



e NTREVISTA

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy “Mais uma alternativa para a manutenção dos índices de arrecadação”

Dr. Arnaldo Godoy*, pensador e especialista em transações tributárias, apresenta-nos nesta entrevista um ponto de vista favorável à Lei Geral de Transações, rebatendo algumas críticas e mostrando a sua validade e os seus benefícios.

Tributação em Revista: Segundo o Ministério da Fazenda o PL 5.082/09 e o PLP 469/09, que tratam da transação em matéria tributária, trariam uma “nova relação entre a administração tributária e os contribuintes”, por meio de uma “aplicação mais homogênea da legislação tributária” e do “entendimento direto” entre as partes. Em sua opinião, existem realmente tais benefícios? Quais os pontos benéficos para a administração tributária e para contribuintes?

AG: Sim, absolutamente. Há inúmeros pontos benéficos para a administração tributária e para o cidadão. Digo cidadão, em vez de contribuinte, porquanto defendo intransigentemente a constitucionalização do Direito Tributário. Isto é, o Direito Tributário deve ser pensado também a partir de valores de dignidade da pessoa humana. A relação entre Constituição e Direito Tributário não se esgota nos princípios e nas regras da primeira parte do título VI do texto de 1988. A mera redução do cidadão em contribuinte é referencial de linguagem que

* Pós-doutor em Direito Norte-Americano pela Universidade de Boston e professor de Direito Tributário do Instituto de Educação Superior de Brasília (iesb) e do programa de mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, apresenta nesta entrevista um ponto de vista favorável à Lei Geral de Transações. Como pensador e especialista em transações tributárias, rebate algumas críticas e mostra sua validade e seus benefícios.

qualifica uma relação desigual e ameaçadora, constrangedora até, que não tem espaço em uma sociedade livre e democrática.

O contribuinte ao qual se refere o Código Tributário Nacional é cidadão, antes de tudo. O referido entendimento direto entre as partes não é ilimitado ou marcado pela inexistência de parâmetros bem definidos. Talvez porque tomada fora do contexto em que provavelmente foi enunciada, a ideia de entendimento direto entre as partes é imprecisa. Não revela exatamente os propósitos e modelos que há na lei geral de transação que o Executivo encaminhou ao Legislativo. Nas quatro modalidades de transação que se pretende fixar (transação em processo judicial, transação em insolvência civil, transação por recuperação tributária e transação administrativa por adesão) não se tem, em nenhum momento, o entendimento direto entre as partes.

A transação judicial se desdobra sob o crivo de um magistrado. De igual modo, a transação na insolvência e na falência somente pode ser realizada pelo juiz. E a transação é exceção, e não regra. Por exemplo, não se permite a transação em processo judicial em ações mandamentais ou cautelares. Isto exclui a maior parte das discussões que há hoje em juízo. A opção pelo mandado de segurança decorre da inexistência da sucumbência, as cautelares exigem apenas a fumaça de um bom direito. Por isso, a opção que se faz por estes dois remédios.

A transação em processo judicial tem destinatário certo: as execuções fiscais, que hoje representam mais de 35% dos processos que correm na justiça, e que custam mais da forma como se encontram, do que os valores que efetivamente levariam aos cofres públicos. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, 50% dos casos pendentes em 2009 são de execução fiscal. Será que não há alternativas? E apenas 9% dos processos baixados em 2009 são de execução de dívidas tributárias.

O cidadão ganha porque terá mais um canal de comunicação com o Estado. Este último também ganha porque terá mais acesso a informações, poderá reduzir a quantidade de ações judiciais, poderá ser mais eficiente, terá mecanismos para lidar com situações que o modelo atual trata com intransigência, fazendo que, com frequência, a tática vire-se contra o tático.

TR: Haveria algum retrocesso quanto à arrecadação em relação à normatização hoje vigente?

AG: Não, não haveria nenhum retrocesso. Pelo contrário. Em uma perspectiva de Direito e Desenvolvimento, que é percepção que também interessa para o Brasil, e que hoje não é definitivamente o mesmo país da época da formulação do CTN, a transação representa mais uma alternativa para a manutenção dos índices de arrecadação. A transação representa economia ou pode representar, uma vez que o modelo pode acenar com possibilidades alternativas para mediação e composição de conflitos. A transação repele a tese do mais do mesmo, segundo a qual o aumento do número de juízes, procuradores e auditores seria suficiente para o enfrentamento dos problemas pelos quais passamos, e que orçamentariamente tem peso assustador. O antídoto e a posologia para a patologia processual tributária que vivemos não é o mais do mesmo. A transação é uma alternativa, possivelmente aplicável em casos excepcionalíssimos. A apreensão que a transação suscita em relação à continuidade dos níveis de arrecadação, e que eu chamo de tese da indução negativa, somente teria sentido se a transação fosse regra, e não exceção, e se as repartições fazendárias se tornassem balcões de negócios, como insinuam alguns críticos mais apressados do projeto. Inúmeras modalidades de transação que hoje há, e refiro-me aos modelos da Lei nº 9.964/2000 (Refis) e da Lei nº 10.684/2003 (Paes) comprovam justamente o contrário.

TR: O que o senhor diria sobre a constitucionalidade dos projetos? Não haveria inobservância de alguns princípios constitucionais de Direito? Por exemplo: excessiva discricionariedade, não vinculação do ato administrativo e falta de isonomia ao dar tratamento diferenciado aos contribuintes que transacionam (redução de juros e multas).

AG: Não há inconstitucionalidades no projeto. O que pode haver é uma mudança de paradigmas. O modelo atual nega formalmente qualquer vontade autônoma dos órgãos administrativos, confundindo discricionariedade com o mito da intangibilidade do mérito administrativo.

A discricionariedade deve ser vista como um espaço para o exercício de um resíduo de legitimidade, na feliz expressão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. A decisão administrativa ganha legitimidade não apenas pelo controle do procedimento (como hoje se faz) mas também pelo controle do resultado (o que a transação poderia propiciar a longo prazo). A isonomia tributária, tanto quanto me parece, consiste em se tratar igualmente cidadãos que estejam em circunstâncias fiscais idênticas. A isonomia é relacional e só pode ser concebida se identificada em relação a alguma coisa ou situação. O falido, o insolvente e o executado devem ser comparados com falidos, insolventes e executados, como condição para manutenção dessa mesma igualdade que a pergunta sugere. Não se trata o falido do mesmo modo como se trata o empreendedor exuberante que fatura e multiplica seus negócios. As situações são distintas. Esse medo imaginário poderia facilmente ser contornado com dispositivo na lei de transação que estabelecesse que a comprovação de que o cidadão tivesse condições de recolher o tributo objeto de transação no momento fixado por lei, e que não o fez, dolosamente, na expectativa de transação superveniente, seria causa suficiente para vedar qualquer composição. Isso de certa forma já existe. O projeto dispõe que a comprovação de que o cidadão concorreu com dolo, fraude ou simulação para sua insolvência ou falência ou que não utilizou da denúncia espontânea, antes da transação, esta não poderá ser concluída ou será nula, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Essa discricionariedade putativa que a pergunta sugere revela incompreensão para com o projeto. Estudo minucioso de todas as modalidades de transação que o projeto sugere confirma haver limites rigorosos para o processamento e para o desdobramento do acordo.

TR: Uma das críticas a esses projetos é que eles confundem interesses públicos com os privados. O que o senhor diria a respeito?

AG: Eu diria que essas críticas não conseguem objetivamente explicitar o que seja interesse público. Quando muito, reproduzem um mantra, que todos reproduzem,

Não se trata o falido do mesmo modo como se trata o empreendedor exuberante, que fatura e multiplica seus negócios

mas ninguém explica. O que é interesse público? O dogma da supremacia do interesse público foi construído pelo Direito brasileiro como base em percepção vigorosa de Estado, detentor de vontade, que é concebida como uma vontade geral. Essa última ideia remonta a Rousseau, para quem a vontade geral seria invariavelmente reta e tenderia sempre à utilidade pública. A construção desse dogma fez-se com base em leitura que reduziu a Revolução Francesa a um grupo de lugares comuns, especialmente no que se refere à concepção dos institutos do Direito Administrativo. Foi Alexis de Tocqueville quem primeiramente fez a denúncia, no sentido de que o Direito Administrativo revolucionário manteve os contornos do Direito Administrativo do regime absolutista dos Bourbon. É que, entre outros, a centralização administrativa seria instituição do Antigo Regime, e não obra da revolução. O vínculo entre vontade geral e legalidade, que dá suporte à concepção clássica de interesse público, foi formulado como reação ao Estado Absoluto, a partir do uso recorrente de outro mito, relativo à existência de uma sociedade autossuficiente. Contemporaneamente, interesses públicos deixam de qualificar conceitos totalizantes, absolutos, apriorísticos. Exige-se reflexão em torno de casos concretos, lidos à luz da ponderação. Não se pode perder de vista também o consentimento do administrado, no que se refere à definição de políticas e do agir administrativo. Não há definição objetiva de interesse público, especialmente em âmbito de jurisprudência de tribunais superiores. A busca do interesse público, em todas essas dimensões, é um dever da Administração. Deveria orientar a produção normativa do Poder Legislativo. Deveria fixar os parâmetros da ação e

dos projetos do Poder Executivo. É o referencial para toda a atuação do Poder Judiciário. O conceito é indefinido, do ponto de vista linguístico, nas variáveis de dicionários de equivalência. Mas é percepção de ampla inspiração democrática, de balizamento para a eficiência da Administração. Transita no tempo. Mas permanece, intuitivamente, pelo menos, como advertência para o que não se pode fazer. Vincula-se, ainda, à ideia de eficiência. Definitivamente, não há nenhuma pista ou orientação que confirme que o interesse público, o que quer que seja, fosse categoria ameaçada por regime de transação tributária. Pelo contrário, ideia de eficiência sufragaria o uso de técnicas de transação fiscal.

TR: A arbitragem prevista no PL 5.082, tal qual ela é hoje definida em nosso ordenamento jurídico, existe para solucionar litígios relativos a questões de fato e de direito sobre direitos patrimoniais disponíveis. Ela também seria um instituto jurídico válido e aplicável à questão tributária? A supremacia do Estado em tratar de questões a ele pertinentes não seria atingida?

AG: A arbitragem é mais uma alternativa. E deve ser bem-recebida. É justamente ao Estado a quem mais interessa a conciliação e a arbitragem. E nosso direito não repudia a arbitragem em âmbito de direito público. Um estudo paciente da história do direito brasileiro revela precedentes que sufragam minha tese, de que o direito público brasileiro não hostiliza a arbitragem. Refiro-me, entre outros, ao caso Laje, discutido no Supremo Tribunal Federal nos limites do agravo de instrumento nº 52.181/GB, relatado pelo ministro Bilac Pinto e julgado em 31 de outubro de 1973. O caso sedimentou entendimento de que no direito brasileiro é plausível e possível o uso da arbitragem, ainda que perante a Administração Pública. O caso Laje é o mais nobre antecedente de uma linhagem que chega às Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União. Existe ambiente normativo no Brasil para que tenhamos regimes alternativos de solução de conflitos que envolvam interesses públicos também. No Ocidente conhecemos três modelos de composição de conflitos: um modelo ético, que decorre

Não há como afirmar o que acontecerá com a arrecadação com a eventual aprovação da lei de transação, mas pode-se afirmar que o Estado custará menos

da convergência de vontades entre as partes; um modelo transacional, que desdobra-se no acordo, na mediação e no arbitramento, e um modelo de autoridade, que se centra unicamente no Judiciário. Este último luta recorrentemente para não se esgotar na própria seiva, procura alternativas. O exemplo das Câmaras da AGU é o mais expressivo indicador de que soluções de conflitos decorrem de modelos que não são dados, e sim construídos culturalmente, e que podemos levar a imaginação institucional ao limite, para a resolução adequada de nossos problemas.

TR: Com a transação tributária, os créditos públicos, caracterizados como bens públicos indisponíveis, não deixariam de sê-lo?

AG: Em absoluto. O crédito tributário não perde sua natureza, apenas porque foi objeto de transação. Isso é fetichismo institucional. Dou um exemplo. O Conselho Nacional de Justiça noticiou que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul articulou um programa para pagamento de débitos judiciais, de origem fiscal, que atendeu a mais de 8mil pessoas. Originário de um convênio firmado entre a Prefeitura Municipal de Campo Grande e o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ofereceu-se rara oportunidade para que o campo-grandense pudesse quitar débitos de IPTU, com desconto e sem juros, e com arquivamento da ação de execução fiscal. O cidadão pôde deixar de ser inadimplente, bem como as empresas puderam negociar seus débitos. Além da presença de mais de 8mil cidadãos, os telefones atenderam mais de 10mil ligações. Recomendou-se, inclusive, que não se deixasse para

a última hora, evitando-se as filas. O crédito ajuizado poderia ser pago à vista, em uma única parcela, com exclusão das custas iniciais, e com desconto de 100% nos juros de mora. Nos casos de multa, houve redução de 80% do valor, para pagamento à vista. Além do tributo o cidadão deveria recolher um valor único de R\$ 60,00 por processo para pagamento à vista e de R\$ 90,00 para pagamento parcelado. A notícia deu conta, efetivamente, de implemento de transação. Frise-se a oportunidade relativa à quitação de débitos, por parte do contribuinte, a possibilidade da extinção dos feitos e consequente arquivamento, o benefício imediato para cidadãos e empresas, entre tantos outros. A nota indica, inclusive, a apreensão com a formação de filas, algo inusitado, em se tratando do recolhimento de tributos. Em troca de receita imediata, o município propicia generosos descontos. O Judiciário diminui a carga de trabalho, o volume de processos, cumpre metas. Tem-se, de fato, a renúncia de recursos e do processamento das execuções, por parte do devedor e, de outro lado, a renúncia de valores (supostamente irrenunciáveis) por parte da Administração. É essa reciprocidade de concessões, na qual todos ganham, que qualificam a transação, ainda que não se altere o Código Tributário Nacional e que não se tenha uma Lei Geral de Transação.

TR: Como o sr. vê o papel da Câmara Geral de Transação e Conciliação? Não haveria conflitos entre os papéis dos Poderes Executivo e Judiciário?

AG: Não. As Câmaras têm papel auxiliar. Não há competição, há convergência de interesses. Os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, por exemplo, e no mesmo sentido, qualificam uma experiência histórica de grande valor e que em nenhum momento ameaçou as relações entre o Executivo e o Judiciário. O mundo contemporâneo não tem mais espaço para discussões conceituais e metafísicas relativas a uma doutrina do século XVIII e que precisa ser repensada. É dever de nossa geração levar ao limite o experimentalismo democrático, na medida em que constatamos a morte do conflito entre estatismo e privatismo, entre economia planejada e livre mercado.

A separação absoluta entre os poderes não é um gigante Atlas imaginário que sustenta a adequada resolução de todos os problemas institucionais e episódicos que há. E os defensores do projeto não somos tão ingênuos a ponto de pretendermos que a transação afastaria o livre acesso ao Judiciário, garantia constitucional, que constitui cláusula de policiamento de reserva. Não há ingerência ou confusão porque sempre, e a qualquer momento, ao cidadão a Constituição faculta o acesso ao Judiciário.

TR: A transação tributária não poderia contribuir para abalar o esforço do Estado contra a sonegação fiscal? Ou seja, com ela haveria estímulo para o contribuinte “transacionar”, com redução de multas e juros, ao invés de cumprir pontualmente com suas obrigações tributárias?

AG: Pelo contrário, mais uma vez a pergunta pode evidenciar manipulação retórica da teoria da indução negativa. Como já disse, esse medo imaginário poderia facilmente ser contornado com dispositivo na lei de transação que estabelecesse que a comprovação de que o cidadão tivesse condições de recolher o tributo objeto de transação no momento fixado por lei, e que não o fez, dolosamente, na expectativa de transação superveniente, seria causa suficiente para vedar qualquer composição. Parte-se de uma antropologia negativa e macunaímica que vê em todo cidadão um sonegador em potencial. A questão é prioritariamente cultural. Além do que, ainda que não necessariamente em âmbito tributário, desdobra-se no Brasil uma frenética cultura transacional, que floresce na Administração Pública. É o que se tem, por exemplo, com a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. E também, a Portaria nº 990, de 16 de julho de 2009, baixada pelo advogado-geral da União, delegou competência para que o advogado-geral da União substituto, o procurador-geral da União e o procurador-geral federal também possam entabular acordos e transações. Especialmente, nos termos da Portaria nº 915, de 16 de setembro de 2009, baixado pelo Procurador-Geral Federal, verifica-se modelo muito objetivo, que permite que os órgãos de execução da Procuradoria-Geral

Federal possam realizar acordos e transações, em juízo, para terminar litígio. De acordo com o referido permissivo, pode-se transigir em causas de valor até um milhão de reais. O momento exige alternativas para a resolução de conflitos que transcendam à prática comum que se vê no Judiciário.

TR: Afinal, a transação beneficia ou compromete a arrecadação tributária? Por quê?

AG: A pergunta sugere uma prognose e um exercício de prestidigitação contábil que ninguém consegue seriamente realizar. Eu creio que a lei geral de transação possibilita canais de comunicação entre o cidadão e a Administração que promovem a dignidade da pessoa humana e que colaboram para o desenvolvimento de uma nova cultura. A transação é um marco na constitucionalização do Direito Tributário. A arrecadação tributária é condicionada por inúmeros outros elementos, que os economistas conhecem muito mais do que os juristas. A aproximação entre o Direito e a Economia, no contexto da chamada análise econômica do direito, pode evidenciar que a má-

quina administrativa poderia ser menos custosa, num ambiente de cultura transacional, de justiça fiscal consensual. Além disso, o modelo atual parece ter impactos negativos na neutralidade e na decisão dos agentes econômicos. Uma teoria da tributação ótima, centrada na eficiência e na equidade, não pode perder de vista um dos princípios enunciados por Adam Smith, para quem a arrecadação do tributo deva implicar num baixo custo para o contribuinte, bem como o seu resultado deva ser superior aos gastos que o Estado tenha para arrecadar. Quanto custa o modelo atual? Por que execuções fiscais com valores inferiores a 10 mil reais nem sequer são ajuizadas? Não há como se afirmar peremptoriamente o que ocorrerá com a arrecadação com a eventual aprovação da lei de transação. Pode-se afirmar, no entanto, que o Estado poderá custar menos, que repudiamos a tese do mais do mesmo, que haverá alternativas para impasses, que nossa cultura jurídica ganhará em qualidade, que vencemos a visão macunaímica de que somos todos sonegadores ou fraudadores ou corruptos. Meios de fiscalização não faltam. Para isso, o Ministério Público, o Tribunal de Contas e as várias corregedorias estão por aí, o tempo todo.