

TATHIANE DOS SANTOS PISCITELLI

PROFESSORA DA FGV DIREITO SP. DOUTORA EM DIREITO PELA USP

PRISCILA FARICELLI DE MENDONÇA

ADVOGADA. PROFESSORA DO GVLAW. MESTRE EM DIREITO PELA USP.

ANDREA MASCITTO

ADVOGADA. PROFESSORA DA EPD E DA REDE LFG. VICE-PRESIDENTE JURÍDICA ADJUNTA DA CCBC. MESTRE EM DIREITO PELA PUC-SP.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O DIREITO TRIBUTÁRIO

LIMITES E DESAFIOS

[PROPOSTA DE PESQUISA]

SÃO PAULO, AGOSTO DE 2017

I. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

A crise do Poder Judiciário é tema recorrentemente enfrentado em trabalhos científicos¹ e na imprensa especializada². Não raro, cogita-se do elevado custo da atividade jurisdicional, somado ao crescente número de processos em tramitação e a morosidade decorrente do tempo médio de duração dos processos para justificar a ineficiência do Poder Judiciário e a necessidade de se construir alternativas à prestação jurisdicional.

O relatório “Justiça em Números”³ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) corrobora essas afirmações. No ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário⁴ somaram R\$ 79,2 bilhões⁵ (equivalente a 1,3% do PIB nacional)⁶; as despesas com pessoal são responsáveis por 89% desses gastos⁷. No mesmo período, os cofres públicos receberam, em decorrência da atividade jurisdicional, cerca de R\$ 44,7 bilhões – o que representa um retorno de apenas 56% das despesas efetuadas, mesmo com o maior montante aferido na série histórica desde 2009⁸.

¹ Entre outros, destaque-se o Estudo sobre Execuções Fiscais no Brasil, promovido pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, com apoio do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciária (CEBEPEJ), São Paulo, 2007, o estudo do IPEA sobre o Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal publicado pelo IPEA e CNJ em Brasília, 2011 e o Relatório “Justiça em Números” realizado pelo CNJ.

² Conforme divulgou a ouvidoria do CNJ em 2014, a morosidade do Judiciário foi a principal reclamação recebida no período (disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>).

³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> e <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf>

⁴ Excluídos os dados do STF e do CNJ.

⁵ Os gastos com recursos humanos são responsáveis por 89% da despesa total. Os demais 11% são referentes às despesas de capital e outras despesas correntes. Dados obtidos em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>.

⁶ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. P. 33. “No ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7% e, considerando o quinquênio 2011-2015, um crescimento médio na ordem de 3,8% ao ano. Essa despesa equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios ou a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 387,56 por habitante, com tendência de crescimento. (...). Os gastos com recursos humanos são responsáveis por 89% da despesa total (...)”.

⁷ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. P. 35. “Um olhar mais detalhado para esta rubrica permite verificar que 95% dos gastos destinam-se ao custeio de magistrados e servidores ativos e inativos (incluindo remuneração, proventos, pensões, encargos, benefícios e outras despesas indenizatórias), 4,1% a gastos com terceirizados e 0,85% com estagiários (...). A despesa média mensal do Poder Judiciário foi de aproximadamente R\$ 46 mil por magistrado, R\$ 12 mil por servidor, R\$ 3,4 mil por terceirizado e de R\$ 774 por estagiário, no ano de 2015. (...)”

⁸ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. P. 34. “Apesar da expressiva despesa do Poder Judiciário, os cofres públicos receberam em decorrência da atividade jurisdicional,

Do ponto de vista da demanda, o estudo do CNJ revela que o estoque de processos no Poder Judiciário vem aumentando progressivamente desde 2009, ainda que o número comparativo de processos baixados e novos, nos termos da metodologia do relatório, seja quase sempre equivalente. Em 2015 são 74 milhões de processos; um crescimento acumulado no período de 19% (9,6 milhões de processos a mais que em 2009). Apenas para atender ao estoque hoje existente seriam necessários aproximadamente 3 anos de atividade dos magistrados e servidores, observando-se os níveis de produtividade atuais.

Relativamente ao tempo de duração de um processo, a despeito da apresentação de ressalvas de cunho metodológico, o relatório do CNJ confirma a percepção geral da morosidade do Judiciário: processos de execução da Justiça Estadual duram em média 9 anos. A situação se agrava quando se fala da execução do julgado: a despeito de se tratar de mera concretização do direito já reconhecido, as taxas de congestionamento⁹ são bastante altas: 51,9% do acervo de processos pendentes no final de 2015. As execuções fiscais são as maiores responsáveis por esses percentuais elevados: representam 39% do total de casos pendentes e sua taxa de congestionamento é de 91,9%¹⁰. De outro lado, como o índice de atendimento a demanda na fase da execução fiscal é de 95,6%, entram mais processos do que o número absoluto de baixados a cada ano, resultando em um cenário ainda pior (2,7 milhões de novas execuções fiscais em 2015).

Esses dados são suficientes para ilustrar a crise estrutural do Poder Judiciário, e especialmente, sua conjuntura no âmbito do direito tributário. O fato de as execuções fiscais apresentarem índice de 91,9% de taxa de congestionamento já justificaria a necessidade de se ponderar acerca de métodos alternativos de resolução de controvérsias em matéria tributária.

durante o ano de 2015, cerca de R\$ 44,7 bilhões, o que representou um retorno da ordem de 56% das despesas efetuadas. Esse foi o maior montante aferido na série histórica do septênio (...)

⁹ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. P. 12. “o congestionamento processual revela apenas o percentual de processos iniciados em anos anteriores e que ainda não tiveram soluções”.

¹⁰ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. P. 63. “de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2015, apenas 8 foram baixados”.

Some-se a esses elementos o fato de que a efetividade da solução através das ações executivas fiscais sequer é satisfatória. Um estudo realizado pelo IPEA¹¹, em parceria com o CNJ, aponta que apenas três quintos dos processos vencem a etapa de citação e, dos 2,6% de casos em que se chega a leilão para adjudicação de bens, somente em 0,2% há efetiva satisfação do crédito.

Além disso, um estudo já antigo, porém ilustrativo dos pontos aqui tratados, divulgado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, mostra que, durante o ano de 2011 recuperou-se via cobrança judicial apenas 1,37% do valor total inscrito em dívida ativa¹². Nessa mesma linha, estudo do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) feito para o Ministério da Justiça em 2007, com apoio do Banco Mundial, já indicava que a arrecadação decorrente de execuções fiscais não atingia 1% do estoque da dívida ativa dos diversos entes federados¹³.

De outro lado, ainda o IPEA, também em 2011, realizou uma pesquisa sobre o custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal¹⁴. Nas conclusões, aponta que, considerando tão somente a máquina judiciária, ou seja, excluindo-se a remuneração dos advogados públicos, o dispêndio da União com uma execução fiscal chega a R\$ 4.368,00 – números de 2011, reitere-se. Tal valor foi obtido pelo custo ponderado da remuneração dos servidores em face do tempo operacional das atividades efetivamente realizadas, considerados o tempo em que o caso fica parado e também a mão de obra indireta.

O cenário não é diferente se considerarmos as classes de ação em que o contribuinte ingressa contra a Fazenda Pública. Como regra, as partes deparam-se com a morosidade do Judiciário em solucionar as controvérsias jurídicas em jogo, tornando ainda mais ineficaz o eventual recebimento de valores pela Fazenda. Veja-se, por exemplo, a questão envolvendo a

¹¹ Relatório final da pesquisa Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal realizado pelo IPEA em parceria com o CNJ, disponível em repositório on-line, pelo Link: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf

¹² A PGFN em números, disponível em www.pgfn.gov.br/noticias/PGFN%20Em%20Numeros%20-%202011.pdf, acesso em 20.03.2012.

¹³ Estudo sobre Execuções Fiscais no Brasil, promovido pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, com apoio do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciária (CEBEPEJ), São Paulo, 2007

¹⁴ Relatório “Comunicado do IPEA de nº 83” publicado mediante parceria com o CNJ em Brasília, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf

constitucionalidade do crédito-prêmio de IPI: o debate surge com o advento da Constituição Federal de 1988, e, apenas 2013, o Supremo Tribunal Federal pôs fim à discussão relativa à validade do benefício.¹⁵ Tomemos também o recente julgamento no Supremo sobre inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS: o recurso foi distribuído em 1998 e a tese firmada definitivamente apenas em 2017; ou seja, aguardou por quase vinte anos julgamento pela Corte Constitucional. Dados do Supremo Tribunal Federal¹⁶ mostram que, em 2017, 8,68% das demandas daquele tribunal eram tributárias¹⁷ - número evidentemente considerável.

Considerando todas essas dificuldades, uma alternativa à resolução de controvérsias entre Fisco e contribuinte seria o uso do contencioso administrativo – como é sabido, o processo administrativo tem lugar nas hipóteses de discordância do contribuinte quanto ao tributo lançado como resultado de procedimento de fiscalização prévio.

Contudo, essa mesma crise estrutural que aflige o Judiciário também pode ser observada no âmbito dos tribunais administrativos. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT/SP), órgãos colegiados de julgamentos administrativos, respectivamente, da Receita Federal do Brasil e da Fazenda Pública do maior Estado da Federação, somam mais de R\$ 750 bilhões em disputa no que se refere a créditos tributários¹⁸. Dados recentes demonstram que há um enorme estoque de processos em ambos os tribunais mencionados, contribuindo para o agravamento da morosidade na solução de conflitos relativos à créditos tributários.

Até julho de 2017, o TIT/SP acumulou um estoque de 10.531 litígios (físicos e eletrônicos), tendo encerrado no mesmo período, ou seja, até a mesma data, apenas o montante de 962 julgamentos. Também em 2017 já foram 1.101 autos de infração impugnados e 2.771 não

¹⁵ RE 208.260 ED/RS, j. 12.06.2013 pelo tribunal pleno sob relatoria do Min. Marco Aurélio.

¹⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>.

¹⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>, acesso em 14.07.2017, última atualização em 12/07/2017.

¹⁸ Segundo dados mais recentes da Secretaria Estadual da Fazenda de São Paulo, em 2017 os processos que tramitavam no TIT somavam mais de R\$ 120 bilhões em créditos tributários. Segundo a Receita Federal do Brasil, eram R\$ 633 bilhões discutidos no CARF em 2016.

impugnados (total de 2.782)¹⁹. Levando em conta a série histórica, conclui-se que o estoque de processos só aumenta, o que resulta em inevitável aumento de custos, menor celeridade e, conseqüentemente, menor eficiência estrutural.

A situação não é diferente no CARF, que possui um estoque de 120.781 processos registrados em dezembro de 2016, representando R\$ 633 bilhões em disputa. Some-se a esse dado evidente crise institucional enfrentada pelo tribunal, especialmente após a Operação Zelotes²⁰. As decisões estão cada vez mais conservadoras, em detrimento do feito técnico que sempre marcou tais julgamentos. Como consequência, os contribuintes têm recorrido cada vez mais ao Judiciário, mas com uma dificuldade adicional: dada a massiva manutenção de autos de infração bilionários, em virtude da imposição de multas qualificadas e agravadas, a eventual garantia ao juízo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário resulta em ônus bastante excessivo.

Todo esse contexto revela a necessidade de cogitarmos de alternativas à resolução das controvérsias tributárias, que representariam ganhos de qualidade, eficiência, celeridade, segurança, estabilidade e efetividade.

Sob uma perspectiva geral, diversas medidas têm sido tomadas com o objetivo de fomentar iniciativas nesse sentido. O Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução nº 125²¹, e o legislador em algumas oportunidades, vêm absorvendo essa problemática e propondo métodos alternativos ao judicial para a solução dos conflitos. Mencione-se, nesse tocante, o novo Código de Processo Civil²² que, em diversas oportunidades priorizou soluções consensuais dos

¹⁹ Dados obtidos dos relatórios de gestão no portal: <http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/#>, acesso em 14/07/2017.

²⁰ Deflagrada em março de 2015 e tendo originado CPI instaurada pelo Congresso Nacional em 19/5/2015, a Operação Zelotes evidenciou um esquema de corrupção que envolvia pagamentos a julgadores do principal tribunal administrativo tributário do país, o CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais).

²¹ BRASIL. Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>

²² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

conflitos, a lei de mediação (Lei nº 13.140/2015) e a recente reforma²³ na Lei nº 9.307/96 para expressamente permitir arbitragem em conflitos envolvendo o Poder Público.

Em face disso, pretende-se aprofundar no debate sobre os campos em que os métodos de solução de conflitos distintos do judicial (solução adjudicada consensual ou consensual) poderão agir quando se trata de temas tributários. Tal poderia ocorrer seja como forma de afastar determinadas controvérsias do crivo do Poder Judiciário, seja para promover pacificação social – o que é verificado sobretudo quando se alcança solução consensual para determinada controvérsia. Ilustrativamente, tais alternativas podem contemplar desde a conciliação com o Fisco em relação a uma dada garantia até a transação de parcela do crédito tributário, conforme a seguir será detalhado.

II. DELIMITAÇÃO DA PESQUISA: ESCOPO E HIPÓTESES

A presente pesquisa pretende enfrentar os desafios institucionais que se colocam na adoção de métodos alternativos de solução de controvérsia em matéria tributária. A despeito de o Código Tributário Nacional, já em sua redação original, prever a transação como modalidade de extinção do crédito tributário, não há disciplina legal específica na esfera federal que possibilite tal hipótese em caráter geral²⁴. Desde 2009, há projetos de lei em andamento e, no entanto, não houve movimentação relevante – ainda aguardam parecer na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados.

De outro lado, a reforma na Lei nº 9.307/96 para expressamente permitir arbitragem em conflitos envolvendo o Poder Público reacendeu o debate acerca da possibilidade de estender tal possibilidade à relação entre Fisco e contribuintes. Em paralelo a esse movimento, o novo Código de Processo Civil mostra sinais de notório incentivo a meios alternativos ao tratar, por exemplo,

²³ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de março de 2015. Altera a Lei nº 9.307/1996 para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem. O artigo 1º, §1º da Lei autoriza a administração pública direta e indireta a fazer uso da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²⁴ Vale destacar que alguns estados e municípios possuem legislação que trata de transação tributária: Lei Municipal Ordinária n. 262/1984 de Angra dos Reis; Lei Estadual n. 6.537/197324, com redação pela Lei n. 11.475/2000 do Rio Grande do Sul; Decreto n. 32.549/2008 do Estado de Pernambuco; Lei 13.449/2015 do Estado da Bahia.

do negócio processual, da audiência de mediação e conciliação e também ao incorporar dispositivos relacionados à arbitragem.

O argumento frequentemente mencionado pela Fazenda para afastar tais possibilidades é o da indisponibilidade da receita tributária. E, sendo este o primeiro desafio que se apresenta, deve ser o primeiro ponto a ser enfrentado na pesquisa: há que se falar em indisponibilidade efetiva?

A tese que se defenderá é a de que a receita tributária é disponível. Isso decorre da percepção de que a possibilidade de concessão de isenções, benefícios fiscais, anistias e remissões ao crédito tributário infirmam o postulado da indisponibilidade. Some-se a isso o fato de que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) prevê mecanismos específicos para as hipóteses de renúncia de receitas. Deve-se indagar, então, se a adoção de métodos alternativos de solução de controvérsias não se sujeitariam aos mesmos constrangimentos dos benefícios fiscais de um ponto de vista geral e, observados tais constrangimentos, seriam plenamente possíveis.

Estabelecida a premissa da disponibilidade da receita, deve-se apresentar brevemente o ciclo de positivação da relação jurídica tributária, com vistas a identificar os momentos nos quais haveria a possibilidade abstrata de adoção de tais métodos. Nesse ponto, pretende-se responder se os métodos alternativos atingiriam tanto o momento pré como pós constituição do crédito tributário e afetariam inclusive o montante de tributo devido, ou, então, deveriam ser limitados a aspectos periféricos da relação jurídica tributária, tais como as garantias e penalidades.

A partir disso, serão apresentados os métodos alternativos de solução de controvérsia um a um, detalhadamente, para então enfrentar os desafios e limites da utilização desses instrumentos para fins tributários. Sempre que possível, avaliaremos criticamente a possibilidade de incorporação de experiências internacionais à realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao final, pretendemos ter um panorama geral e crítico de todos os métodos à luz do direito tributário, com ponderações refletidas acerca da maior (ou menor) eficiência arrecadatória que tais instrumentos podem gerar para o sistema de cobrança do crédito tributário.

III. PRODUTOS

- RELATÓRIO DE PESQUISA

O relatório irá contemplar (i) enfrentamento de premissas de pesquisa; (ii) detalhamento dos métodos alternativos de resolução de conflito em matéria tributária e análise dos desafios inerentes a cada um deles; (iii) mapeamento da legislação e demais atos normativos e (iii) formulação de propostas de melhorias ao cenário dos métodos utilizados na resolução das controvérsias jurídico-tributárias.

- EVENTOS

Dois eventos ao longo do prazo de um ano, sendo o primeiro para apresentação de resultados preliminares e o segundo para apresentação do resultado final da pesquisa. Os eventos serão realizados nas dependências da FGV Direito SP e contará, idealmente, com atores relevantes para o presente debate, dentre os quais se incluem representantes do Judiciário e Procuradoria da Fazenda Nacional.

- PUBLICAÇÕES SOBRE O TEMA

As pesquisadoras têm, como elemento usual de sua atuação acadêmica, a prática de escrever artigos opinativos para a mídia especializada, impressa ou digital (colunas jurídicas de jornais e portais jurídicos). O Núcleo de Direito Tributário do Mestrado Profissional, do qual a professora Tathiane Piscitelli é coordenadora, possui uma coluna regular no portal JOTA, onde boa parte desta produção técnica é divulgada, com amplo impacto em redes sociais. Naturalmente, os resultados parciais desta pesquisa redundarão também em textos publicados nesses veículos, contribuindo para a visibilidade da pauta junto a um público qualificado.

Além disso, pretende-se que a versão final do relatório de pesquisa seja publicada na forma de um livro monográfico, com o objetivo de contribuir para o debate público e acadêmico acerca do tema objeto de pesquisa.

IV. DURAÇÃO E EXECUÇÃO

Os produtos serão entregues ao longo de 12 (doze) meses, contatos a partir do início da vigência do *grant* de pesquisa.

Inicialmente, ocorrerão debates internos com os membros do projeto de pesquisa para alinhamento dos principais pontos que merecem ser discutidos, a partir do arcabouço teórico da bibliografia selecionada. Durante o desenvolvimento desses debates serão formulados artigos bimestrais para veiculação em mídias especializadas.

Em uma segunda etapa, pretende-se estimular a participação de representantes dos interesses plurais que permeiam o debate: Administração Pública, contribuintes e sociedade. Será realizado um encontro em formato de debate público para apresentar o projeto e seus resultados parciais, com vistas a identificar e mitigar os diferentes interesses que se comunicam com o escopo das propostas apresentadas.

Por fim, levando-se em conta as fases anteriores, o relatório de pesquisa será publicado e levado a um evento aberto para apresentação e discussão das propostas.

Todos os encontros, reuniões e eventos ocorrerão nas dependências da FGV Direito SP, localizada à Rua Rocha, nº 233, Bela Vista, São Paulo – SP.

V. PARÂMETROS ÉTICOS RELEVANTES

Nos termos do Código da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, a pesquisa será conduzida observando os deveres de transparência, independência e melhor julgamento científico. Desta forma, a validade do *grant* de pesquisa eventualmente recebido como apoio a esta investigação não dependerá, no tocante ao conteúdo da pesquisa, de concordância entre os entendimentos acadêmicos das pesquisadoras e aqueles dos eventuais patrocinadores, sem prejuízo do diálogo colaborativo entre ambas as partes.

No artigo científico resultante da pesquisa, assim como em outras publicações científicas eventualmente dela derivadas, haverá obrigatoriamente referência, a título de agradecimento e em nota de rodapé, ao *grant* de pesquisa eventualmente obtido para a realização deste projeto. Referido agradecimento trará, igualmente, a ressalva de que as opiniões do artigo, por serem das

autoras e absolutamente independentes, não necessariamente coincidem com as dos patrocinadores.

Na hipótese de a pesquisa envolver a participação de outros seres humanos como fontes (entrevistas), as pesquisadoras observarão seus deveres de informação e obtenção de consentimento espontâneo dos entrevistados; objetividade e integridade no tratamento das informações colhidas; e direito de anonimato, se assim lhes for requerido.