do sistema prejudica o crescimento econômico do país, levando os protagonistas sociais a escapar das “armadilhas legais”, e por consequência, a gerar danos ou prejuízos.

Fazendo a ponte com o tema da dissertação, a etapa executória, no campo fiscal, é um verdadeiro dilema econômico, do qual os “atores” produtivos mantêm uma relação estreita e ambígua, “porquanto, por vezes, consideram que a morosidade atrapalha o desenvolvimento de suas atividades empresariais, e, outras vezes, entendem que a morosidade auxilia a adiar o cumprimento de determinadas obrigações, beneficiando assim suas atividades” (PEREIRA, 2010, p.54).

Empresas que honram com seus deveres fiscais se veem, na enorme maioria das vezes, na impensável contingência de ter que concorrer com outras que, conhecedoras da ineficácia dos métodos de cobrança vigentes e com a paralisia existencial da Justiça, insistem em dever e protaem o quanto podem o pagamento de tributos, tirando vantagem, literalmente manobrando com prazos processuais. Tal conjugação de fatores repercute nos mercados, mostrando-se essencialmente danosa à livre concorrência, abalando os relacionamentos negociais, elevando os custos de transação, transferindo as inesperadas variações ao consumidor final, unicamente por lidar com aspectos relacionados à demora prestacional da esfera judicante.

Denota-se, que o manejo da litigiosidade é uma prática corriqueira em cerne tributário, tanto da parte do cidadão comum e da iniciativa privada, como do próprio Poder Público, o que enseja o ajustamento do renomado “jeitinho brasileiro”, com a providencial reescrita daquela célebre máxima “devo, não nego, pago quando puder... ou quiser”.

No encaço dos custos judiciais, cumpre frisar, consoante dados do Conselho Nacional de Justiça (2012, p.447-450), que, em 2011, o Poder Judiciário, analisado como um todo, exauriu a cifra de R\$ 50,4 bilhões, o que, em termos percentuais, corroeu 1,24% do PIB nacional. Entre 2010 e 2011, a despesa cresceu 13,4%. No que tange aos recursos humanos disponíveis, eram 16.918 magistrados e 366.428 servidores. O dispêndio com pessoal, nessa época, respondeu por 90% dos gastos totais da Justiça, ou R\$ 45,2 bilhões. Tivemos, nesse período, uma média de 4.594 processos por magistrado. Somente a Justiça Federal teve uma despesa de R\$ 6,7 bilhões (0,2% do PIB, ou 0,4% do total da despesa pública da União), sendo R\$ 151, 6 mil reais por servidor e R\$ 4 milhões por magistrado. E, considerando os 192 milhões de brasileiros³, o gasto com o Judiciário Federal alcançou a bagatela de R\$ 35 por habitante, ao ano, quer estes se utilizem ou não dos serviços judiciais.

Igualmente, no rol dos gastos, assegurar-se-á que um processo novo custa R\$ 1.693,94, que é o valor despendido pelo Estado para manter a estrutura requerida pelos procedimentos judiciais necessários ao correto e pleno deslinde de uma única ação, quer cognitiva, quer executória. Carlos Eduardo Richinitti diz que “isso significa que em alguns casos é mais barato o Judiciário pagar para o potencial litigante que deixar o processo gerar mais gastos com servidores, pois o valor da causa mostra-se inferior às despesas geradas com a tramitação do processo” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011d, p.10-11).

Por conseguinte, deve haver o reconhecimento do flagrante prejuízo ao erário a partir do instante em que um ente público arca com ônus superiores aos bens ou valores envolvidos em uma demanda, de modo que, monetariamente falando, um processo, a depender de certos fatores, pode vir a não compensar.

Na órbita da Justiça Federal, ao analisar as ações de execução fiscal, a coisa se revela muito pior. E o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA (2012, p.12),

³ População brasileira, consoante dados de 2011, fornecidos pelo IBGE. Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/pt/noticias%3Fview%3Dnoticia%26id%3D1%26busca%3D1%26idnoticia%3D1961&q=Ibge+populacao+brasil+192&sa=X&ei=o18iUrTWNJK84A0iooCQBQ&ved=0CBwQFjAC>. Acesso em: 03 maio 2011.

objetivando traçar um perfil de tais demandas, e tendo por farol o exercício de despesas correntes de 2009, erigiu um indicador denominado “custo médio por processo/dia”, o qual pode ser determinado a partir da conversão do orçamento executado em orçamento diário, subdividindo-o, em seguida, pelo número de processos que tramitaram no primeiro grau de jurisdição.

Portanto, “considerando-se o orçamento executado de R\$ 4.912,7 milhões e um total de casos pendentes e processos baixados de 8,5 milhões, tem-se que o orçamento diário da Justiça Federal de Primeiro Grau é de R\$ 13,5 milhões e o CMPD [custo médio por processo/dia] do ano de 2009 é de R\$ 1,58” (IPEA, 2012, p.12). De outro lado, é também certo que o processamento dessas ações executivas gera ao Judiciário alguma renda sob a forma de custas apuradas, as quais tem valor médio de R\$ 35,49. Ao final de tamanha racionalização, chega o IPEA ao “custo médio provável” de um único processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que é de R\$ 5.606,67 (IPEA, 2012, p.13).

Seguindo adiante, o IPEA fixa a probabilidade em se obter a recuperação integral do crédito em 25,8%, o que eleva o “ponto a partir do qual é economicamente justificável” promover-se judicialmente a cobrança de créditos fiscais para o piso de R\$ 21.731,45. “Ou seja, nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial” (IPEA, 2012, p.14). Episódio esse que justificaria o reajuste do piso mínimo para o ajuizamento de ações de execução fiscal da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de R\$ 10.000,00, de acordo com os ditames da Lei nº 10.522/2002, para R\$ 20.000,00 (IPEA, 2012, p.14). Também relata o Instituto que a mudança permitiria uma redução progressiva do volume de trabalho daquele órgão em torno de 52% ao longo dos nove anos seguintes, e em 9% o estoque de ações em andamento na Justiça Federal (IPEA, 2012, p.15).

Não há que se pensar que os estudos do IPEA estejam restritos ao plano teórico, pois os reflexos dessa crise fiscal aparecem nas mais inusitadas áreas. Basta ver que, no ano de 2011, o IBAMA, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, pensou em suspender a cobrança de pequenas multas ambientais, sob a alegação de que os altos custos dos processos judiciais, a superar o valor da maior parte das penalidades dessa categoria, inviabilizaria a cobrança. A proposta seria a de transformar todos os autos de infração com valor de até R\$ 2.000,00 em meras

advertências, sem consequências pecuniárias para o infrator. Mais de 95% das multas recolhidas por esse órgão tem teto nesse valor, e, caso aprovada, a medida ocasionaria a perda automática de R\$ 100 milhões de reais em multas, referentes aos 115 mil processos já em andamento (FERNANDES, 2011). Como se depreende, os efeitos do caráter estanque da Lei de Execução Fiscal são sentidos na prática.

Temos agora que vencer outra vertente, ainda mais prejudicial à União, e esta é a que busca identificar os proponentes de tamanho quantidade de processos. Para o pesquisador do IPEA, Alexandre dos Santos Cunha (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011d, p.13-16), o problema da execução fiscal é sério a ponto de distorcer as estatísticas oficiais, dificultando um estudo pormenorizado, a começar pela dificuldade em estabelecer o perfil das demandas. Segue ele discorrendo que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional move apenas 50% das ações executórias fiscais, e que a Procuradoria Geral Federal, outro legitimado a propô-las, como representante de autarquias e fundações públicas federais, responde por cerca de 10% (8,9%) das demais. O que é estranho, pois estes dois órgãos deveriam ser seus principais autores.

Logo, indaga-se: se a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional somente é autora de metade dos processos, de onde vem todo o restante de execuções fiscais a entulhar a Justiça Federal? O entendimento no tocante a isso advém justo dos principais concorrentes das Procuradorias Federais, a não surgir nas pesquisas, que são os Conselhos Profissionais, como Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Regional de Engenharia e Agronomia, Conselho Federal de Medicina etc., que detém o controle sobre quase 37% das ações ingressas no sistema. “As ações movidas por essas organizações paraestatais explicam parcialmente a quantidade expressiva de executivos fiscais movidos inicialmente contra pessoas físicas (39,5%), em relação ao total patrocinado contra pessoas jurídicas (60,5%)” (IPEA, 2011b, p.30-31). Há ainda que se considerarem outros coadjuvantes menores, como os 0,6% de ações movidas pelos departamentos jurídicos de bancos públicos federais (IPEA, 2011b).

Estas, na imensa maioria dos casos, não passam de cobranças de taxas, multas decorrentes de procedimentos fiscalizatórios e mensalidades ou anuidades de profissionais liberais em atraso, com valores muito baixos, em uma média que vai de R\$ 600,00 a R\$ 1.500,00, e, não raro, chega-se mesmo a encontrar execuções da ordem de R\$ 15,00 ou R\$ 30,00, perdas entre tantas outras. Os impostos, objeto de cobiça por

parte da União, em verdade, não totalizam nem 30% (27,1%) das demandas, seguidos de perto pelas contribuições sociais, com 25%, e por outras verbas destinadas à União, como aforamentos, laudêmios e obrigações contratuais diversas, contribuindo com 10% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011d; IPEA, 2011b).

Em documento do IPEA (2011b), surge inclusive a afirmação de que a execução fiscal vem sendo irresponsavelmente empregada pelos conselhos de fiscalização das profissões liberais como forma primária de cobrança. O instituto diz isso com base no valor irrisório das ações propostas por tais entidades, a reduzir a quantia média cobrada, dos mais de R\$ 22 mil apurados pela a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e pela Procuradoria Geral Federal, para uma mediana de apenas R\$ 1.377,60. Ou seja, esses conselhos tem movimentado o aparato judicial da União para perseguir débitos cujo processamento não possuem a devida compensação entre custo e benefício, o que é inadmissível. E, “com o objetivo de reduzir, ou mesmo eliminar, essa pratica, recomenda-se que as custas judiciais e taxas judiciárias sejam fixadas de modo a desincentivar economicamente o uso abusivo” (IPEA, 2011b, p.72-73).

Prima facie, com a conjectura exibida, o aumento do valor mínimo apto a deflagrar uma cobrança judicial pela União surtiria sim efeito prático na redução da litigiosidade, já que “a adoção de medidas que resolvam o problema da execução fiscal será importante para o desempenho institucional global do Judiciário” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011a, p.20). Mas a mudança sugerida pelo IPEA deve ser pensada com cautela, pois, embora o Conselho Nacional de Justiça, com propriedade, aponte a sobrecarga de trabalho da Fazenda Pública como fator imperante na morosidade da Justiça Federal, e que a letargia desta encontra-se justo no congestionamento de ações de execução fiscal, a solução mais simples, que seria a retirada de processos infrutíferos do sistema, pode não ser a mais apropriada.

O problema merece ser enfrentado e não deixado de lado. Até porque a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional tem obtido taxas de sucesso maior que os demais protagonistas na execução desses créditos, com uma média de arrecadação de R\$ 54.783,77. E o custo, embora alto e desproporcional, de mais de R\$ 5.000,00, para esta entidade, por execução fiscal, conforme anteriormente descrito, não é obstáculo justificável o suficiente a definir a exclusão de ações ou o abandono de determinados processos, por seu baixo valor unitário.

Com tal entendimento, esse ajuste pediria a completa reescrita das estratégias de cobrança, de modo a abarcar os óbices visualizados, sob pena de sinalizar à sociedade que multas, taxas, contribuições e impostos de pequena monta não devem ser pagos, pois nem cobrados seriam, apenas mascarando o problema, abrindo-se mão de pequenas quantias preciosas para entes públicos diversos.

3.2.3 Tempo decorrido excessivo a onerar o Estado e prejudicar a sociedade

Em 2007, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, criou uma comissão destinada à elaboração de um relatório sobre o Anteprojeto de Lei de Execução Fiscal Administrativa, proposto naquela época pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Neste, a exposição de motivos elenca alguns dos principais problemas da execução fiscal, e o componente “tempo” sobressai. Literalmente, é declarado: “estima-se, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, em média, a fase administrativa dura 4 anos, enquanto a fase judicial leva 12 anos para ser concluída, o que explica em boa medida a baixa satisfação e eficácia da execução forçada” (GOMES, 2009, p.87).

Porém, o IPEA destoa do que alegam a Fazenda Nacional e a Associação dos Juizes Federais do Brasil a respeito do tempo despendido no processamento das execuções fiscais na Justiça Federal, chegando a um cálculo díspare, consoante o qual dois resultados são contabilizados: a) para a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, “o tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias” (IPEA, 2012, p.14); b) já para o “grosso” de litigantes, aí compreendidos todos os entes públicos federais autores de execuções fiscais, como a Procuradoria Geral Federal e os Conselhos Profissionais, dentre outros, inclusive a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, o tempo é de 8 anos, 2 meses e 9 dias (IPEA, 2011b, p.45).

A justificativa para a diferença está nos valores médios das execuções propostas e das recuperações efetivadas. Enquanto a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional arrecada mais de R\$ 50.000,00, lidando com numerários maiores, os outros enfrentam questões menos trabalhosas, pois, quando consideramos o geral, com o somatório de todos os entes, o valor cai para R\$ 9.960,48. Nada obstante, as ações desencadeadas pela Procuradoria Geral Federal são mais demoradas do que aquelas

promovidas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ao passo que as ações patrocinadas pelos Conselhos Profissionais são, em regra, mais céleres. Como as dos Conselhos tem participação absoluta de mais de 30% do total de processos, acabam por puxar as estatísticas para baixo, estabelecendo um lapso temporal contraposto aos dos demais. Portanto, a menor complexidade do litígio repercute no tempo final da execução fiscal na Justiça Federal, o que elucida a diferença entre os tempos apurados.

Interessante que, na elaboração dessa informação, a Lei de Execução Fiscal foi decomposta em etapas, a saber: autuação, despacho da inicial, citação, penhora e avaliação, leilão, abertura de vistas ao exequente, afora a defesa do executado, com exceções (ou “objeções”, como surge no texto do IPEA) de pré-executividade, embargos do devedor, recursos (agravos, apelações, recursos especiais ou extraordinários), sentença e, por fim, baixa definitiva. Cada uma delas, autonomamente sopesada, encerra desafios ao aperfeiçoamento da execução fiscal, esgotando tempo e recursos humanos e materiais preciosos do Judiciário Federal.

Foi com uma técnica denominada “carga de trabalho ponderada” que “mediu-se o tempo médio total de tramitação, que considera o intervalo de tempo transcorrido entre o momento processual no qual se ordena a prática do ato e o instante no qual este é efetivamente concluído” (IPEA, 2011b, p.41). Determinando-se a quantidade de dias consumida em cada fase da execução fiscal, o IPEA pôde coletar e adequadamente mensurar os dados oriundos dos processos e da rotina das Varas de Fazenda Pública Federal, construindo um modelo capaz de desnudar as estatísticas, trazendo luz aos conceitos de morosidade judicial e de congestionamento de ações, permissionando uma melhor compreensão do problema, bem como o seu exato dimensionamento.

Consideremos, para fins do que passamos a abordar, o que o IPEA nomeou de “processo de execução fiscal médio”, que será objeto de exame. Entre a elaboração da petição inicial pelo exequente (que intenta a execução judicial) e a autuação na Justiça, se passam 117 dias. Após a autuação, até que um magistrado ordene um despacho, mais 66 dias se vão. Depois de 28 dias há a ordem de citação, e, pasme, necessita-se de 1.287 dias para que se ache o executado, ou se extinga o processo, caso não apareça ninguém. Não se confunda, pois ainda não superamos a citação, e o “processo de execução fiscal médio” já requereu 1.315 dias, ou 3 anos e 7 meses, sem que se encontrasse o devedor. No decorrer dos procedimentos legais, a determinação de

penhora não ocorre antes de 540 dias, e o leilão precisa de 743 dias para ser organizado e efetivado. Foram-se mais 3 anos e meio sem que a execução tivesse solução. As vistas ao exequente tem prazo aberto nas fases do processo, por isso não foi aqui mencionada. Tratando-se da defesa do executado, tem-se que as exceções de pré-executividade prolongam a demanda por mais 574 dias e que os embargos de devedor ou de terceiros estende a questão por outros 1.566 dias. Lá se foram outros 5 anos e 10 meses de resistência do inadimplente sem que o Estado tenha recebido nada. Ainda na esfera dos recursos, cada agravo, recurso extraordinário, recurso especial ou embargo de declaração pede 332 dias para apreciação, atrasando a baixa definitiva do processo em 175 dias, representando um incremento de 507 dias no tempo total de tramitação. Finalizados tais meios de defesa, a sentença pedirá outros 243 dias para ser preparada e devidamente publicada. “Conseqüentemente, o tempo médio total de tramitação de um ‘processo de execução fiscal médio’ é de 2.989 dias, ou seja, 8 anos, 2 meses e 9 dias. Note-se que essa é uma média provável, produzida em função da frequência média provável e do tempo médio provável das etapas que compõem o executivo fiscal” (IPEA, 2011b, p.41-42).

Visto o acima expresso, a execução fiscal na Justiça Federal é muito demorada, com ocorrências principais, como a citação, insurgindo em um “imenso gargalo inicial”, a qual, dada sua inoperância, paralisa todo o processamento executório. O próprio IPEA reconhece esse como um dos grandes empecilhos a serem vencidos, uma vez que em 43,5% das vezes o devedor simplesmente não é encontrado pelo sistema de justiça (IPEA, 2011b, p.32).

Prosseguindo na avaliação do tempo despendido, chegamos à participação e aos efeitos da mão de obra dos servidores abrangidos pelo processo, e os resultados divulgados pelo IPEA são curiosos. Senão, vejamos. Mesmo verificado que o tempo que a execução fiscal consome é da ordem de quase 3.000 dias, totalizando 8 longos anos, o trabalho das pessoas que com ela lidam consome, em média, apenas 646,2 minutos, ou seja 10 horas e 46 minutos (IPEA, 2011b, p.42). Dada a imensa distância entre os dois elementos fáticos, algumas reflexões mostram-se imprescindíveis de serem feitas.

Primeiramente, perdas em eficiência são correlatas ao trabalho humano, qualquer que seja ele. Se a pessoa trabalha 6 horas por dia, e vem a gastar somente 20 minutos por processo, ela não é obrigada a, digamos, autuar 15 processos por dia, haja

vista que, “como não é uma máquina, não pode existir a expectativa razoável de que o servidor passe todo o seu período de trabalho executando exclusivamente sua atividade-fim” (IPEA, 2011b, p.45-46). É simples assim, pois ninguém é um autômato, a depender de um aperto de botão para ligar ou desligar, para realizar ou não algo útil.

Em segundo lugar, a realização das tarefas processuais não compõe uma linha de produção industrial, retilínea e sem modificações, muito pelo contrário, até porque cada fase depende da anterior para que possa se dar prosseguimento ao próximo ato, sendo comum a intervenção em atividades do mesmo tipo (por exemplo, juntada, cargas ao exequente etc.), as quais são realizadas em grandes blocos, o que envolve uma organização do trabalho voltada para o acúmulo de autos que se encontram em determinada etapa do processamento para que haja movimentação conjunta com outros na mesma etapa (IPEA, 2011b, p.46). Logo, é um equívoco exigir que a Justiça adquira moldes de uma operação sequencial, o que iria de encontro ao seu próprio funcionamento.

Em terceiro lugar, o “tempo morto” do processo, qual seja aquele em que nada lhe é acrescentado, em que nenhum passo é tomado rumo à sua conclusão, ficando parado, deve-se, às vezes, aos períodos de arquivamento provisório por ordem do exequente, ou na ocorrência de prazos processuais em benefício das partes, o que é normal, em respeito à legislação (IPEA, 2011b).

Destarte, verifica-se que a morosidade do processo de execução fiscal, na Justiça Federal, tem causa, em parte, no modo como é gerenciado o trabalho desenvolvido pelos servidores públicos nas Varas da Fazenda Pública. E uma cultura organizacional burocrática e formalista não se coaduna com a modernidade legal, de maneira que não são apenas os prazos, ritos e fases recursais, prescritas à Lei nº 6.830/1980, os únicos culpados pelo aumento do tempo de processamento. As perdas temporais nas rotinas administrativas são tão prejudiciais quanto.

Nesse ínterim, a adequação da mão de obra, por intermédio da atribuição de um maior dinamismo à sua atuação, com a correlata adoção de uma sistemática que permita o melhor aproveitamento do espaço ocioso do processo, especializando-se as funções, com a preciosa cooperação intersetorial, empregando-se ao máximo as tecnologias relacionadas à informação, e direcionando-se esforços para etapas como a

citação e a penhora, são algumas das iniciativas propícias a deflagrar uma revolução no trato dessas ações.

Ainda no estudo das causas do problema envolvendo a execução fiscal e o tempo de sua realização, alcançamos outro ponto relevante, que é a existência de dois patamares distintos: o processo administrativo, que é de competência de órgãos como a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria Geral Federal, e o processo judicial, nas Varas da Fazenda Pública da Justiça Federal. Cada uma dessas instâncias de cobrança tem a referida e inescusável parcela de culpa no quadro atual de inadimplência, e os hodiernos obstáculos a se superar no caminho da melhora do procedimento e do conseqüente aumento da arrecadação acabam por serem os que desde sempre atravancam a solução rápida e eficaz de uma situação dessas, como veremos em seguida (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b).

Existe, em nosso país, uma duplicidade de instâncias em matéria tributária: a administrativa e a judicial. Quanto à atuação da Fazenda Nacional, todos os ditames legais são observados, assegurando-se ao sujeito passivo o amplo direito de defesa, inclusive com recurso para esferas superiores. Por sua vez, mesmo reconhecida a completude do processo administrativo, garante-se concomitantemente ao contribuinte o acesso ao Judiciário. E o Fisco, embora realize seus próprios julgamentos, só encontrará eficácia na cobrança, e a posterior arrecadação dos valores, por intermédio da competente execução fiscal, perante o Poder Judiciário (KFOURI JR., 2010). Logo, esse traço característico gera uma curiosa situação, à medida que “as duas instâncias atuam de forma muito independente, quase como se fossem mundos à parte” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b, p.20).

São universos que não operam em regime de colaboração, mas que seguem lado a lado. Não se comunicam e ainda concorrem entre si. A produção de provas, no âmbito do Fisco, não serve para fins judiciais. Além disso, a “cultura jurídica” consolidada aumenta o conflito entre esses dois campos, uma vez que o contribuinte visualiza na esfera administrativa tendência decisória a favor do Fisco, voltada para os cofres estatais. De outro lado, para esse mesmo contribuinte, o Judiciário surge como um porto seguro, uma “luz de esperança”, onde o tratamento dispensado, em sentido oposto, tende a ser mais sensível ao elo mais fraco dessa relação, qual seja o cidadão comum. Para tanto, igualmente distingue-se um aspecto misto em ambas. As procuradorias públicas, em sua atuação, administram o direito público, e a Justiça,

perseguindo a neutralidade de suas sentenças, possui Varas especializadas, até para dedicar esforços e profissionais a esse setor (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011b).

Tudo isso consome tempo, e a fase passada diante do Fisco, além de demorada, submete-se ao posterior crivo judicial. O cidadão, assumidamente inadimplente, procura esgotar as vias recursais administrativas que lhe são facultadas, para, só depois, rediscutir tudo novamente no Judiciário. E a dificuldade premente é que o devedor pode traçar, em atitude protelatória, os dois caminhos. Portanto, ao tempo de processamento da execução fiscal deve ser acrescida a média dos 4 anos em que a cobrança por parte do Executivo não logra êxito. Por sinal, é atitude recorrente das Administrações Fazendárias, ao constatar que créditos irão se perder, devido à prescrição, edificar os respectivos processos de execução, aos milhares, de uma única vez, e remetê-los à Justiça, congestionando ainda mais esse Poder julgador. Observado isso, conclui-se que, aos 8 anos, 2 meses e 9 dias declarados pelo IPEA, devem ser somados os quatro anos despendidos pelo Fisco, o que nos leva a afirmar que um crédito tributário da União pode não achar quitação antes de, no mínimo, 12 anos.

3.2.4 Valores cobrados *versus* valores arrecadados: distanciamento da realidade

“Quantas vezes já te disse que, depois de se eliminar o impossível, qualquer coisa que reste, por mais improvável que seja, tem de ser a verdade?” (Arthur Connan Doyle. BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.695). E a apreciação da distância que há entre os valores cobrados e os valores efetivamente arrecadados revela a crise fiscal.

Em 2012, a União, no estoque de sua dívida ativa, administrada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, tinha a quantia de R\$ 1.104.963.098.381,66 a receber, valor que significou um acréscimo nominal de quase R\$ 149 bilhões na comparação com o ano anterior, onde os créditos vencidos e não pagos somavam R\$ 956 bilhões (PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, 2013, p.4). No período entre o biênio 2011/2012, a arrecadação só abrangeu 1,37% do montante, ou seja, apenas R\$ 13.636.907.233,73 foram recuperados. Ainda em 2011, os créditos tributários não previdenciários em execução fiscal na Justiça Federal totalizavam R\$ 652 bilhões, aí considerados os parcelados e os não parcelados, estes em volume quase

seis vezes maior do que aqueles, ou R\$ 98 bilhões e R\$ 554 bilhões, respectivamente (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2011). Pior é a constatação de que a efetiva arrecadação vivenciou uma queda, já que, em 2009, esta foi de mais de R\$ 17 bilhões. Quer dizer, cresceu a dívida e também a quantidade de processos, porém o que foi coletado experimentou uma diminuição de mais de R\$ 4 bilhões em dois anos (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2009).

Os números anteriormente expostos são assustadores, mas repercutem o volume de trabalho enfrentado pelas Procuradorias e pelas Varas da Fazenda Pública Federal. Considerando que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional contava com 1.996 procuradores no fim de 2011, verifica-se que cada um desses funcionários arrecadou, em média, R\$ 12,7 milhões, evitando-se a perda de R\$ 277,652 bilhões (SIMÃO, 2012).

Prosseguindo, haveremos de entender que a pesquisa realizada para a confecção da presente dissertação abrange a quantidade de processos executórios fiscais de nível federal, de origem tributária e previdenciária, parcelados ou não, pendentes de resolução, com créditos vencidos e nunca quitados, e que se prestam a congestionar o sistema de cobrança judicial.

Precisa-se arrazoar que ações desse porte, enquanto perpassarem nos tribunais os 8 anos estipulados pelo IPEA, encerram direito da União que não adentra aos cofres públicos, por lentidão e ineficiência, frustrando a arrecadação e prejudicando a sociedade, pois a recuperação de, digamos, um percentual de 10% desses quase R\$ 1 trilhão, representaria R\$ 100 bilhões em investimentos possíveis de ganharem realidade, o que, convenhamos, viria a ser uma revolução fiscal sem precedentes históricos, haja vista que o retorno social dos tributos poderia tornar-se evidente, com avanço significativo nas obras e nos serviços públicos entregues à população.

Também há que se mencionar que as soluções das execuções fiscais, transitadas em julgado na Justiça Federal, chamam a atenção, pois não é por questões atinentes a custo ou tempo que tais processos não resultam em nada. Em 33,9% dos casos a baixa ocorre em razão do pagamento integral da dívida, índice que aumenta para 45% quando a citação obtém sucesso. Em seguida, vem o cancelamento da inscrição do débito (17%), a extinção sem julgamento do mérito (11,5%), a remissão (8%), o julgamento de embargos (1,3%), exceção de pré-executividade (0,3%) e o declínio de

competência (0,2%). Ao final, apenas 12,3% das sentenças proferidas são recorridas pelo exequente (IPEA, 2011b). Pergunta-se: então, porque tamanha demora em resolver tais processos?

Na busca da resposta, esses dados nos conduzem a ponderar sobre dois outros aspectos. Um deles é que o volume de executivos fiscais extintos por pagamento ou prescrição e decadência é praticamente o mesmo, o que indica que a probabilidade de o executivo fiscal obter êxito ou fracassar é quase idêntica. O outro diz respeito à extinção por pagamento, onde se tem que a quitação do débito em parcela única ocorre em 41,3% dos casos, enquanto que a adesão e o fiel cumprimento a programa de parcelamento da dívida representam 36,3% (IPEA, 2011b).

Em suma, o número de devedores que recorrem é baixo, e a taxa de reforma das sentenças é menor ainda, com o pagamento sendo a principal causa de extinção dos processos. Divisa-se, portanto, que é sim a ineficiência no processamento das ações perante a Justiça o que congestiona o sistema de cobrança, pois, se a resistência do inadimplente é estatisticamente baixa, não haveria outros motivos para o alto estoque de valores presos às execuções fiscais, senão os abordados aos itens 3.2.1, 3.2.2. e 3.2.3 da dissertação, provando as hipóteses levantadas, quais sejam às relativas à má gestão do Fisco e do Judiciário.

Se o processo não concretiza a Justiça, descumpra sua função de aplicação da lei. E é a cidadania que resta diminuída, com a sociedade e o Estado acabando prejudicados. “Numa palavra: onde houver injustiça fiscal, lá estarão os comportamentos de resistência aos impostos, o que significa dizer que não há eficiência injusta que seja eficiente, já que só a justiça é eficiente” (PAULA, 2009, p.30). “A existência de um Estado democrático e republicano comprometido com a efetivação dos direitos e garantias sociais abrigados em nossa carta fundamental depende, em grande medida, da eficiência de sua arrecadação e execução orçamentária” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2007.p.7).

Alberto Nogueira (2002, p.113) estava certo ao reconhecer que, “a situação hoje vivenciada no Brasil não tem a menor semelhança ou sequer ponto de contato com o devido processo legal tributário, constituindo-se, ao contrário, em negação de sua existência”. É com isso em mente que, seguindo rumo ao que deveria ser um sistema

tributário próximo do ideal, a Justiça haverá de funcionar a contento, reconhecendo e atendendo aos anseios do Fisco e do contribuinte.

Nas palavras de Bertolt Brecht, “apenas quando somos instruídos pela realidade é que podemos mudá-la” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.485). De posse desse axioma, conhecer mais a respeito das dificuldades enfrentadas pelo Estado no processamento de execuções fiscais, por tudo que fora dito aqui, inaugura a oportunidade de fomentar a reflexão, estabelecendo os pilares de um futuro debate, apto a transformar a sociedade, resolvendo o caos tributário em que nos achamos imersos.

Tocqueville raciocinou que “o passado, quando não mais ilumina o futuro, deixa o espírito andando nas trevas” (OST, 2005, p.10). Henry Ford asseverou: “o fracasso é a oportunidade de começar de novo inteligentemente” (GUARACY, 2001, p.88). Seguindo essa estrada renovatória, algumas importantes atitudes sobressaem às demais, de maneira que verticalizar uma resolução plausível deve ser a meta de qualquer governo que se preze.

“A Administração Tributária tem de fazer parte da solução e não do problema. Para tanto, os funcionários desta Administração devem se conscientizar de que não são apenas servidores do Estado, mas também assistentes dos cidadãos.” (PAULA, 2009, p. 44). Minimizar a sobrecarga de trabalho das advocacias e procuradorias públicas, enfrentar as causas do congestionamento do Judiciário, repensar o tempo das ações, gerir melhor os recursos humanos e materiais disponíveis e conscientizar-se sobre os custos envolvidos na cobrança da dívida ativa da União são apenas parcelas do desafio.

Terminando, é contraproducente persistir com um modelo inoperante como o que nos deparamos atualmente. Não obstante, mudar a estrutura de cobrança do Fisco e aperfeiçoar o funcionamento do Judiciário para que se possa arrecadar mais, com as desejadas eficiência e eficácia, respeitando o cidadão, enquanto usuário final do sistema, e estimulando o desenvolvimento do país, constituem as ideias a que se propôs a explicar e analisar o capítulo que agora se encerra.

4 TRANSAÇÃO EXTINTIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Alguém já disse que, entre soluções e caminhos, são preferíveis os caminhos. Isso porque eles levam a uma infinidade de lugares. O destino é incerto. As possibilidades são inimagináveis. Sabe-se apenas que se está indo rumo a alguma coisa diferente. Se maior ou menor, se melhor ou pior, a história é outra. Entretanto, sem sombra nenhuma de dúvidas, o grande medo consiste em sequer vir a partir. Mudar, na atualidade, não é apenas uma escolha a ser feita. Na enormidade das vezes surge como a única opção que nos é dada. Este é um dos determinantes da vida. Cada amanhecer nos recorda esse desafio. São Francisco de Assis escreveu: “Para começar, faremos coisas fáceis; pouco a pouco, defrontar-nos-emos com as maiores; e, quando tivermos vencido as coisas grandes, empreenderemos aquilo que é impossível” (GUIMARÃES, 1999, p.44). A aplicação da arbitragem, em matéria tributária, depende da adoção prévia de um regime de transação para o crédito fiscal. Surge uma nova estrada. Cumpre-nos desbravá-la.

4.1 A transação no Direito Tributário

Temos que iniciar por algum lugar, então, que seja pelo conceito. Transação nada mais é do que uma forma autocompositiva e bilateral de obrigações, tendo por escopo o fim das controvérsias sobre determinado assunto ou bem. É o Código Civil quem a disciplina, em seus artigos 840 a 850, figurando como lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

É ela tão antiga quanto a própria história jurídica, pois nasceu das discórdias instauradas entre duas ou mais pessoas, sendo inerente a qualquer convívio humano em coletividade. A vida civil implica no compartilhamento dos mais diversos deveres e obrigações. No clássico jargão, homem, sociedade e direito são indissociáveis. Portanto, ao Estado, em acepção econômica, figurou como imprescindível o desenvolvimento de formas inovadoras e capazes de dirimir contendas, sobretudo as que se mostrassem mais céleres, efetivas e menos onerosas. Foi este um pedido do ambiente legal. E o que surgiu da realidade galgou ao patamar de norma, pois a renúncia a parcelas de dado direito, ao consentir com a solução equânime de qualquer demanda, concilia, pacífica e

é preferível à manutenção de situações belicosas por longo tempo. Por tais circunstâncias, a transação acabou por se firmar na contemporaneidade.

Assim, enquanto solução contratual da lide, este modelo evita o prosseguimento de dado processo. Tal prática “não significa que alguma das partes abriu mão de seus direitos na totalidade, mas sempre será necessário que parcela de suas pretensões sejam afastadas. A ideia de concessões mútuas deve prevalecer” (SOUZA; VIOLA; DONEDA, 2013, p.73, adaptado). Visto isso, listamos como requisitos de qualquer transação: a) acordo de vontades, b) concessões mútuas e c) extinção de obrigações litigiosas ou duvidosas.

De posse dessa conceituação, vê-se que a temática envolvendo a transação de interesses, a partir do instante em que é transportada para a área tributária, é realmente difícil de ser enfrentada. Essa arquitetura procedimental diz respeito à tentativa de compatibilização de um instituto de natureza eminentemente privado, ao âmbito de prevalência de direito público estrito, como o é o tributário, com ampla guarida em princípios como os da legalidade e da indisponibilidade. Afinal, quem não pode renunciar, não pode transigir. Eis o grande obstáculo.

Porém, em defesa do maior diálogo entre Fisco e contribuintes, com o potencial apaziguamento das discórdias e dos conflitos de interesses tocantes ao adimplemento dos deveres fiscais, há que se reconhecer que a prática transacional pode sim vir a efetivar uma saída muito mais oportuna e ajustada, face à aplicação mais homogênea da legislação concernente.

E, nessa moderna configuração, em que se valora a necessária mudança na maneira de se tratar o contencioso tributário, não há como duvidar da relevância da transação, principalmente por significar a preferência por uma forma alternativa à comum judicialização dos problemas, com clara economia de tempo e de recursos, além da maior previsibilidade das decisões dela oriundas. Afirmar-se-á, portanto, que sua correta e plena inserção em temas tributários diminui a litigiosidade, já que as partes não mais se digladiam indefinidamente, para, então, passarem a compor as posições divergentes, alcançando a estabilidade em nível razoável e aceitável para todos. Diga-se, de passagem, que a expressão “todos” abrange o Estado, o contribuinte e a sociedade (SEVERINI, 2010).

4.1.1 Indisponibilidade do crédito tributário e liberdade negocial da transação

Não obstante a tudo o que já fora mencionado à segunda parte dessa dissertação, em seu terceiro capítulo, acerca do problema que envolve a execução fiscal judicial, se indaga até que ponto facultar-se-ia ao Estado transacionar direito ao tributo lançado, nos exatos termos dos artigos 156, inciso III, 171, *caput*, do Código Tributário Nacional, compatibilizando-se com o princípio volitivo, empossado em alto grau de relevância pela Lei Civil.

Estabelece o Código Tributário Nacional:

Art. 156. *Extinguem o crédito tributário:*
[...]
III - a transação; [...]

Art. 171. *A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.*

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para *autorizar a transação* em cada caso (Código Tributário Nacional, grifos nossos).

Diremos que o artigo 156, do Código Tributário Nacional, é o núcleo de onde provém a gênese da discussão. Tal se deve por ele frisar que a transação “extingue” o crédito tributário. E, como se não bastasse, além da transação, chega o dispositivo em voga a instituir dez outras modalidades extintivas.

Mas porque isso é importante? Simples. Basta observar que, dentre todas estas formas terminativas de dada obrigação, as oito primeiras advém do direito civil, em idêntico sentido de criação e estruturação. O pagamento, a compensação, a transação, a remissão e a consignação em pagamento são exemplos diretos de como a norma tributária aproveita-se desses modos de se equacionar controvérsias, próprias, mas não exclusivas, do âmbito privado, para tentar sanar pendências relativas à quitação de tributos e também de deveres a estes correlatos.

Realcemos, em tempo, e por tudo que diremos a seguir, que o pagamento é a forma de se quitar dado crédito tributário, retirando o devedor de sua situação de inadimplência. Ou seja, a prática transacional, hipótese levantada pela legislação,

encerra a obrigação, pondo fim ao litígio, abrindo a oportunidade para que o débito seja solucionado através do pagamento. Sem a efetivação deste último, de nada valerá a concessão pactuada entre Estado e contribuinte (KFOURI JR., 2010).

Entretanto, tamanha liberdade preconizada e valorada pelo texto civilista opõe-se diretamente ao prescrito na lei tributária. É esse um território hostil, vez que a colisão conceitual com o caráter público da tributação é previsível, insurrecionando o prescrito no artigo 841, do Código Civil, haja vista a determinação expressa de que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Maria Helena Diniz (2002, p.24), ratifica a lei cível, já que, segundo informa essa mesma autora, “por importar renúncia de direitos, a lei proíbe a transação aos procuradores fiscais e judiciais das pessoas de direito público interno”.

Nega-se livre-arbítrio à Administração para com a cobrança do crédito tributário. A Fazenda Pública arrecada tributos não em defesa de seus “interesses subjetivos”, mas porque é legalmente obrigada a fazê-lo. Quando da tomada de suas decisões, nunca pode visar a particularidades do contribuinte. Prevalece um “interesse objetivo” maior, onipresente em todo o seu plexo de ações e atribuições, levando ao exercício da função que lhe é constitucionalmente atribuída, sem margem a fugas ou desvios, de modo que a mínima conveniência é refutada. “O público é privilegiado em relação ao particular porque dessa forma de agir espera-se que resulte o bem à comunidade sujeita às normas de império de determinado Estado organizado, e, via de consequência, a cada um. Pelo global atinge-se o particular” (CAIS, 1996, p.78). É essa uma diretriz que o agente público tem o dever de perseguir, sob pena de sofrer a devida responsabilização posterior.

Mais uma vez, é o fator vontade, enquanto ausente, juntamente com o factoide da preponderância máxima da lei, que mina toda e qualquer conformidade entre transação e crédito tributário.

Contudo, antevendo-se a dicção dos supracitados artigos do Código Tributário Nacional, a transação, ao contrário do que certos autores defendem, não é figura totalmente alienígena nas matérias de interesse das pessoas de direito público. Asseveramos que está ela devidamente delineada e passível sim de ser aplicada em sede fiscal, desde que apropriada à Administração Fazendária, e adaptada às suas características e necessidades. “A autoridade só pode celebrá-la, com relativo

discricionarismo administrativo, na apresentação das condições, conveniências e oportunidades, se a lei lho faculta e dentro dos limites e requisitos por ela fixados” (BALEEIRO, 2005, p.905).

E, mesmo surgindo no artigo 3º, do diploma tributário, a exigência da vinculação à lei, pois “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, o artigo 171, do mesmo texto, permite a transação (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008).

Não é este o caso de um conflito de normas, em que um artigo prepondera ou invalida o outro, mas de coexistência harmônica destes, por estarem dentro do mesmo código de índole complementar, de forma que, na verdade, há uma exceção aberta pelo legislador àquela regra geral que tolhe a discricionariedade na ação do Fisco, permitindo-a apenas na presença de lei que discipline o tema. Inexiste “antinomia que, por serem as normas em aparente conflito situadas na mesma posição hierárquica, se resolve pelo critério da especialidade, pelo qual ‘tem-se que as prescrições gerais convivem com as especiais, e estas prevalecem sobre aquelas’. [...] Uma exceção, portanto, à prescrição genérica” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.113).

A doutrina discorre sobre o tema. Sacha Calmon Navarro Coêlho (2005, p.849) aclara que “transigir é abrir mão de direitos para resolver litígio, preventiva ou litigiosamente (antes do litígio, para evitá-lo, ou durante este para obviá-lo)”. José Eduardo Soares de Melo (2004, p.287) diz tratar-se “de autêntico acordo entre a Fazenda Pública e os devedores, em que estas partes renunciam ao questionamento de seus eventuais direitos relativos ao tributo”.

Persistindo, “a transação seria uma composição amigável, consoante a qual as partes preferem resolver a questão sem recorrer ao Judiciário, por ser ele fonte de incidentes desagradáveis e onerosos” (DINIZ, 2002, p.314, adaptado). “A transação envolve, a um só tempo, a renúncia de um direito e alguma espécie de retribuição. Noutras palavras, a ideia de transação sempre pressupõe ônus para as partes que transacionam; concessões mútuas” (LESSA, 2008). “Na verdade, em nosso ver, a transação, instituto de direito privado adotado pelo direito tributário, somente ocorre em casos excepcionais, de extrema dificuldade econômico-financeira do sujeito passivo,

situação que merecerá o devido exame para justificar a transação” (CASSONE, 2000, p.184).

“Mas no Direito Tributário a transação a) depende sempre de previsão legal; e b) não pode ter o objetivo de evitar litígio, só sendo possível depois da instauração deste” (MACHADO, 2005, p.217). “A finalidade da transação é facilitar a extinção do crédito tributário, o que vulgarmente podemos chamar de acordo” (ICHIHARA, 2001, p.162). “Conquanto alçada à categoria de modalidade de extinção da relação jurídico-tributária, a transação não põe fim efetivo àquela obrigação, papel que é cumprido pelo pagamento. Seria a transação, nesse sentido, como instrumento preparatório” (LACOMBE; PEIXOTO, 2005, p.1176). Afinal, “não há renúncia à aplicação da lei, mas à contenda sobre a que essa aplicação leva no caso concreto” (GALINARI, 2006).

Então, infere-se que a transação em matéria tributária consiste em proposta de um acordo estabelecido pela Administração Pública, com base em uma norma legal, em que se objetiva por fim a um litígio, seja judicial ou administrativo, que verse sobre o pagamento de crédito fiscal envolto em controvérsia. Poderiam, nessas situações, ser feitas concessões por parte da Administração Pública, sempre tendo em vista o interesse maior, ou seja, o interesse público, consubstanciado numa efetiva e justa satisfação do crédito tributário (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.20).

Como se percebe, a transação tem contorno jurídico notadamente privado, disso não prevalece dúvida, haja vista que aos particulares é permitido tudo o que a lei não vede, podendo estes, além de abrirem mão de seus bens, encontrarem forma compositiva da discórdia diversa daquela ofertada pela jurisdição estatal estabelecida, tutelando seus direitos em face de acordos ou concessões, na preponderância de seu livre arbítrio, estabelecendo negociações e pactuando obrigações ao bel prazer. “Como dizia a Constituição argentina: em relação aos atos que a lei não proíbe, o cidadão só deve contas a Deus’ (RE n.63.216/SP)” (AMARAL JÚNIOR, 2006, p.193). Apesar disso, o direito tributário, buscando aproveitar-se dessa valiosa ferramenta, a adapta a seus fins precípuos, uma vez que, na óptica da Administração Fazendária, só se pode negociar mediante os liames estabelecidos por lei específica, em observância dos princípios constitucionais que velam pelo respeito ao erário público.

Verificada tal *práxis* normativa, o artigo 109, do Código Tributário Nacional, traz que: “Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da

definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos efeitos tributários”. Já o artigo 110, daquele mesmo diploma, expressa:

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias (Código Tributário Nacional).

O supracitado artigo 109 adentra na complicada e polêmica fronteira existente entre o direito privado e o público, resguardando a autonomia de cada um destes. Exemplificando, os princípios civilistas serão utilizados para definir, digamos, um contrato de compra e venda, mas não para resolver conflito acerca do efeito tributário da compra e venda. Consoante o ensinado pelo mestre Aliomar Baleeiro (2005, p.688), “o texto acotovela o pleonasma para dizer que as ‘definições’ de Direito Privado serão as deste, nem mais nem menos”.

Sabe-se que o direito tributário é eminentemente obrigacional. Neste sentido, não muito se distancia do regramento contido no direito civil. Na esteira desse raciocínio, constata-se que as denominações relativas a domicílio, solidariedade, pessoa, dentre outros tantos referidos no Código Tributário Nacional são as mesmas das presentes no direito civil, que é um direito comum, apto a suprir as lacunas das normas dos outros ramos jurídicos, preenchendo seus vazios legislativos. As relações entre esses dois liames, tributário e civil, são estreitas, quase que imperceptíveis, em sinergia e não antagonicamente, como se supõe (MORAES, 2002).

O artigo 110 pede respeito às Leis Máximas dos entes federados quando da adaptação e do uso de conceitos ou institutos cíveis, de maneira a não prejudicá-los. A menção constitucional fixa rígidos limites, os quais haverão de ser obedecidos (BALEIRO, 2005).

Relevante é notar que o art. 109 do Código Tributário Nacional refere-se aos *princípios gerais do Direito privado* e não às leis de Direito privado. Assim, os conceitos, os institutos, as formas, prevalecentes no Direito Civil, ou no Direito Comercial, em virtude de elaboração legislativa, prevalecem igualmente no Direito Tributário. Só os *princípios* do Direito privado é que não se aplicam para a determinação dos efeitos tributários dos institutos, conceitos e formas do Direito Civil, ou Comercial.

Se determinado conceito legal de Direito Privado não for adequado aos fins do Direito Tributário, o legislador pode adaptá-lo. Dirá que, para os efeitos tributários, ou para os efeitos deste ou daquele tributo, tal conceito deve ser entendido desta ou daquela forma, com esta ou aquela modificação. Esta interpretação é obra do *legislador* e não do intérprete, pois este não pode, a qualquer pretexto, modificar a lei. Se o conceito não é *legal*, mas apenas doutrinário, pode o intérprete adaptá-lo aos fins do Direito Tributário (MACHADO, 2005, p.122).

Portanto, entende-se que o legislador, ao incorporar a possibilidade da transação em sede tributária, acabou por reconhecer o império das construções do direito civil (BALEEIRO, 2005). Os destoantes regramentos cível e tributário estão ligados à verticalização da existência social. Aquele institui a disciplina do âmbito privado, já este é basilar ao funcionamento do Estado. Logo, não há como um não respeitar, ou mesmo vir a se aproveitar, dos institutos do outro.

A professora Misabel Abreu Machado Derzi nos esclarece a respeito de que:

O artigo 109 autoriza o legislador tributário a atribuir a um instituto de Direito Privado - dentro dos limites constitucionais existentes - efeitos tributários particulares. E, se o legislador tributário não o fizer expressamente, não poderá o intérprete adaptar princípio ou instituto de Direito Privado para aplicar-lhe efeitos tributários especiais. Já o art. 110 proíbe ao próprio legislador ultrapassar aqueles limites postos na Constituição Federal, por via indireta, ou seja, por meio da informação e revisão do alcance daqueles mesmos institutos, conceitos e formas de Direito Privado.

O princípio da legalidade é assim cogente. A segurança jurídica, a certeza e a confiança norteiam a interpretação. [...] A interpretação deve atribuir a qualquer instituto, conceito, princípio ou forma de direito privado os efeitos que lhe são inerentes, ressalvada a alteração oposta pelo legislador tributário [...] (BALEEIRO, 2005, p.685-686).

“O artigo 109 está desdobrado no artigo 110” (BALEEIRO, 2005, p.685). E isso não é por acaso. Ao colecionar, em sequência a sua explicação, o didático julgado de Sacha Calmon Navarro Coêlho, Misabel Abreu Machado Derzi tornou a falar, dessa vez, para elucidar a problemática:

De notar que o art. 109 dá ao legislador o poder de atribuir efeitos tributários próprios, pela via do raciocínio tipológico, analógico e presuntivo, aos princípios, conceitos e formas de direito privado, inclusive os contratos. É *lex legum* ou lei sobre como fazer leis, no dizer de Pontes de Miranda, e não autorização dada ao administrador ou juiz para livremente interpretarem situações jurídicas e contratos, visando sempre o interesse do Fisco. É, como

dissemos, o Direito Tributário admite a atribuição de efeitos fiscais aos institutos de Direito Privado, porém, por lei, nunca por interpretação livre da Administração [...] (BALEIRO, 2005, p.686-687).

Tudo tem uma razão de ser. Os artigos 109 e 110 permissionam os artigos 156, inciso III, e 171, inaugurando uma “janela” regulamentatória, apta a atribuir funcionalidade a certos institutos previstos no Código Tributário Nacional, mas que nunca foram plenamente utilizados, por ausência de lei específica com esse fim. A transação é um destes.

Assim, um instrumento privado galga ao patamar de interesse público, dada a relevância que teria para o impulso na arrecadação do Estado. Eis uma constatação. Todavia, a estrada é espinhosa – sabíamos disso desde o início -, e outro percalço emana, dessa vez no que tange ao interesse público. Pois, questiona-se se o mesmo poderia ser mitigado em favor da transação fiscal entre a Fazenda e os contribuintes.

Alice Gonzalez Borges (2007), embora teça crítica feroz “a uma nova espécie de ataque, até então inimaginável”, ao conceito do que venha a ser ou representar o termo “interesse público”, com a desconstrução do seu significado, ergue, em proveito de nosso estudo, um belo fundamento, do qual nos aproveitaremos. A jurista coteja que “o interesse público, pois, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores” (BORGES, 2007, p.9). Consoante essa autora, um interesse assume caractere público quando dele participam e compartilham um relevante número de pessoas, em simbiose, de maneira que este se identifica com o interesse maior de dado grupo, “ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade”. Em azado comentário, destaca ela que pode suceder de uma parcela da comunidade não se coadunar com aquele interesse, ou, ainda, de que o interesse de uma minoria se ache até mesmo em conflito com aquilo que é aceito como geral e público, e, portanto, válido para todos. Mas o interesse maior da sociedade não se impõe, e sim prevalece, face aos interesses individuais divergentes, com prioridade, sobrelevando sobre os demais. “O interesse público e o interesse individual colidente ou não coincidente são qualitativamente iguais; somente se distinguem quantitativamente, por ser o interesse público nada mais que um interesse individual que coincide com o interesse da maioria dos membros da coletividade” (BORGES, 2007, p.10).

Humberto Ávila (2007, p.14) vai além, e, em excelente texto, diz que “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins”. Para esse autor os elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado. E, se o público e o particular são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro restaria irremediavelmente prejudicada, e o que dirá a contradição entre ambos, até porque o que é admissível não pode jamais ser contradizente. Não existiria conflito entre os elementos de direito público e privado, no mais, o interesse privado seria um ponto de vista a integrar o conteúdo do interesse público, em uma evidente e necessária “conexão estrutural” (ÁVILA, 2007).

No cenário do direito, diante da vasta gama de possibilidades, o “privado” seria o horizonte do “público”. E o interesse público fundante da relação tributária é o que almeja arrecadar mais, com economia de recursos, de forma que a transação, mesmo privada, quando usada em benefício da sociedade, pode sim assumir o caráter público e atender ao que pede a lei, sob a forma do respeito ao cidadão e da conservação do erário.

Estabelecida, portanto, a possibilidade da transação tributária, com definição, conteúdo e alcance inteiramente importados, nos idênticos moldes da legislação cível, tal modalidade extintiva do liame obrigacional, para preservar o fim maior do tributo e, conseqüentemente, proteger a atuação estatal, deve se adequar à ordem pública vigente. Ou seja, em outras palavras, na missão de pavimentar o caminho para efetivação de uma forma alternativa de resolver conflitos, deve-se, agora, velar pelos reclames e pelas idiosincrasias do direito público.

Destarte, a definição do que venha a ser o ato de transigir não é, em sua essência, alterada, mas oportunamente adaptada à ordem pública, de forma a permissionar que se cumpra a exigência da observância do princípio da legalidade, em toda a sua complexa extensão, de acordo com o asseverado tanto pelo artigo 150, § 6º, da Constituição Federal, como pelo artigo 97, inciso VI, do Código Tributário Nacional.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...] § 6º - Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativo a impostos, taxas ou contribuições, *só poderá ser concedido mediante lei específica*, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima

enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g (Constituição Federal, grifos nossos).

Art. 97. *Somente a lei pode estabelecer:*

[...] VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e *extinção de créditos tributários*, ou de dispensa ou redução de penalidades (Código Tributário Nacional, grifos nossos).

A lógica não é outra, é a mesma, apenas resta modificada. A racionalidade impera e tende a reescrever os preceitos empregados desde sempre. E a tributação não poderia ficar alheia ao pós-modernismo legal. A transação é possível no direito tributário, e a ordem pública pode utilizá-la, em atendimento dos seus mais nobres interesses e finalidades.

O escritor italiano Luigi Pirandello, eternizou que:

Quando um personagem nasce, adquire imediatamente tal independência inclusive do seu próprio autor, que pode ser imaginado por todos em tantas outras situações em que o autor não pensou inseri-lo, e, às vezes, pode adquirir também um significado que o autor jamais sonhou em dar-lhe! (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.80).

Marco Aurélio Greco (2011, p.16) nos adverte que o debate tributário, por tudo que significa, e por tudo que se tornou, deixou, a muito, de ser um debate meramente formal. A dúvida não reside em saber se há ou não prevalência da substância sobre a forma, uma vez que a coexistência entre ambos os caracteres se faz imperiosa. “Não se trata de sobre+por, mas de com+por valores. A grande questão que agora se põe é de saber quais os parâmetros e critérios a serem adotados nesse novo contexto em que a substância é tão importante quanto a forma”. A propósito, também citamos a lição repassada por Melissa Folmann (2006, p.75), consoante a qual “o interesse público não se encontra mais ideologicamente em patamar de supremacia em relação ao privado, pois existe uma complementaridade, haja vista que princípios não podem pressupor hierarquia, no máximo entram em ponderação no caso concreto”.

Fábio Brun Goldschmidt (1999) encadeia pensamento em torno do qual defende que o Direito Tributário, em nenhum momento, implanta novos contornos ao instituto da transação. O admite e, portanto, a ele se refere, mas não mutaciona a prática. É o que afirma o autor. Na verdade, o código Tributário Nacional, quando o menciona o faz de forma bastante breve, limitando-se a reverberar que é sim maneira de se extinguir

o crédito tributário, frisando o dito pela Lei Civil, ou seja, que põe termo ao litígio e se efetiva mediante concessões mútuas. A diferença - e eis a chave para toda a celeuma - é que o artigo 171 declara ser imprescindível lei autorizativa. Por conseguinte, reconhece o autor a possibilidade da prática transacional e mais, até mesmo na esfera administrativa, uma vez que, consoante seus argumentos, a ordem seria a de evitar a continuidade dos litígios, quaisquer litígios.

Sobre isso, ou seja, acerca da possibilidade da fase transcorrida perante o Executivo igualmente poder aproveitar-se da prática transacional, o mestre Paulo de Barros Carvalho (2005, p.466) diz:

[...] Agora, divergem os autores a propósito das proporções semânticas do vocábulo *litígio*. querem alguns que se trate de conflito de interesses deduzido judicialmente, ao passo que outros estendem a acepção a ponto de abranger as controvérsias meramente administrativas. Em tese, concordamos com a segunda alternativa. O legislador do Código não primou pela rigorosa observância da expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema. O diploma legal permissivo da transação trará, certamente, o esclarecimento desejado, indicando as autoridades credenciadas a celebrá-la.

Vitttorio Cassone, por seu turno, tece o comentário definitivo: “De regra, a receita pública não pode ser objeto de transação, levando-se em conta o estabelecido pelo § 6º do art. 150 da Constituição [...]. Essa disposição, em interpretação *contrário sensu* e sob certos aspectos, poderia levar ao entendimento de que a transação em matéria tributária não seria permitida”. Mas não se encontra “dispositivo exposto proibitivo na Constituição Federal, motivo pelo qual entendo que a transação tributária pode ser instituída através de lei, observando princípios constitucionais a ela aplicáveis [...]” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, 220-221).

Quer dizer, sintetizando, a simples procura por um dispositivo que vete o emprego da transação em temas tributários não encontra resultado. Temos que prestar atenção, pois o direito público não o proíbe. Ao contrário, o que ocorre é justamente que o Código Tributário Nacional arrola essa prática dentre os procedimentos admissíveis para extinção de um direito, qual seja o crédito tributário. E, conforme o raciocínio daquele autor (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008), já existe uma permissão legislativa nesse sentido. Senão, vejamos o que ele nos apresenta.

Surge no artigo 131, da Constituição Federal:

Art. 131. A Advocacia-Geral é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial ou extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. [...]

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 73/1993 disciplina: “Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] VI – desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”. A Lei nº 9.469/1997 é outra que, ao tratar justamente do inciso acima referido, permite a prática: “Art. 1º. O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.0000,00 (cinquenta mil reais) [...]” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, 223-224). O texto do artigo 7º, do Decreto federal nº 2.344/1997, é uma reprise desse artigo 1º da LC nº 9.469/1997, mas, em seu § 2º, ressalva que “não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União e às de natureza fiscal” (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 59-60).

No tocante à Previdência Social, a Lei nº 8.213/1991, ao reger acerca dos planos de benefícios, estabelece: “Art. 132. A formalização de desistência ou transigência judiciais, por parte do procurador da Previdência Social, será sempre precedida da anuência, por escrito, do Procurador-Geral do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS [...]”. Ainda remete-se à Portaria AGU nº 109/2007, que, lastreada no art. 4º daquela mesma Lei Complementar nº 73/1993, e no art. 2º, do Decreto nº 4.250/2002, nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, Lei nº 10.259/2001, autoriza os representantes judiciais da União e das Autarquias e fundações a transigir, deixar de recorrer, desistir do recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido, de acordo com as condições legais (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, 223-224).

Destarte, como se compreende da leitura dos parágrafos antecedentes, o ato do agente estatal compor, pela via transacional, um litígio envolvendo direito público não é algo estranho à legislação brasileira. Pode-se, então, vislumbrar que a transação, em nível do Código Tributário Nacional, diverge da liberdade e da informalidade

conferida em sede do Código Civil. Grife-se: “diverge”, mas não se exclui o emprego, o qual se viabiliza em face de uma nova moldagem, vez que o artigo 109, como abordado, é “lei sobre como fazer lei”. Porém o artigo 171, do Código Tributário Nacional, nesse intuito, pede uma legislação específica. E isso carece de análise detida. Eis o que se inicia.

4.1.2 A transação em matéria tributária e o princípio da legalidade

Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, brilhantemente lapidou que “a liberdade é o direito de fazer aquilo que as leis permitem” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.952). Com esse primado em mãos, e após a averiguação da compatibilidade entre a transação do direito privado e a indisponibilidade do direito público, estabelecemos o objetivo desse item, qual seja a investigação sobre como o princípio da legalidade afeta e restringe a adoção da prática transacional nos ditames tributários.

O princípio da legalidade é fundamental à manutenção do Estado de Direito (MELLO, 2008; MEIRELLES, 2009), tendo surgido a partir das atividades relacionadas à tributação. No passado, constituiu defesa dos súditos contra a voracidade arrecadatória dos impérios. Dessa forma, a exigência de se cobrar impostos apenas com supedâneo em lei atravessou os tempos, e, nos dias atuais, insurge como regra a limitar as ações governamentais e a proteger os aspectos mais intrínsecos à cidadania (GRECO, 2011). “A par do princípio da igualdade, o da legalidade assume papel de absoluto destaque em sociedades organizadas, influenciando em todos os ramos do direito positivo” (CAIS, 1996, p.32).

O inciso I, do artigo 150, da Constituição Federal, estabelece a “legalidade estrita”, onde se determina que “é vedado à União, aos Estado, ao Distrito Federal e aos Municípios, exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça”. É este verdadeiro “princípio de reserva absoluta da lei”, impondo-se que a norma oriunda de qualquer uma das pessoas políticas dotadas do poder de tributar deve trazer os elementos para a identificação do fato impositivo (KFOURI JR., 2010), “o que veda o emprego da analogia, pelo Poder Judiciário e da discricionariedade, pela Administração Pública, na solução de conflitos” (CAIS, 1996, p.35). Com isso, se exige que os atos e

procedimentos tributários, adotados e seguidos pelo Fisco e pelo Judiciário, devem ser previstos, regulados e consentidos pela lei. “Em razão desse princípio da indisponibilidade o Supremo Tribunal Federal já assentou que o poder de transigir ou de renunciar não se configura se a lei não o prevê (*RDA*, 128:178) [...]” (GASPARINI, 2007, p.18).

A Fazenda Pública deve velar pela arrecadação do Estado. Aplica, diante de um caso concreto, o que resta legalmente prescrito. Ruy Barbosa Nogueira (1990, p.311) nos ensina que “assim como vige o princípio *nullum tributum sine lege scripta* para proteção do crédito tributário, na extinção continua vigendo o correspondente princípio de que não há extinção sem previsão legal”. Nesse paradigma, para ganhar o mundo real, a transação tributária deverá ter base legal específica, com plena delimitação da materialidade e do procedimento a ser empregado, afora a discriminação da abrangência de suas implicações, apresentando uma ritualização compatível com os processos tributários vigentes, quer administrativo ou judicial, apenas se admitindo sua aplicação nos casos em que esteja realmente uma discórdia instalada, afastando-se a versão preventiva.

No Recurso Especial 85.984-5-RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda no longínquo ano de 1977, o Relator do processo, Ministro Cordeiro Guerra, assim entendeu:

Acresce a isso, que o perdão da dívida é de setembro de 1974, f.114, e a ação fiscal de 1972, e, assim, para que pudesse por termo ao litígio seria necessário celebrar *transação* de litígio e, conseqüentemente, em extinção do crédito tributário, como dispõe o art. 171 do CTN.

Não tendo havido *transação*, a remissão da dívida, simplesmente administrativa, ainda que válida, não importou em transação capaz de pôr fim ao litígio.

Nada impede, porém, que face ao acórdão, a autoridade administrativa competente autorize a transação que ponha fim à execução – art. 171 do CTN, e art. 1025 do Código Civil. (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.224, grifos nossos).

De fato, não se modifica o instituto da transação na natureza, na sua definição, mas sim nas exigências extraordinárias feitas para que sua aplicação, na arena tributária, logre êxito. Afinal, essa é uma solicitação do próprio texto do artigo 171, que,

literalmente, para permiti-la, ordena: “a lei pode facultar” (*caput*) e “a lei indicará a autoridade competente” (parágrafo único) (MACHADO, 2010).

Os artigos 141 e 142 do Código Tributário Nacional sublinham a exigência de observância aos ditames da lei:

Art. 141. O *crédito tributário* regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos *casos previstos nesta Lei*, fora dos quais não podem ser dispensadas, *sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei*, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa *constituir o crédito tributário pelo lançamento*, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. *A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória*, sob pena de responsabilidade funcional (grifos nossos).

Em suma, como o tributo acha-se preso à legalidade estrita, diante da indisponibilidade dos bens públicos, não se vislumbrando margem discricionária que permissione ao Fisco a discussão de valores, inadmissível será, portanto, falar-se em transação, quiçá em arbitragem, e sua premente tentativa de solucionar contendas em juízo privado, uma vez que ao Estado não é facultado escolher forma de tutela diferente da determinada em lei.

É o que parte da doutrina alega, desaprovando a prática transacional, deixando-a a deriva no grande mar tributário, e “condenando o instituto a um triste exílio” (GOLDSCHMIDT, 1999, p.62). “Com efeito, o instituto há de corresponder a alguma finalidade pública, em direção à realização de algum valor consagrado pelas normas do sistema, sob pena de ser considerado inócuo, sequer havendo de se cogitar do mais acerca dele” (GALINARI, 2006).

Não obstante, o princípio da legalidade, limitador da transação no âmbito tributário, falece em outra vertente, e por uma simples constatação: a edição de uma lei, que venha a permitir essa prática nas matérias tributárias, resolveria tudo, pois a indisponibilidade dos bens da Fazenda Pública não necessariamente importa em total exclusão da viabilidade jurídica de negociar sobre eles, desde que haja autorização legal

para a Administração assim proceder (BALEEIRO, 2005; MACHADO, 2010; DIFINI, 2008).

Na conceituação de Aurélio Pitanga Seixas Filho (1996, p.18), “a vinculação legal da função fiscal não impede, entretanto, que o legislador deixe à autoridade fiscal, em algumas fases do procedimento administrativo fiscal, a liberdade de escolher, entre algumas alternativas legítimas, qual a ação que deve ser adotada no momento oportuno e conveniente”. Até porque, “o princípio da legalidade no Direito Processual Civil adquire tamanha relevância que tem motivado a alteração de pensamentos sobre a natureza jurídica do direito processual, que não vem sendo entendido como instrumento técnico, porém, fundamentalmente, ético [...]” (CAIS, 1996, p.37).

Ora, a transação não é instituto que não tenha sido enxertado no Código décadas depois de sua elaboração; é sim disposição originária do CTN, que veio à luz juntamente com todos os outros dispositivos que nele se inserem, e com um propósito específico. Se o legislador originário o admitiu é porque pretendeu excepcionar o princípio da indisponibilidade. Parece ser um pouco forte pretender simplesmente ignorá-lo, como um filho espúrio, com base em dispositivos que se positivaram juntamente com ele, e que ostentam a mesma hierarquia (GOLDSCHMIDT, 1999, p.57).

Sobrepujado mais esse obstáculo, cogente se faz perquirir sobre os motivos determinantes da inserção da transação no projeto inicial do Código Tributário Nacional, além do modo como devem ser interpretados os dispositivos tributários abrangidos, de maneira que a configuração ideal seja alcançada.

4.1.3 As razões da presença da transação no Código Tributário Nacional

Na aplicação da lei à realidade, o operador do direito pode, diante da dificuldade interpretativa, buscar os fins sociais e os valores que lastrearam a edificação da norma em questão. O ato de interpretar jamais deve abrir mão do estudo do momento histórico que ocasionou a mudança legislativa. É de Miguel de Cervantes a belíssima frase a pontuar que “a história é a mãe da verdade, êmula do tempo, depositária das ações, testemunha do passado, exemplo e anúncio do presente, advertência para o futuro” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.630). Vejamos o que há para se falar.

Ives Gandra da Silva Martins, em parecer de sua autoria, relatou o seguinte:

Quando os pais do direito tributário – juristas de escol, todos eles – elaboraram, a partir do anteprojeto de Rubens Gomes de Sousa e das discussões no Instituto Brasileiro de Direito Financeiro – hoje ABDF – a minuta do projeto levado ao Congresso Nacional, relatado por Aliomar Baleeiro, entenderam que, para dar agilidade à cobrança dos créditos tributários nas hipóteses de inadimplemento do devedor por falta de liquidez ou outro motivo relevante, a transação seria caminho. Tal instituto facilitaria, de um lado, o rápido recebimento dos pretendidos créditos e, de outro lado, a não inviabilização da atividade do pagador de tributos, que não teria suas atividades ou profissão atingidas por uma imediata despatrimonialização ou interferência no seu dia-a-dia funcional (MARTINS, 2007, p.77-78).

Houve a preocupação governamental, em idos de 1960, em rever os métodos e os meios de cobrança do passivo fiscal federal, de maneira que as “reformas de base”, impulsionadas pelos militares, tiveram origem na alteração da estrutura arrecadatória do Estado. Prevalencia o entendimento de que o Fisco Federal não funcionava conforme as necessidades do país. “O próprio Ministro da Fazenda na época estimava que seria possível, apenas com a melhoria da administração fazendária, sem qualquer mudança nos tributos, arrecadar adicionalmente, no mínimo, valor equivalente a 2/3 da receita estimada para 1963” (VARSANO, 1996, p.7). Precisava-se inflar as receitas disponíveis para a União, e a maneira encontrada foi a edição de um Código Tributário que modernizasse a estrutura de todo o sistema, tornando-o expressão maior dessa vontade (OLIVEIRA, 2010).

Tendo ensejado a edição do Código Tributário Nacional, a supramencionada reforma encontrou no jurista Rubens Gomes de Souza seu maior expoente. A fundamentação que ele utilizou para implantar a transação no direito tributário brasileiro adveio na justificativa de que a prática já era autorizada, há mais de uma década, em sede de execução fiscal federal, consoante o artigo 23, da Lei nº 1.341/1951 (CHRISPIM, 2009). “Sobre esta lei, disse o professor [Rubens Gomes de Souza]: ‘é uma medida necessária quando se verifique que a Fazenda poderá perder parcialmente o processo, a fim de evitar a demora, pagamento de custas etc.’” (GOLDSCHMIDT, 1999, p.59).

Art. 23. Salvo quando autorizados pelo Procurador Geral, os órgãos do Ministério Público da União *não podem transigir*, comprometer-se, confessar, desistir ou fazer composições.

Parágrafo único. *Sempre que julgarem conveniente*, deverão representar confidencialmente ao Procurador Geral para que este [sic], opinando a respeito, *obtenha do poder competente a necessária autorização para transigir*, confessar, desistir ou fazer composições (Lei nº 1.341/1951, grifos nossos).

Porém, não se tem como negar que houve, inicialmente, certa resistência à adoção da transação em matize tributário. As mudanças, facilitadas pelo período de exceção democrática, eram grandes, contudo não admitiam tamanha liberalidade com o direito público. As coisas tinham um limite. Posição que o próprio autor do Anteprojeto do Código Tributário Nacional manteve enfaticamente, até que, em 1967, quando veio a integrar a comissão responsável pela relatoria do “Modelo de Código Tributário para América Latina”, proposto pela OEA, Organização dos Estados Americanos, e pelo BID, Banco Interamericano de Desenvolvimento, mudou o entendimento e assinalou esse instituto como uma das formas ideais de extinção do crédito tributário (CHRISPIM, 2009).

Anna Carla Duarte Chripim (2009, p.78) pontua: “Neste sentido, vale reconhecer que o argumento de que a noção de transação em si é antitética ao conceito de tributo foi derrubado pelo Rubens Gomes”. Negociar para arrecadar mais e melhor pareceu, naquele momento histórico, ser uma proposta interessante. Daí que a inserção da possibilidade da prática transacional não se deu por acaso, mas visou, sim, o desenvolvimento posterior de um meio alternativo ao judicial, predisposto ao Estado, na execução dos créditos fiscais.

Portanto, a presença do inciso III, do artigo 156, e do *caput* artigo 171, na Lei n. 5.072/1966, a instituir o Código Tributário pátrio, atendeu a esses imperativos de fomento à arrecadação da Fazenda Nacional, na medida em que se fez crer que:

[...] o instituto da transação traz inequívocos benefícios à administração pública, sobre não inviabilizar o pagador de tributos, sendo o principal deles a imediatez na recuperação de recursos, o que, de outra forma, seria de difícil obtenção, em razão do exercício do direito de defesa pelo contribuinte, na esfera administrativa e judicial (MARTINS, 2007, p.78).

Com a moldura estabelecida, sob os auspícios de expressões como “a lei pode facultar”, o legislador, propositalmente, inseriu a transação no rol dos métodos extintivos do crédito tributário. O artigo 171 fez a ponte entre a vontade da lei e a

realidade, ao deixar para que uma lei específica, a versar sobre o tema, e exauriente quanto a tudo que lhe dissesse respeito, viesse a permitir a plena aplicação das “concessões mútuas” ao cotidiano da Administração Fazendária. Segundo esse raciocínio, o que vetaria a transação na área fiscal seria, exclusivamente, a ausência de legislação autorizativa competente a discipliná-la. E, sem que tenhamos percebido, avançamos mais ainda.

4.1.4 Regulamentação da prática transacional em Direito Tributário: lei complementar geral e lei ordinária específica

Permitindo-se abrir mais uma janela argumentativa, para uma dúvida sempre que se menciona qualquer proposta de transação tributária, dado o reconhecimento da precisão de uma norma a autorizar o procedimento extintivo do crédito fiscal, indagando-se: a competência seria de lei complementar ou ordinária?

Cassone (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008) é quem nos socorre, interpretando o problema a partir do que sucedeu com o Código Tributário Nacional, que editado na década de 1960, como lei ordinária, fora recepcionado pela Constituição de 1988, como se lei complementar o fosse, ocorrência que, no entendimento desse autor, permitiria a convivência de leis ordinárias, de cada uma das pessoas de direito público interno, com um regramento maior e genérico, a abranger todo o território nacional. Essas legislações infraconstitucionais, e independentes entre si, não poderiam ultrapassar os ditames de uma lei complementar geral a operar em nível federal. Com isso, a transação, prevista no Código Tributário Nacional, há 47 anos, estaria devidamente regulamentada e apta a ser aplicada e gerar efeitos. E essa lei complementar não destinaria competências materiais, verificado que essa é uma atribuição exclusivamente constitucional, motivo pelo qual não seria o Código Tributário Nacional o maior empecilho à transação tributária, mas sim a Carta Magna.

O artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, é expresso ao determinar que “cabe à lei complementar [...] estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre [...] obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência [...]”. O que leva ao raciocínio de que seria preciso um dispositivo que trouxesse as diretrizes gerais, os princípios basilares, aptos a conferir máxima eficácia, algo que

venha a adequar e normatizar a transação ao sistema tributário constitucional vigente, permissionando aos entes federados legislar e manejar o instrumento jurídico inovador predisposto, dentro de suas respectivas atribuições, com objetivos previamente traçados, a atenuar a discricionariedade, em face de situações peculiares de cada caso em concreto, o que evitaria questionamentos judiciais futuros sobre a transação realizada. “Assim, entre as interpretações possíveis, parece-me ser essa a que melhor se coaduna com a natureza jurídico-tributária que a Carta da República outorgou à norma geral tributária” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.225).

Na justificativa de sua explicação, Vittorio Cassone transcreve as ADIns nº 1.917 e nº 2.405, discutidas pelo STF, que passamos a expor:

EMENTA: CRÉDITO TRIBUTÁRIO – EXTINÇÃO. *As formas de extinção do crédito tributário estão previstas no Código Tributário Nacional, recepcionado pela Carta de 1988 como Lei Complementar. Surge a relevância de pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade considerada lei local prevendo nova forma de extinção do crédito tributário na modalidade civilista da dação em pagamento. Suspensão de eficácia da Lei Ordinária do Distrito Federal de nº 1.624/97* [ADI-MC nº 1.917-DF, STF, Pleno, Marco Aurélio, unânime, 18.12.1998, DJU, p.15, 19 set. 2003]

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar: L. estadual (RS) 11.475, de 28 de abril de 2000, que introduz alterações em leis estaduais (6.537/73 e 9.298/91) que regulam o procedimento fiscal administrativo do Estado e a cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública estadual, bem como prevê a dação de pagamento como modalidade de extinção de crédito tributário. I - *Extinção de crédito tributário, criação de nova modalidade (dação em pagamento) por lei estadual: possibilidade do Estado-membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários.* Alteração do entendimento firmado na ADInMC 1917-DF, 18.12.98, Marco Aurélio, DJ 19.09.2003: consequente ausência de plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais reguladoras dos modos de extinção e suspensão da exigibilidade de crédito tributário. II - *Extinção do crédito tributário: moratória e transação: implausibilidade da alegação de ofensa dos artigos 150, § 6º e 155, § 2º, XII, g, da CF, por não se tratar de favores fiscais. [...]* [ADI-MC nº 2.405-1-RS, STF, Pleno, relator Min. Carlos Britto, redator p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, maioria, DJU, p.54, 17 fev. 2006] (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.227, grifos nossos).

Para correta compreensão do que tratamos acima, Heleno Taveira Tôrres (2002, p.16), em brilhante artigo, recorda que a função de um código tributário é a “sistematização de todo o esquema dos procedimentos de tributação, a coordenação dos distintos tributos e a regulação dos direitos dos contribuintes”. As “normas gerais”, nesse campo, ao abranger determinados assuntos e conceitos, para além do que um

código desse tipo contempla, visa atender à judicialização de certos temas e às escolhas políticas realizadas em dado momento evolutivo. O legislador, então, ao julgar como válida a construção de um novo estatuto, fica preso a esse arranjo legal, onde o “produtor” de regras inovadoras deve obediência não somente à Constituição Federal, mas também às normas gerais dessa área. Fala ele sobre a expansão concêntrica da legislação, a propiciar segurança para os partícipes da relação jurídica tributária, garantindo à Fazenda Pública “certeza, celeridade e eficiência na percepção dos créditos tributários, e aos particulares, os meios necessários para que estes possam fazer valer os seus direitos” (TÔRRES, 2002, p.17). Abreviando, uma “norma geral” exerce a atribuição de “baliza da natureza do código”, agindo rumo à compreensão da sua ação em relação às demais leis e atos tributários.

E não é tarefa impossível se alcançar os raciocínios de Cassone e de Tôrres. Para tanto, temos que visualizar que, se pode a Administração conceder o “mais”, em casos envolvendo remissão, que é o “perdão do valor devido pelo contribuinte, de forma total ou parcial, sendo uma das formas de extinção do crédito tributário, já constituído por meio de lançamento” (KFOURI JR., 2010, p.236), porque seria vedado ao legislador, com a edição de uma lei, conceder o “menos”, o qual seria a autorização ao Fisco para negociar e abrir mão de relativa parcela do direito estatal ao crédito de que é titular, com a vantagem de receber, de imediato, o montante que restasse. O problema, nesse caso, não seria outro senão de sopesar se vale ou não a pena efetivar isso.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008), em respeitável posicionamento, externa atitude contrária à ideia. Adverte ele que se trata de hipótese absolutamente excepcional em direito público, pois não existe autonomia de vontade da parte de nenhum ente da federação para extinguir obrigação tributária sem supedâneo em lei que autorize especificamente a prática da transação. A discussão em torno da precisão ou não de lei complementar geral, para esse autor, é coisa menor, haja vista que é inadmissível que qualquer autoridade administrativa possa se utilizar de critérios gerais, abertos e, portanto, essencialmente discricionários, para acertar o término de um litígio executório fiscal, extinguindo, dispensando ou diminuindo crédito, conforme alto grau de liberdade que um texto legal por demais genérico, e, por que não dizer, irresponsável, pode vir a conferir, mesmo que em favor do Estado.

Ainda consoante ele, caso fosse possível que a Fazenda Pública tivesse poderes maciçamente gerais para transacionar, princípios administrativos importantes ao contencioso tributário, restariam irremediavelmente abalados e diminuídos. Subsistiriam notórios prejuízos à legalidade e à indisponibilidade dos bens públicos, sem falar na contrariedade a outros, como a impessoalidade, isonomia de tratamento, moralidade etc. (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008). Por conta disso, a opinião de Cassone sobre uma lei complementar federal, e a delegação legislativa para que estados, distrito federal e municípios, disciplinassem as condutas de suas procuradorias com essa finalidade, seria arriscado, uma vez que poderia conduzir o Fisco a uma atuação com excesso de discricionarismo e consequentes perdas econômicas.

Respeitamos cada uma das opiniões acima colacionadas, quais sejam as de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, adverso ao conceito de uma lei geral, e de Vittorio Cassone, favorável, mas é a posição assumida por Hugo de Brito Machado (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008) que “reluz na noite escura”. É esta, a nosso ver, a ideia mais acertada, à medida que chama o feito à ordem, pois, com a inteligência que lhe é peculiar, esse autor consegue encerrar a discórdia. Nas suas palavras, o caráter plenamente vinculado do agir da Administração tributária somente seria contrariado se a eventual lei ordinária atribuísse ao agente público, ou às autoridades que representam a Fazenda em juízo, competência para fazer transações. “Mas, neste caso, o defeito será da lei ordinária, e não do art. 171 do Código Tributário Nacional” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.114).

Compreende Machado (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008) que à uma lei complementar federal genérica não pode ser atribuída a responsabilidade pela transação tributária mal efetivada pelos demais entes federados. É em obediência a essa reflexão, que as leis ordinárias de estados, distrito federal e municípios não podem fugir aos preceitos da norma transacional geral, devendo estabelecer, em minúcia de detalhes, tudo o que possa regular a prática, no campo de seus poderes e competências, afastando o fantasma da livre autonomia funcional do Fisco e das Advocacias públicas, respeitando a legalidade no agir dos servidores estatais e a indisponibilidade do crédito tributário, de maneira que, se alguma discricionariedade restar, seja mais fácil o controle do ato que haverá de ser praticado, sempre no interesse da sociedade, diminuindo a litigiosidade, aumentando a arrecadação, pacificando as situações conflituosas, com economia de tempo e de recursos.

Carlos da Rocha Guimarães discorre:

Com efeito, para começar, mesmo as normas gerais, quando criam o direito, não o criam com total liberdade. Têm de criá-lo dentro das limitações impostas pela norma de grau superior. Assim, no desenvolvimento do que prescreve a norma superior, também as normas gerais de grau inferior são, dentro desses limites, meramente declaratórias. Quanto mais elevado é o grau de prevalência da norma, tanto mais poder criador tem ela; em contrapartida, tem menos objetividade, no sentido de ser mais abstrata e, portanto, menos concreta. À medida que descemos na gradação das normas, vai-se restringindo o campo de criatividade destas, e aumentando a sua particularização, de modo que podemos estabelecer, como corolário do princípio da pirâmide jurídica, que: o campo da criatividade da norma jurídica está na razão direta da sua maior generalidade e no universo da sua particularização. Assim, o próprio movimento de criatividade da norma jurídica, do geral para o particular, obedeceria ao movimento dialético hegeliano, pois conteria, em si, como contradição inerente à sua natureza, a sua própria destruição, diminuindo-lhe cada vez mais a capacidade criadora, a qual tenderia para o limite zero. A sentença, ponto final dos planos sucessivos da pirâmide jurídica teria, assim, a criatividade nula (GUIMARÃES, 1991, p.138).

É preciso compreender que a transação, para vingar em matéria tributária, há de ter um regime geral em nível federal, criador das diretrizes básicas acerca do que pode ou não ser realizado, efetivando o instituto, em primeiro lugar, para a União. Posteriormente é que, por via transversa, estados, municípios e distrito federal poderiam edificar suas próprias legislações ordinárias, presas às restrições e garantias da lei complementar maior e prevalecente sobre todas as demais, disciplinando apenas o que lhes dissesse respeito, constitucionalmente falando. Só depois disso tudo é que as respectivas autoridades fazendárias poderiam atuar. Nesse estratagema legal, a discricionariedade restaria, conforme se decrescesse nos patamares legislativos, devidamente tolhida, por leis cada vez mais específicas, reduzindo a possibilidade de desvios na finalidade maior da prática transacional, edificando o procedimento na segurança jurídica e no direito adquirido, e propiciando sensível ganho arrecadatório.

4.1.5 Economicidade e eficiência como princípios constitucionais legitimadores da transação tributária

Ao explorar a presença e a funcionalidade do instituto da transação no Código Tributário Nacional, deparamo-nos com dois princípios constitucionais

lastradores do modo operativo estatal, sobremaneira no momento em que o assunto é tributação, quais sejam os da “legalidade” e o da “indisponibilidade”. Estes, além de figurarem como obstáculo a essa prática negocial, delineiam toda sua aplicação, representando diretrizes maiores a serem seguidas pelo Fisco e pelo Judiciário, assumindo, portanto, ares de “freios” a toda e qualquer premente tentativa de efetivação de um caminho alternativo ao usualmente empregado nas cobranças e na extinção dos créditos fiscais.

Contudo, provado que é possível sim se falar em transação tributária, e tendo-se superado os óbices envolvidos, com a explicação dos parâmetros correlatos à matéria, entendemos que é alcançado o nível necessário para enveredarmos no estudo de outros dois princípios, também presentes na Constituição Federal, os quais, quer direta ou indiretamente, estão envolvidos na temática em voga.

André Gide dizia que “posso duvidar da realidade de tudo, mas não da realidade da minha dúvida” (BARELLI; PENNACCHIETTI, 2008, p.173). E a questão se resume no seguinte: por que deveríamos adotar um sistema de transação para discussão do passivo fiscal da União? Aí é que insurgem, no seio dos ditames da Constituição, os primados da “economicidade” e da “eficiência”, a reivindicar a adoção de atitudes que encaminhem nosso país para o futuro, em termos do aperfeiçoamento e da contínua melhora da Administração Pública.

O que serve ao indivíduo, na maioria das vezes, não atende aos preceitos do Estado. É um fato. São planos absolutamente divergentes. Haja vista que é na promoção da atividade econômica que podemos vislumbrar o quanto as finalidades das esferas privada e pública destoam uma da outra. O cidadão, em seu agir singular, procura sempre a obtenção da lucratividade e da liquidez, reunindo, nesse processo, ativos financeiros e bens em proveito próprio, em detrimento de todos os demais. Já o Poder Público, em quaisquer de suas ações ou atividades, opera de modo diferente, primando pelo que é precioso e conveniente para a sociedade, erigindo o ambiente propício ao alcance de uma vasta gama de casos de bem-estar, distribuindo as riquezas e promovendo o desenvolvimento da nação (FONSECA, 2005).

Desse paradoxo existencial é que sobressai o choque entre o que se pretende valorar, se o âmbito privado, com a grande “quantidade” de episódios de satisfação particular, face à plenitude de conquistas que cada um de nós pode alcançar, ou a esfera

pública, com a destinação de esforços à “qualidade” de vida da coletividade, possibilitando a realização das expectativas do maior número possível de pessoas. E isso não é tão simples de se equacionar ou resolver, como quer que venhamos a pensar a esse respeito (FONSECA, 2005).

Na doutrina, é João Bosco Leopoldino da Fonseca (2005, p.35-36) quem define o princípio da economicidade, ao descrever que “é o critério que condiciona as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos”. No pensar de De Plácido e Silva (2008, p.507), “economicidade é a relação entre custo e benefício a ser observado na atividade pública, posta como princípio, para o controle da Administração Pública”.

No rol das opções abertas, a “quantidade” e a “qualidade” interferem, e muito, nas decisões governamentais. É da ponderação a ser feita, dentre os julgamentos possíveis, que sobressai a melhor escolha, aquela que pode se tornar factível, conduzindo ao ato que deve ser praticado, em benefício da sociedade, e com economia para o erário. As ações desse porte não podem fixar o olhar somente no preço, mas igualmente tem que velar pelo resultado final, o que é um dos aspectos que elevam a primazia da relação estabelecida entre economia e direito.

Procurando, na nossa Lei Maior, pela palavra “economicidade”, a pesquisa resulta em apenas um único resultado, contido em seu artigo 70. Carreia esse princípio em seu texto como força motriz do Estado brasileiro para o cumprimento de suas atribuições. E é na gestão da máquina pública que se vê o quão necessária é a observância disso. Ao adquirir, comprar, investir, é este um importante regramento, visto que os recursos predispostos a cobrir os gastos com serviços públicos e infraestrutura, oriundos da arrecadação advinda da população, encerra patrimônio público essencial aos projetos nacionais.

Logo, a transação, no âmbito tributário, a partir do instante em que é devidamente instituída, atendendo à legalidade, e em acatamento aos limites da indisponibilidade, contribui positivamente para que o Poder Público chegue mais próximo a esse ideal, em que impera a “economicidade”, na medida em que comporta o emprego de uma ferramenta válida na redução dos custos envolvidos na execução fiscal administrativa e judicial.

Mas não apenas se reduz a litigiosidade, propiciando o descongestionamento dessa fase processual, como também se permissiona o recebimento do numerário a que o Estado tem direito. Resulta, após a explicação, o entendimento de que esse princípio figura como legitimador da mudança legislativa apta a regulamentar a prática transacional na área tributária, e a posterior adoção de um juízo arbitral, contribuindo para a solução dos problemas inerentes ao contencioso fiscal.

Entretanto, isso não é tudo, haja vista que, ao lado da economicidade, outro princípio, também presente na Constituição Federal, prevalece na opção pela transação e pela arbitragem na seara tributária, e este é o relacionado à “eficiência” do Poder Público.

De tempos em tempos, nosso país vivencia reformas administrativas destinadas a compatibilizar a máquina estatal às exigências e mudanças erigidas na contemporaneidade. Esforço legislativo esse que se destina a equiparar as diversas áreas do setor público aos reclames sociais e econômicos. Nesse processo, a Lei Maior tem seu texto adaptado às imposições da pós-modernidade global. Foi assim que sucedeu com a ascensão da “eficiência” a paradigma conceitual e, por que não dizer, existencial, do Brasil de uma nova era.

O Dicionário Houaiss conceitua “eficiência” como sendo a “capacidade de atingir o efeito esperado, da forma desejada” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2004, p.265). Contudo, é José Afonso da Silva (2009, p.671) quem bem a define, ao falar que: “Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa ideia muito geral, ‘eficiência’ significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado”.

E foi no vácuo de algo que pudesse vir a orientar o Poder Público para a consecução dos melhores resultados, com os meios escassos de que se dispõe, e ao menor custo, que a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, modificou o artigo 37 da Carta Magna, inserindo, em seu *caput*, a “eficiência” como mais um dos princípios que a Administração Pública deve observar em suas ações e atividades.

José dos Santos Carvalho Filho (2010) relata que, no projeto dessa alteração, à exposição de motivos, o legislador equiparou eficiência à “qualidade do serviço prestado”. Posicionamento correto, visto que a pretensão do governo, à época,

fora justamente a de assegurar maiores direitos aos cidadãos. E esse autor muito bem chama a atenção para o fato de que “não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários” (CARVALHO FILHO, 2010, p.31). Logo, se “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa [...]” (MEIRELLES, 2009, p.98). Não é a toa que é “conhecido entre os italianos como ‘dever de boa administração’” (GASPARINI, 2007, p.22).

Di Pietro (2008, p.79) nos leciona:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Moraes (2007, p.310) é categórico na afirmativa de que “o administrador público precisa ser ‘eficiente’, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado”, garantindo-se a rentabilidade social, ou seja, o retorno de tão altas expectativas coletivas. Até porque “a razão de Estado não deve se opor ao estado da razão” (Carlos V. BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.620). Muito embora Jessé Torres Pereira Júnior (1999, p.43) nos lembre de que “a Administração Pública não será eficiente ou ineficiente conforme haja ou não o princípio escrito na Constituição. O princípio existe na ordem jurídico-administrativa de qualquer Estado de Direito, quer figure ou não no texto constitucional”.

Marçal Justen Filho (2012, p.447) é quem põe em relevo que “não bastam honestidade e boas intenções para a validação de atos administrativos. Exige-se a solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista dos recursos públicos”. Na visão desse autor, toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável ao enfoque custo-benefício, havendo uma espécie de dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público (JUSTEN FILHO, 2012).

Porém, é Severini (2010) quem aclara ao enfatizar que uma atuação da administração pública é denominada “ineficiente” à medida que se apresenta em desconformidade com o princípio da eficiência. É simples assim. “Quando se mostra possível aumentar o grau de satisfação do interesse público sem que isso afronte os interesses privados dos administrados ou quando for possível aumentar o atendimento aos interesses dos administrados (ou reduzir a afronta a esses) sem que isso implique redução do grau de proveito da coletividade (interesse público)” (SEVERINI, 2010, p.197).

Por sinal, “na medida em que a realização da transação, no caso concreto, mostre-se mais eficiente instrumento ao alcance do bem comum que o exercício do poder de tributar, e desde que atendidos os requisitos legais aplicáveis, entendemos dever o agente administrativo propor ao contribuinte a adoção de tal alternativa” (SEVERINI, 2010, p.200). E a adoção de uma lei que viesse a regulamentar essa prática surtiria o efeito preconizado, diminuindo custos, solucionando conflitos e beneficiando a sociedade. Afinal “os princípios da boa governança transformam não somente as relações entre o legislativo, o judiciário e a administração, mas o bom funcionamento da máquina governamental como um todo” (FONSECA, 2005, p.67).

De posse desses posicionamentos, a transação de interesses, a partir do instante que se mostra apta a encerrar a execução litigiosa de um crédito tributário, atende plenamente aos princípios da economicidade e da eficiência da Administração Pública, haja vista que resolve dois problemas: a) propicia ao Estado receber o que lhe é de direito, e que necessita para cumprir suas atribuições, e b) pacifica a relação jurídico-tributária, concluindo, com êxito, demanda que onera ambas as partes envolvidas, satisfazendo ao Fisco e ao contribuinte. É a transação tributária, portanto, meio econômico e eficiente à resolução de controvérsias fiscais e à sensível melhoria na arrecadação.

4.1.6 A transação tributária é parte da solução ou do problema?

Não obstante ao que tudo o que anteriormente se falou, advertência há que ser feita. A transação em matéria tributária se aplica alternativamente, nunca podendo ser tida como principal e única forma de solucionar controvérsias fiscais. Dada a

excepcionalidade da prática, e constatado que a regra é o hodierno pagamento dos deveres fiscais, caso a Administração viesse a operar em sentido oposto, ou seja, resolvendo tudo por intermédio de negociações ou concessões, se correria o risco potencial de estimular a inadimplência dos contribuintes, uma vez que a quitação automática e voluntária em nada seria atrativa.

Explica-se: haveria incentivo indireto para que, antes de pagar, a pessoa procurasse transacionar a respeito do valor devido. E se a opção por isso lhe trouxesse algum prejuízo, seria, no mínimo, a obrigação de pagar o que a lei já determinava desde o início do processo. Um perigo para a conservação e entrega do numerário a que a Fazenda faz jus e merece receber.

Saraiva Filho (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.65) desenvolve o excêntrico pensamento:

Com isto, a lei estaria, perigosamente infirmada. A definição de tributo, do artigo 3º do CTN, se afastaria da concepção que a Constituição tem em relação a ele. Passaria o conceito de tributo a ser lido como: “Toda prestação pecuniária voluntária, em moeda, bens ou serviços, que não constitua sanção de ato lícito, como mero indicativo legal, mas decorrente imediatamente da negociação travada entre o Fisco e o contribuinte, e cobrado mediante atividade administrativa plenamente discricionária.

Por esta razão, a modalidade transacional de créditos tributários vencidos, não pagos, e em execução, deve ser vista com cuidado. Não é pelo mero reconhecimento da presença e da validade dessa prática no Código Tributário Nacional, confirmação essa que encerra etapa crucial à defesa do juízo arbitral na seara fiscal, que este trabalho de pesquisa permanecerá silente quanto aos riscos de uma irrestrita adoção de “negociatas” passíveis de serem concretizadas com direito público líquido e certo. Na colocação de Galinari (2006), é a transação uma forma de se personalizar o caso. Contudo, há que existir limites ao se tratar desigualmente os desiguais. Se pode ser considerado um crime continuar com um formato de processo executório fiscal ineficiente, pior é abrir mão do que se tem a receber. Não há dúvida disso.

Perseguindo esse assunto, três pontos requerem menção. Primeiramente, convém alertar que, da mesma forma que o instituto da transação não se confunde com parcelamento, aquele também não pode importar em renúncia fiscal. Hugo de Brito Machado assegura que o § 1º, do artigo 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei

Complementar nº 101/2000), não se aplica à prática transacional tributária (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008).

A abrangência do conceito de “renúncia fiscal” “compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação da base de cálculo que implique discriminação de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado” (§ 1º, do artigo 14, Lei de Responsabilidade Fiscal). Não se acha incluída nessa listagem a transação de interesse público, quer literal, quer na expressão “outros benefícios”. Em outras palavras, a transação de crédito tributário não está arrolada como causas de renúncia fiscal, aptas a deflagrar responsabilização estatal pelo acordo celebrado em desfavor do erário público. Mas destaque-se que isso só se dá dessa forma se o direito transacionado estiver dentro dos preceitos legais que instituir a transação (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008).

Tiago Vasconcelos Severini (2010) expõe que a finalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal é evitar que o agente público, no momento em que negocia com o particular, venha a transpassar a esfera da indisponibilidade do bem público, e, desse modo, venha a agir de maneira ineficiente. Desenvolve ele raciocínio diferente, mencionando que os empecilhos à renúncia de receita são exatamente os mesmos que permissionam a transação em matéria tributária. Daí que “a realização de transação em matéria tributária, adstrita aos limites impostos por seus requisitos de validade, quais sejam, aqueles delimitadores do âmbito de disponibilidade do poder de tributar [...], não implica qualquer violação à Lei de Responsabilidade Fiscal” (SEVERINI, 2010, p.202).

Ainda merece atenção a excessiva concentração de faculdades nas “mãos” da Administração Fazendária, a qual teria mais poder que o próprio Judiciário, “que, como é cediço, não pode agir, na prestação jurisdicional, como legislador positivo, mas só negativo” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.73). Maiores atribuições ao Fisco, com extensa discricionariedade para transacionar sobre créditos tributários e firmar acordos que importassem em conclusão de litígios administrativos ou judiciais, sintetizaria “uma espécie de delegação legislativa, praticamente em branco” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.73). Desta feita, as ressalvas precisam ser levadas em consideração nesse tópico, porquanto o Estado não pode sacrificar-se além do legalmente possível e do moralmente aceitável.

Em um segundo plano, é preciso mencionar que uma transação tributária irrestrita, universal, e sem marcações limítrofes bem delineadas pode ser igualmente nociva ao premente quadro de congestionamento e de baixa celeridade do processo de execução fiscal. Teria esta que ser realizada em pleno respeito à legislação, dado o risco de posteriores questionamentos judiciais poderem ser suscitados, caso decorra prejuízo para qualquer das partes. A precaução, nesse caso, haveria que ser redobrada para que o instituto não fosse desvirtuado em sua essência, com prejuízo para o Estado, para os contribuintes diretamente envolvidos, e para a sociedade como um todo, com o maior inchaço do Judiciário, dado o volume de ações a questionar sua efetivação.

Abrindo um terceiro viés de raciocínio, pode, também, o sujeito passivo, enquanto devedor em potencial e contumaz, inaugurar uma nova e arriscada fase de litigiosidade, enxergando, na persistência da situação de inadimplência, uma chance de pagar o que deve, quando quiser, ou como bem entender, e em melhores condições. Aconteceria que ao contribuinte nada custaria exaurir o lapso máximo de tempo da etapa administrativa, para, depois, postergar para além de qualquer limite imaginável a fase judicial, esquivando-se e aproveitando-se dos prazos e recursos que faria direito exercer, enquanto na posição de réu, com o único intuito de consumir a média dos oito anos auferidos pelo IPEA, sem contar os quatro anos “perdidos” perante a Fazenda Pública. Somente, então, com a resistência minada, e sem ter mais subterfúgios legais a empregar, resolveria aquele abrir-se ao diálogo, utilizando-se de uma lei que lhe faculte a aderência a uma transação de interesses com o Fisco, pagando e concluindo a demanda, com relativo desconto no montante total, gozando, ainda, de eventuais benefícios e facilidades asseguradas pela legislação pertinente. Sem receio de afirmar, poder-se-ia abrir, permanentemente, com a frequência de atitudes desse porte, as vias para uma outra oportunidade de rediscussões sobre os valores devidos e não pagos. Uma aberração jurídica nociva à arrecadação do Estado e capaz de distorcer completamente os fins precípuos da prática transacional.

O descrito no parágrafo acima não seria tão difícil assim de ocorrer. Das estatísticas apresentadas ao capítulo 3, denota-se, claramente, que o problema da fase executória fiscal, na Justiça Federal, tem causas diversas, as quais abrangem aspectos diretamente relacionados à ritualização de procedimentos contidos na Lei de Execução Fiscal, passando pelo tempo excessivo de certas fases judiciais, pelo congestionamento de ações pendentes de citação, pela ineficácia de providências simples, pela má gestão

de recursos humanos, chegando até a completa distância entre os valores cobrados e os efetivamente carreados aos cofres públicos. É a junção desses problemas que levou a execução fiscal a tornar-se verdadeiro dilema ao pleno funcionamento do Judiciário nacional.

Dessa maneira, ao inculcar na mente do contribuinte que a transação de dívidas fiscais seria um direito a ele atribuído, uma faculdade a ser exercida diante de uma demanda executória, tender-se-ia a agravar, para além do aceitável, a crise nessa órbita. Pois, certo da impunidade, uma vez que o componente pedagógico da tributação restaria afastado, o contribuinte não mediria esforços em ganhar tempo, levando ao crescimento exponencial do problema do congestionamento dessas ações.

Embora o que acabara exposto já seja deveras prejudicial, também podemos nos deparar com a figura da imposição de condições. Cumpre apenas pensar que, a Administração Fazendária, diante de um contribuinte devedor, na busca por abreviar o tempo da prestação jurisdicional, pode vir a querer ditar o que convém ao Estado, negociando em uma “via de mão única”, com restrição a concessões, levando ao desaparecimento do caractere identificante de qualquer transação, consoante a lei civil: consonância de vontades. A natureza contratual, com a liberdade tolhida, viria a desaparecer, com o negócio apenas interessando ao ente público, em evidente prejuízo ao contribuinte.

Nesse caleidoscópio, ter-se-á que ponderar que o Estado nunca perde, e que a abertura à cessão de direitos pode também conduzir, indiretamente, a uma tributação mais pesada em relação aos que não foram beneficiados com tal situação. Este seria um efeito colateral, dentre muitos outros, uma vez que, ao resolver os problemas da execução fiscal, o ente público visaria compensar a diminuição de receita com os acordos firmados, elevando as alíquotas de tributos ou reforçando a fiscalização. De toda forma, a coletividade é que acabaria arcando com o “peso” do novo instituto transacional do crédito tributário, em detrimento da minoria que dele se utilizasse.

Por tudo isso, a lei complementar geral que venha a autorizar a transação tributária para a Fazenda Nacional deve ser bem pensada e redigida, de maneira a abarcar e prevenir todos esses casos e efeitos negativos, mas completamente inerentes à prática, quando mal conduzida e efetivada.

Acerca desse risco, Cledson Moreira Galinari (2006) antevê que:

Entretanto, forçoso reconhecer que na transação tributária não se renuncia ao crédito, mas à incerteza, que é substituída pelo consenso. O que é incompatível com este instituto é a certeza da arrecadação independente dele. A transação tributária deve ter lugar, portanto, quando o crédito, ou seu recebimento, de outro modo forem incertos. Pois nesses casos o consentimento reduz significativamente os riscos. Quando, porém, estes riscos não são consideráveis, não deve haver transação. Em termos práticos, não há falar em transação se o lançamento se encontra baseado em fatos robustamente comprovados e dificilmente contrastáveis, e em entendimento dominante na Jurisprudência, ou em disposição literal de lei. Ela deve ter lugar quando o crédito é duvidoso, baseado em presunções passíveis de contraprova factível, ou em fatos apenas parcial ou fracamente inferidos, e/ou em entendimento que contraria parcela significativa da Jurisprudência, ou que requer esforço de argumentação para convencer de sua legalidade. Enfim, a administração tributária, dado o destino de grande parcela dos lançamentos que efetua, pode trocar a incerteza de um crédito maior, por um crédito menor, porém certo. Este último é irrenunciável, enquanto aquele pode ser transacionado.

Logo, mediante o exposto, alcançamos o entendimento de que a transação tributária, para que ganhe vida e persista inquebrantável, deve velar pelos seguintes pontos: a) mediante prévia autorização legal, haja vista a necessidade de amplo disciplinamento do que pode ou não ser negociado e pactuado pela autoridade competente, perante critérios e limites estabelecidos, em pleno respeito aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, até porque tal dispositivo, não tem nenhuma outra limitação, senão de natureza legislativa; b) no que diz respeito ao discricionarismo administrativo empregado, este terá, obrigatoriamente, de encontrar previsão normativa estrita quanto às condições, requisitos, formas de exercício, conveniências, oportunidades e consequências do seu exercício, minando a liberdade da Fazenda e quaisquer rediscussões posteriores sobre o acordo realizado; c) concretiza-se em face de um conflito instaurado, afastando-se a modalidade preventiva, ou seja, somente pode ser celebrada para terminar litígio administrativo ou judicial em curso; e d) o principal efeito da transação é o extintivo, quando efetiva e totalmente observada, o que retira o nome do contribuinte devedor do rol da dívida ativa e, conseqüentemente, impede o prosseguimento da execução fiscal, até como garantia de segurança jurídica, impedindo ulteriores rediscussões (DIFINI, 2008; MARTINS, 2007; SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008; MACHADO, 2010).

André Martins de Andrade recorda que “a transação em matéria tributária, há longo tempo utilizada pelo fisco dos países economicamente mais desenvolvidos, sempre constituiu tema delicado no âmbito dos países com menor grau de desenvolvimento” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.365). Quando se observa a tributação, sob o ângulo do crescimento econômico, é fácil constatar que o atingimento de um patamar satisfatório de bem estar coletivo não pode fugir à equidade e à eficiência na atuação da Administração Fazendária.

Cobrar o que o Estado tem direito, consoante regras claras e justas, mas, sobremaneira, eficazes e céleres, integra os esforços para a construção de um cotidiano jurídico dotado das requeridas equidade e eficiência. Enfim, “a transposição ao Direito Público de um instituto nascido e desenvolvido no âmbito do Direito Civil pressupõe a existência de um marco civilizatório em relação ao Estado Democrático de Direito” (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p.365). Economias pungentes têm mais recursos para evitar desvios de finalidade e combater eventuais malefícios oriundos de distorções decorrentes do emprego inadequado do instituto da transação tributária, ao passo que países pobres, ou com uma cultura jurídica não tão fortalecida, podem vislumbrar os efeitos nocivos desse sistema de negociação, com problemas variados, como corrupção e perda de recursos.

Mas, de tudo que fora discutido, chega-se à conclusão de que a transação de questões envolvendo tributos e deveres fiscais representa forma sofisticada de convivência entre as partes, na medida em que o alcance da pacificação social é muito mais visível no diálogo que na imposição. Regina Helena Costa (2009, p.265) reconhece que é “autêntico instrumento de praticabilidade tributária, por vezes a transação revelar-se-á mais vantajosa ao interesse público do que o prolongamento ou a eternização do conflito”.

Portanto, em nosso entendimento, integra ele o rol das soluções, e não dos problemas, se bem que é necessária cautela em sua adoção, até porque persistir um modelo que não funciona refoge a qualquer lógica. Custoso e demorado, o processo de execução fiscal, erigido pela Lei nº 6.830/1980, não atende mais às expectativas, quer de contribuintes, quer do Fisco, tampouco se enquadra aos parâmetros da modernidade legal, onde o fator tempo se faz presente.

A crise na jurisdição e as dificuldades vivenciadas no sistema tributário nacional conduzem a sociedade a clamar pela repaginação do modo como são tratados os problemas fiscais. A transação de controvérsias desse tipo, no instante em que o litígio não se revele economicamente viável e, portanto, inapto a satisfazer ambas as partes, parece uma saída que o Estado tem o dever de pensar em adotar no cumprimento de seu mister em arrecadar mais e melhor.

Por fim, o estudo “Brasil 2022” arquiteta que, ao completar 200 anos de independência, em nosso país, “o sistema tributário cumprirá sua função de forma progressiva, fazendo com que a contribuição de cada um corresponda à sua capacidade econômica. O Brasil em 2022 terá deixado de ser um dos países mais desiguais do mundo” (BRASIL, 2010a, P.59). Será apenas um sonho? Cremos que não. E o aperfeiçoamento das formas arrecadatórias e de cobrança do crédito tributário integra esse esforço.

4.2 Viabilidade jurídica para a efetiva implementação da arbitragem em seara tributária em nosso país

Sun Tzu legou à história o ensinamento de que “o essencial na guerra é a vitória, e nunca as prolongadas operações” (TZU, 2002, p.38). Prestemos bastante atenção a esse mandamento: o importante é vencer! Conhecemos o problema, entendemos sua gravidade, desconfiamos das suas causas, sabemos quais são os seus protagonistas, deparamo-nos com suas vítimas, assistimos, passivos, ao prejuízo ocasionado. Agora, perguntamos: a quem pode interessar o atual modelo de execução fiscal? Difícil de responder? O mundo, na atualidade, impõe a velocidade. O direito dos nossos dias não admite a perpetuação de situações indefinidas. O Estado necessita de eficiência e efetividade em suas decisões e atitudes. A sociedade cansou e exige respeito como usuária que é da Justiça. Desta feita, porque não mudar? Porque não permitir que a arbitragem integre o elenco dos meios predispostos à solução de uma situação absurda dessas? Alguns dirão que é incompatível, outros que é inadmissível. Porém, quem é que terá coragem de tentar explicar o porquê de uma ou de outra coisa? John Locke afirmava que “as novas opiniões são sempre suspeitas e geralmente opostas, por nenhum outro motivo além do fato de ainda não serem comuns” (BARELLI;

PENNACCHIETTI, 2001, p.6). E se a arbitragem for realmente possível na área tributária? Precisamos começar a pensar a esse respeito.

Quando, nesta dissertação, falamos sobre a transação em matéria tributária, superamos parcela da dificuldade em relacionar direito privado com o direito público. Vale destacar: tão somente uma parte do desafio. Entretanto, ao avançarmos ainda mais na tentativa de trazer a arbitragem para a esfera estatal, confrontar-nos-emos com problemas teóricos e procedimentais tão relevantes quanto, haja vista que o ato de “negociar” o crédito tributário nunca encontrou a devida guarida, tampouco posicionamento pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Logo, ao ponderarmos acerca do que seria vir a estabelecer a possibilidade de um julgamento paraestatal para demandas desse porte, com sentença final oponível ao Judiciário, é que temos a real dimensão do trabalho a ser efetivado.

No entanto, seguimos presos ao título da dissertação, e ao objetivo proposto quando do início da pesquisa, qual fosse a de estudar a possibilidade da arbitragem surgir como alternativa aos litígios tributários, face à transação e aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Encerramos, por aqui, com a sucinta, mas não menos relevante ou necessária, apresentação de como o juízo arbitral pode vir a chegar à seara fiscal.

Para tanto, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro e Leonardo Freitas de Moraes e Castro (2009), acertadamente, abordam o problema sob uma dupla óptica, a saber: a) o reconhecimento da “arbitrabilidade subjetiva”, encerrada no descrito pelo artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, o qual assevera que “as pessoas capazes poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios” e b) a distinção entre interesses públicos “primários”, promoventes e concretizadores de valores maiores, eleitos pela sociedade como um todo, e “secundários”, relacionados aos interesses patrimoniais do Estado ou de suas entidades correlatas.

Primeiramente, na percepção desses autores, o centro gravitacional da polêmica está na liberdade de escolha, ou, melhor colocando, em sua ausência, uma vez que a Lei de Arbitragem faz menção explícita à precisão de que o assunto a ser tratado extrajudicialmente verse acerca de “direitos patrimoniais disponíveis”. Mas, não há entrave, nem sequer a fixação de limites para que diversas pessoas, quer físicas ou jurídicas, quer públicas ou privadas, assim procedam. “Bastaria, nos dizeres da lei, que a

pessoa fosse capaz” (MONTEIRO; CASTRO, 2009, p.62). Nesse caso, a legalidade, enquanto princípio a ser velado pela Administração Pública em suas ações e decisões, não implicaria em obstáculo impeditivo, na medida em que solicita apenas que a pretensão do ente estatal se prenda à vontade realmente manifestada na legislação.

Dito isto, precisamos explicar e, também, compreender o que é, ou deixa de ser, a arbitralidade objetiva e a subjetiva. No contexto do nosso estudo, é José Maria Rossani Garcez (2007) quem bem as distingue. Segundo ele a primeira diz respeito à matéria em discussão, ou seja, se é a própria lei, ou a jurisprudência dominante, que, de forma “objetiva”, determina o que pode ou não ser realizado pela arbitragem, proibindo-se que certos assuntos sejam resolvidos por esse juízo paraestatal. Há, no texto legal, permissão ou proibição para que a arbitragem surja como um meio de solução de dada demanda. Já quanto à segunda característica, o conceito prevalecente é o da possibilidade ou não de exercício de um direito. A “subjetividade” é dominante, já que uma opção haverá que ser feita, um rumo terá que ser seguido. É a preferência por algo alternativo que impera.

E, rememorando a lição de Pontes de Miranda, Garcez (2007) ainda finca entendimento em torno de que a “arbitrabilidade subjetiva” de uma questão cinge-se, especificamente, ao direito ser passível ou não de transação. Figueira Júnior (1999) é outro autor que rememora o peso que a transacionabilidade possui frente à liberdade requerida pela arbitragem, chegando mesmo tal doutrinador a salientar, em dado momento, que se deveria falar em direito transacionável, ao invés de disponível. Com isso, divisamos que a volitividade, aspecto prevalecente do juízo arbitral, está vinculada à patrimonialidade e ao fato de um bem poder ser negociado, em um sistema de concessões mútuas. Daí que a transação de interesses acha-se na base fundante do “transporte” do juízo arbitral para a seara tributária, uma vez que é a faculdade prevista no Código Tributário Nacional, em seu artigo 171, que “abre” a estrada para esse destino.

Tornando ao mote da legalidade, Kaline Ferreira Davi (2007) leciona que certos administrativistas defendem, já há certo tempo, a necessidade de substituição desse princípio por uma versão de juridicidade administrativa, consentâneo do sistema constitucional vigente, rejeitando a “ideia meramente formal de direito e justiça, para adotar como pilar básico da vinculação administrativa, a Constituição” (DAVI, 2007, p.229). Em sua explicação, busca-se acentuar a prevalência dos direitos fundamentais

para a sustentação da democracia, o que significa que as regras a serem observadas pela Administração Pública têm raiz comum e irrenunciável da Constituição Federal. A lei é importante sim, porém a “eficiência”, por ser um ditame imposto ao Estado em suas atividades, deveria referenciar uma mudança de postura, agindo na opção por uma maneira que se revelasse mais efetiva na solução de controvérsias, desonerando o Poder Judiciário de determinadas contendas, aliviando sua sobrecarga de trabalho, e permitindo que a atenção estatal se voltasse à satisfação dos indivíduos e da sociedade.

Monteiro e Castro (2009) externam posicionamento semelhante ao de Davi (2007). Consoante eles, em citação a Arnaldo Wald e a Gustavo Binbenjorn, “o entendimento inflexível que defende a integral e estrita vinculação dos atos do Estado e de entes públicos à norma posta - a que se dá o nome de legalidade administrativa – encontra-se em estágio de relativa defasagem” (MONTEIRO; CASTRO, 2007, p.64), pois, reconhecido que a lei foi, no passado, um freio às arbitrariedades e, atualmente, restringe a discricionariedade, diante do fenômeno pós-modernista, se sugere uma mudança de postura. Afinal, a aplicação literal da norma não encontra a devida guarida nos conceitos de razoabilidade, na proporcionalidade e na celeridade, os quais “batem à porta” da Administração Pública. Seria a correta e justa ponderação entre os princípios e as regras o paradigma da inédita revolução, “com o objetivo de se permitir optar pelas vias mais favoráveis ou menos gravosas à sociedade sobre um caso concreto” (MONTEIRO; CASTRO, 2007, p.64). Portanto, a validade de atos ou contratos administrativos não mais estaria adstrita à simplória verificação de existência de lei autorizativa. Ter-se-ia, antes de tudo, que levar em consideração “o fato de a conduta do administrador público estar ou não em consonância com o sistema normativo criado pela Constituição Federal” (MONTEIRO; CASTRO, 2007, p.65).

Logo, o artigo 1º, da Lei de Arbitragem, ao contrário de funcionar como barreira, implicaria em autorização genérica para utilização do juízo arbitral por quem quer que seja, incluído aí o Estado, suprindo as exigências do princípio da legalidade, com lastro em preceitos constitucionais superiores, “independente ou para além da lei” (MONTEIRO; CASTRO, 2007, p.68). Estar-se-ia, desse modo, colocando as coisas em seus devidos lugares, com a racionalidade fazendo voz, exigindo-se que a Administração Pública siga a Carta Magna, e seu desejo de infligir “eficiência” e “economicidade” às práticas estatais, em benefício da coletividade.

Retornamos, como sempre, após esse debate, ao que restara demasiadamente explicado no tocante à transação tributária, ou seja, que a edição de uma lei complementar geral a esse respeito integraria os esforços em trazer para o julgamento privado as demandas executórias fiscais da União que se adequassem ao que o legislativo assim o fixasse como interessante de ser retirado das arenas judiciais, primando por princípios administrativos e constitucionais superiores.

Em segundo lugar, no concernente à “capacidade”, o Estado pode comprometer-se em convenção arbitral e submeter-se à arbitragem, com duas observações: a) enquanto empresa ou sociedade de economia mista que explora atividade econômica, e b) referentemente a direitos disponíveis (SACAVONE JÚNIOR, 2010; GARCEZ, 2004).

Por conseguinte, é óbvio que a Administração, atuando no mercado em equiparação aos protagonistas particulares, ao firmar contratos e parcerias diversas, assina e pactua cláusulas arbitrais, até como exigência para que possa adquirir, arrendar, repassar propriedades diversas, perseguir e obter lucro. “Na medida em que são equiparadas pelo Código Civil às pessoas jurídicas de direito privado, quando exercem atividades típicas do direito privado e assumem a estrutura de direito privado, submetendo-se ao mesmo regime das empresas privadas” (SCAVONE JÚNIOR, 2009, p.44).

A viabilidade do Estado negociar direito público, assim como a celeuma sobre a indisponibilidade, ou não, do crédito tributário foram oportunamente enfrentadas no item 4.1.1 supra relacionado, uma vez que, permitindo-se a transação, baseada em concessões mútuas, nada mais impediria que uma sentença arbitral viesse a extinguir o processo de execução de dado crédito tributário. Destarte, espera-se, que, para a meta preestabelecida quando da proposta desse labor acadêmico, bastem as informações e a reflexão daquelas páginas.

Luiz Antônio Scavone Júnior (2009, p.44-47), traz, em apoio à sua colocação, trechos de relatório redigido pelo Ministro Luiz Fux, em certo processo, enquanto ainda integrante do Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção, AgRg no MS 11.308/DF, j. 28.06.2006, DJ 14.08.2006), os quais merecem a devida reprodução neste trabalho. Vejamos o que ele diz especificamente ao emprego desse método paraestatal: “Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como antes é

recomendável, posto que privilegia o interesse público” (SCAVONE JÚNIOR, 2010, p.45). Observe-se que uma espécie de “princípio maior” rege a lógica de se efetivar maneiras alternativas de julgar no trato de controvérsias envolvendo o Estado, e esse é aquele que sentencia que o Poder Público deve ser eficiente, econômico e célere. Talvez por que a paralisia do Judiciário, já abordada na dissertação, colida, ou mesmo invalide, essa finalidade. E o referido jurista, utilizando-se dos ilustres pensamentos de Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, ainda pontua que: “Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração” (SCAVONE JÚNIOR, 2010, p.46).

Resumindo, como a transação acha-se presente, e é plenamente possível de ganhar realidade na área tributária, a edição de lei específica a tratar desse assunto permitiria a ascensão de uma forma alternativa e extrajudicial como a arbitragem, a depender apenas da vontade da Administração Pública em assim proceder, mediante norma específica, regulamentando as balizas e o alcance que tais julgamentos teriam na solução das lides fiscais. Por fim, Monteiro e Castro (2009) repisam que a arbitragem evita que contenciosos fiscais, generalizados e massivos, persistam a “emperrar” a Justiça, desafogando a estrutura desse Poder, e “fornecendo maior técnica às decisões proferidas e, por vezes, inclusive diminuindo custos” (MONTEIRO; CASTRO, 2009, p.87). E, por tudo isso, a arbitragem pode vir sim a ser utilizada no deslinde de litígios tributários. É a resposta às dúvidas. É a conclusão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Leo Szilard, físico húngaro, redator da carta que Albert Einstein enviou, em agosto de 1939, a Franklin Delano Roosevelt, recomendando a construção da bomba atômica pelos Estados Unidos, em memorável diálogo com Hans Bethe, físico norte-americano, deixou para a história a seguinte passagem:

- Vou escrever um diário com a única finalidade de manter Deus informado sobre os fatos - disse, uma vez, Leo Szilard para seu amigo Hans Bethe.
- Mas Deus não conhece os fatos? - Perguntou-lhe o amigo admirado.
- Conhece sim - respondeu Szilard -, mas não a minha versão dos fatos⁴.

O trabalho que, nestas “considerações”, encontra seu epílogo, é o resultado de uma pesquisa concretizada rumo a abrir a discussão sobre como tornar factível a arbitragem em matéria tão sensível e delicada como é a tributária. Seu foco, preso ao desbravamento da estrada para a efetivação disso, passou, basicamente, pela análise do problema e pela construção da transação fiscal, o que, ao nosso, ver, é o meio oportuno de trazer esse juízo extrajudicial à fase executória dos créditos tributários que o Estado faz jus. E esta é “a minha versão dos fatos”.

Vislumbra-se uma crise jurisdicional que prejudica a todos, consoante o primeiro capítulo. Revela-se que o Judiciário não atende, com as requisitadas celeridade e efetividade, ao pleito social pela pacificação dos seus conflitos. E o Poder Público, detentor de grande parcela de culpa pelo quadro desenhado de ineficiência em seus julgamentos, acaba como vítima das situações que ele próprio criou, em um passado não muito distante. Pois, estruturalmente abalada, a Justiça, face aos seus intrínsecos e inconciliáveis dilemas, galgou ao patamar de amarra ao desenvolvimento de um meio melhor de resolução de conflitos.

A redefinição dos conceitos e das formas de se efetivar a cobrança de créditos tributários devidos e não adimplidos tornou-se assunto prioritário, haja vista o exagerado número de processos desse tipo, os quais aumentam a notória letargia da Justiça Federal, piorando, e muito, a prestação do serviço judicial à população, que,

⁴ Disponível em: <http://www.ohomemhorizontal.blogspot.com.br/2007/04/leo-szilard-leo-szilard-1898-1964-fisico.html>. Acesso em: 12 abr. 2012 (adaptado).

assisti, incrédula, demandas que, por vezes, demoram muitos anos para encontrar deslinde satisfatório, como amplamente explicado ao terceiro capítulo.

Por isso, o estudo revelou-se atraente e, sobretudo, essencial. A inserção da transação de dado crédito fiscal, como maneira de encerrar litígio nessa área, foi, quando da redação do Código Tributário Nacional, uma salutar medida. E a verticalização teórica e procedimental aqui realizada prova que é possível negociar, abrir-se ao consenso com o cidadão-contribuinte, minimizando custos, representando economia para a Fazenda Nacional e para o Judiciário Federal, aperfeiçoando o relacionamento com as pessoas integrantes desse sistema, quer passiva ou ativamente consideradas.

A arbitragem, apresentada enquanto instituto jurídico no segundo capítulo, traduz um método extrajudicial, mas, também, encerra uma técnica jurídica das mais modernas. Suas vantagens são muitas, assim como as desvantagens. Porém, é este juízo privado uma chance de retirar demandas repetitivas e infrutíferas de um Poder julgador que já peca por sua demora prestacional e pela onerosidade excessiva, características que não se coadunam com o momento histórico pós-moderno.

O esforço redacional prendeu-se a meta de propor uma ideia e permitir que essa viesse a ser corretamente desenvolvida, o que se declara, desde já, não foi nada fácil. E quem disse que seria? Afinal, querer reformar tudo é tarefa das mais árduas. Mas uma certeza tende a resistir diante de um empreendimento desse porte, qual seja a de que, perseguindo o intento renovatório, algumas coisas precisam ser simplesmente “postas ao chão”. Apresentamos o problema. Discutimos a arbitragem. Trabalhamos com a desmistificação de que os princípios da legalidade e da indisponibilidade funcionariam como amarras ou empecilhos. Criamos a base preparatória da transação de interesses. E, em conclusão, dedicamos poucos, porém esclarecedores parágrafos, acerca da viabilidade da prática arbitral ser utilizada pela Administração Pública.

Não obstante, os objetivos primordiais foram atingidos. A mera leitura corrobora que nunca arrefeceu a busca obstinada em assegurar a qualidade dos materiais coletados e das referências colacionadas. O comprometimento era para com o leitor. E, se “não se diz nada que já tenha sido dito antes” (Terêncio. BARELLI; PENNACCHIETTI, 2001, p.411), ao menos confiamos ter contribuído com a discussão. É o que pôde ser feito. É o que se pode esperar. É aquilo com o quê se pode sonhar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rayana Lins; BATISTA, Jéssica de Araújo. Reflexões críticas acerca da arbitragem no anteprojeto do novo código de processo civil. **Direito e-nergia**. Ano III. v. 1. Jan./jun. 2011.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de. **As faces ocultas da justiça: contradições, equívocos, mitos e realidade**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

AUSTER, Paul. **A trilogia de Nova York**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. n.11. Salvador: Instituto de Direito Público, set./out./nov. 2007.

AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 11 mar. 2013.

BARELLI, Ettore; PENNACCHIETTI, Sergio. **Dicionário das citações: 5000 citações de todas as literaturas antigas e modernas com o texto original**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARROS, Humberto Gomes. Execução fiscal administrativa. **Revista CEJ / Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários**. Ano XI. n.39. Brasília: Conselho da Justiça Federal, out./dez. 2007, p.4-9.

BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesse. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.733, p.11-23, nov. 1996.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELO, Duína Porto. A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça. **Revista direito e desenvolvimento**. Ano 1. n.2. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, jul./dez. 2010a, p. p. 55-68.

BELO, Duína Porto. **O princípio da razoável duração dos processos administrativos relativos aos atos de concentração no Sistema Brasileiro de defesa da Concorrência**. Orientador: Rodrigo Toscano de Brito. Co-orientadora: Maria Luiza Pereira Alencar Mayer Feitosa. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa, 2010b.

BEZERRA, Paulo César Santos. Acesso aos direitos e à justiça: um direito fundamental. **Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia**. Homenagem ao professor Nelson Sampaio. Salvador-BA: a Instituição, n.14, p. 49-69, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, Ano 28, n.57, p.131-151, dez. 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista diálogo jurídico**. n.15. Salvador: Instituto de Direito Público, jan./fev./mar., 2007.

BRASIL. **Brasil 2022: trabalhos preparatórios**. Brasília: Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, 2010a.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: Anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010b.

Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 29 maio 2013.

BRASIL. **Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: www.planalto.gov.br/cciv/il_03/leis/L9307.htm 1/9. Acesso em: 02 fev. 2011.

BRUNO, Susana. **Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 2.ed. Coleção estudos de direito de processo. v.22. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil: volume 1**. 18.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CASSONE, Vittorio. Transação, conciliação e arbitragem no âmbito tributário: confronto entre os princípios constitucionais aplicáveis. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Veloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.217-297.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. **Arbitragem**. 1.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio, 2013. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/ARBITRAGEM%202013.1.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2013.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Transação tributária no paradigma do estado democrático de direito socioeconômico cultural: o tênue limite entre a afronta ao**

dever fundamental de pagar tributos e a mutação da legalidade estrita rumo à juridicidade consensual dialógica. Orientadora: Flávio Couto Bernardes. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011a. Disponível em: www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_exec_fiscal_dpj.pdf. Acesso em: 22 mar. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inter-relações entre o processo administrativo e judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa: relatório final.** v.1. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Conselho Nacional de Justiça, 2011b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Judiciário brasileiro.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes>. Acesso em: 27 mar. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama do acesso à Justiça no Brasil, 2004 à 2009.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011c. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf. Acesso em: 30 jun. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório sobre o seminário justiça em números 2010.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011d.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e código tributário nacional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Furtado. Arbitragem: duplicidade de caminhos para o exercício da jurisdição. **Revista IOB de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, Ano 11, n.63, jan./fev. 2010.

CUNHA, Luciana Gross [et.al.]. **Relatório ICJ Brasil – Índice de Confiança na Justiça no Brasil: 1º Trimestre de 2012**. 4ª onda. Ano 3. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo, 2012a.

CUNHA, Luciana Gross [et.al.]. **Relatório ICJ Brasil – Índice de Confiança na Justiça no Brasil: 2º e 3º Trimestre de 2012**. 1ª e 2ª ondas. Ano 4. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo, 2012b.

DAVI, Kaline Ferreira. Solução de litígios pela administração pública sem intervenção do judiciário. **Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia**. Homenagem ao professor Nelson Sampaio. Salvador-BA: a Instituição, n.15, p. 223-234, 2007.

DAVIES, Paul. Esse fluxo misterioso. **Scientific American Brasil**. São Paulo: Duetto, 2002, p.54-59.

DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. 3.ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 2º volume: teoria geral das obrigações**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

FERNANDES, Sofia. Ibama gasta mais do que arrecada com cobrança de infrações. **Folhaonline – Jornal Folha de São Paulo**. 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1014287-ibama-gasta-mais-do-que-arrecada-com-cobranca-de-infracoes.shtml>. Acesso em: 24 jun. 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública: relatório final da pesquisa**. São Paulo: USP – Universidade de São Paulo, CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2009.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9307, de 23.09.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FOLMANN, Melissa. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GALINARI, Cledson Moreira. Transação tributária: abordagem principiológica e pragmática da transação tributária. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/47466,1>. Acesso em: 13 ago. 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADR'S., mediação, conciliação e arbitragem**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. Arbitragem e transação tributária - verificação de compatibilidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 48, p.47-64, set. 1999.

GOMES, Marcus Lívio. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho? **Revista CEJ / Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários**. Ano XIII. n.45. Brasília: Conselho da Justiça Federal, abr./jun. 2009, p.86-101.

GRECO, Marco Aurélio. Crise do formalismo no direito tributário brasileiro. **Revista da PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. v.1. n.1. jan./jun. 2011. Brasília: Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, 2011.

GUARACY, Thales. **Máximas: para os negócios e sua vida pessoal**. São Paulo: Negócio Editora, 2001.

GUIMARÃES, Almir Ribeiro. **No jardim da sabedoria: pensamentos e mensagens para todos os momentos**. 12.ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. A norma e a sentença. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 15.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2000.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS [org.]. **Minidicionário Houaiss**. 2.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004

IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012.

IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011b. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012.

IPEA. **SIPS – Sistema de Indicadores de Percepção Social: Justiça**. Brasília: Governo Federal, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011a.

JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio**. 2.ed. São Paulo: Ática, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2012.

KALINSKIBAYER, Alex. Arbitragem e jurisdição. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo, Ano 6, n.19, p.296-312, jan./mar. 2003a.

KALINSKIBAYER, Alex. Arbitragem e jurisdição. **Revista de direito internacional e econômico**. Porto Alegre: Síntese/INCE, v.1, n.2, jan./mar., 2003b, p. 33-47.

KFOURI JR., Anis. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LACOMBE, Rodrigo Santos Masset; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: MP Editora, 2005.

LESSA, Flávio Romero de Oliveira Castro. Breves considerações acerca da viabilidade de se utilizar a transação no Direito Tributário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1752, 18 abr. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11169>. Acesso em: 17 jul. 2008.

LIMA, Djalba. Comissão de juristas apresentará proposta de modernização da Lei de Arbitragem em seis meses. **Portal de notícias do Senado Federal**. Brasília: 2013. Disponível em: www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/03/comissao-de-juristas-apresentara-proposta-de-modernizacao-da-lei-de-arbitragem-em-seis-meses. Acesso em: 08 abr. 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Veloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.111-135.

MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v.2. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luis Guilherme. **Procedimentos especiais – Curso de processo civil**. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Transação tributária realizada nos exatos termos do artigo 171 do Código Tributário Nacional – inteligência do dispositivo – prevalência do interesse público em acordo envolvendo prestação de serviços e fornecimento de material – rigoroso cumprimento da legislação complementar federal e municipal – opinião legal. **Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas**. Porto Alegre: Magister; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, Ano 1, n.3, p.73-81, jul./ago. 2007, p.77-78.

MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Veloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.15-42.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Carlos Francisco Lopes Melo. Execução fiscal administrativa à luz da Constituição Federal. **Revista da AGU – Advocacia-Geral da União**. Ano X. n. 31. Brasília-DF, jan./mar. 2012, p.109-142.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Balanço geral da União**. Brasília: Ministério da Fazenda; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; Departamento de Gestão da Dívida Ativa da União; Coordenação-Geral da Dívida Ativa da União, 2009.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Balanço geral da União**. Brasília: Ministério da Fazenda; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; Departamento de Gestão da Dívida Ativa da União; Coordenação-Geral da Dívida Ativa da União, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Estudo sobre execuções fiscais no Brasil**. São Paulo: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. **Revista de arbitragem e mediação**. Ano 6. n. 23. out./dez. 2009. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Comparado - Editora Revista dos Tribunais, p.60-88.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário: primeiro volume**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. **Revista magister de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Magister, Ano 3, n.12, p.27-36, maio/jun. 2006.

MOURA, Giedre. Sem toga: sistemas alternativos de acesso à Justiça crescem no país. **Desafios do desenvolvimento**. Ano 4, n.31. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, fev. 2007, p.22-28.

NOGUEIRA, Alberto. **O devido processo legal tributário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à lei de execução fiscal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PALONI, Nelson Alexandre. Irrecorribilidade das sentenças arbitrais. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo, Ano 3, n.10, p. 375-390, out./dez. 2000.

PAULA, Marcos Aurélio Borges de. Por um direito tributário *justo, seguro e eficiente* (parte II). **Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas**. Porto Alegre: Magister; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, Ano 3, n.12, p.30-51, jan./fev. 2009.

PEREIRA, Micheli. O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro. **Constituição, economia e desenvolvimento: revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2010, n.2, jan./jun., p.52-85.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Dívida ativa da União: evolução no relacionamento com os órgãos de origem**. Brasília: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, 2013. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/ementario-da-dau/Evolucao%20no%20relacionamento%20com%20os%20orgaos%20de%20origem%20-%20Revisado.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2013.

RIBEIRO, José Aparecido Carlos; LUCHIEZI JÚNIOR, Álvaro; MENDONÇA, Sérgio Eduardo Arbulu. **Progressividade da tributação e desoneração da folha de pagamentos: elementos para reflexão**. Brasília: IPEA: SINDIFISCO: DIEESE, 2011.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista IOB de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, Ano 11, n.63, jan./fev. 2010, p. 80-92.

SAGAN, Carl. **Contato**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SANTANA, Alexandre Álvaro. A reforma processual sob o prisma de um “novo” preceito constitucional (*razoável duração*) e a concepção sincrética do processo. **Revista magister de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Magister, Ano 6, n.29, p.77-82, mar./abr. 2009.

SANTOS, Reginaldo Souza. **Keynes e a proposta da administração política para o capitalismo: uma crítica aos pressupostos da externalidade do Estado e da crise fiscal**. São Paulo: Hucitec, 2010.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SEVERINI, Tiago Vasconcelos. Interpretação justa e transação tributária. **Revista SJRJ**. v.17. n.28. Rio de Janeiro, 2010, p.185-204.

SHOR, Jacqueline. **Mil beijos em frases**. v.2. São Paulo: Nobel, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: aspectos gerais da Lei nº 9307/96**. 2ª ed. São Paulo: J.H. Mizuno, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Da função à estrutura. **Revista magister de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Magister, Ano 5, n. 22, p.5-16, jan./fev. 2008.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Autmediação: uma proposta para a solução ética de conflitos. **Revista magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor**. Porto Alegre, Ano 1, n.2, p.36-46, abr./maio 2005.

SIMÃO, Edna. Apesar dos programas de parcelamento, dívida ativa da União sobe 13,4% em 2011. **Valor econômico**. São Paulo, 21 mar. 2012. Disponível em: <http://www.valor.com.br/login?destination+/brasil/2579792/apesar-dos-programas-de-parcelamento-divida-ativa-da-uniao-sobe-134-em-2011>. Acesso em: 25/02/2013.

SINGER, Peter. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza; VIOLA, Rafael; DONEDA, Danilo. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio, 2013. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/DIREITO%20DAS%20OBRIGACOES%20E%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%202013-1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2013.

STOLZE, Pablo. **Novo curso de direito civil, volume II: obrigações**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Mito, utopia e realidade: superando os empecilhos à efetividade do modelo processual trabalhista contemporâneo. **Revista magister de direito trabalhista e previdenciário**. Porto Alegre: Magister, Ano 6, n.31, p. 21-35, jul./ago. 2009.

TÔRRES, Heleno Taveira. Funções das leis complementares no sistema tributário nacional – hierarquia de normas - papel do CTN no ordenamento. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n°. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 set. 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TZU, Sun. **A arte da guerra**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

VARSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas: texto para discussão nº 405**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1996.