

O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NA COBRANÇA DO CRÉDITO FISCAL

*The Fundamental Right In Effective Judicial Protection
Recovery Of Tax Credit*

Érika Gomes Chaves

*Procuradora da Fazenda Nacional
Mestre em Direito*

SUMÁRIO - Noções introdutórias. 1 Os custos dos direitos fundamentais e a tributação. 2 A estrutura do direito fundamental à tutela jurisdicional na doutrina de Robert Alexy. 3 A efetividade como elemento essencial à concretização do Direito fundamental à tutela jurisdicional. 3.1 A dimensão temporal da tutela jurisdicional efetiva. 3.2 O custo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. 4 Tutela executiva fiscal efetiva como direito fundamental do Cidadão-contribuinte. Referências bibliográficas

RESUMO - A efetividade da tutela jurisdicional no processo de execução fiscal é direito fundamental do contribuinte. Isso porque sua missão é superar a crise de inadimplemento do crédito fiscal e assim, proporcionar o efetivo ingresso dos recursos financeiros indispensáveis à implementação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE - Tutela Jurisdicional. Efetividade. Execução Fiscal.

ABSTRACT - The effectiveness of the judicial proceedings in tax enforcement is a fundamental right of the taxpayer. This is because its mission is to overcome the crisis of the failure to pay of the tax credit and thus provide effective inflow of financial resources indispensable to the implementation of fundamental rights. However, the current stage of this executive collection in Brazil is inefficient. These processes are slow, expensive and without effective results such as the increasing accumulation, inflating, negatively, the statistics of the Executive and Judiciary powers. We must therefore reflect on the problem in the search of possible solutions that can provide effective judicial protection in tax enforcement.

KEYWORDS - Judicial Custody. Effectiveness. Tax Foreclosure

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A concepção do Estado pela Sociedade teve como uma das finalidades principais a compartição de liberdades e preservação de direitos.

Sob esse pretexto, entre as funções iminentes ao Estado foi atribuída à Jurisdição a missão de interpretar e aplicar o direito de modo a garantir àqueles que buscam sua tutela, certeza e segurança jurídicas indispensáveis à estabilidade social¹. O modelo assim concebido centralizou no Estado o monopólio do exercício da prestação jurisdicional. Função indispensável à preservação e defesa de direitos e liberdades, seu acesso deve ser posto à disposição de todos, juntamente com os mecanismos necessários para garantia de seu exercício. O processo, por sua vez, é “o instrumento para o exercício desse poder-dever de distribuição da justiça”².

Assim, a tutela jurisdicional, como sede de resolução de conflitos em caráter definitivo, constitui um direito fundamental do cidadão³. Isso porque, é por meio dela que o cidadão exerce e defende toda a ampla gama de direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional.

Contudo, a extensão e o caráter fundamental desse direito não se resume ao simples acesso ao Judiciário. Vai além, e exige do Estado uma tutela efetiva, ou seja, um processo de resultados, que impeça, suplante ou repare a ofensa ou ameaça sofrida pelo cidadão com o menor dispêndio de tempo e custos possível.

Outro princípio fundamental garantido pelo ordenamento pátrio, o da isonomia tributária, estabelece a igualdade dos cidadãos no fornecimento dos recursos necessários ao desempenho das atividades estatais. Trata-se do compromisso da ordem constitucional de concretizar o valor justiça na tributação.

Dessa forma, eventual crise de inadimplemento do crédito fiscal repercute na redução ou limitação de recursos financeiros indispensáveis para que o Estado desempenhe os compromissos constitucionalmente assumidos, em principal, a implementação de direitos fundamentais e a busca por justiça fiscal.

Quando convergem os conceitos de acesso ao Judiciário e o de igualdade na tributação é que se desvela a efetividade da tutela jurisdicional executiva como direito fundamental cujo amparo constitucional resulta da interpretação conjunta dos art. 5º, inciso XXXV c/c 150, inciso II, da CF/88. Consiste, especificamente, no direito fundamental do contribuinte a que o Estado promova a recuperação do crédito fiscal inadimplido, garantindo, ao mesmo tempo, que o fornecimento de recursos por meio da tributação, alcance todos os cidadãos da forma mais equânime possível.

1 ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 23.

2 MARCATO, Antonio Carlos. **O processo monitorio brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22.

3 PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **O direito fundamental a tutela jurisdicional**. 2008. 140f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

O desempenho desse compromisso pelo Estado se dá na forma do processo de execução fiscal previsto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 cuja principal missão é promover a aplicação efetiva da lei tributária quando há a negativa do contribuinte no pagamento voluntário de suas obrigações fiscais. Por sua vez, apenas uma tutela jurisdicional efetiva, que forneça, com o menor dispêndio de tempo e recursos possível, o resultado prático equivalente ao adimplemento, será capaz de promover o retorno do crédito fiscal inadimplido.

1 OS CUSTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TRIBUTAÇÃO

Como premissa do estudo, indispensável uma rápida incursão nas relações entre o estatuto dos direitos fundamentais e seu custo para o Estado. Nenhuma declaração de direitos, por mais solene e legítima que seja, será suficiente para atender os anseios da sociedade se não forem fornecidos os meios indispensáveis para tornar esses direitos factíveis.

Nesse ponto, sobressai a noção de custos de direitos. De fato, toda atividade estatal, inclusive a de implementação de direitos, envolve o dispêndio de recursos financeiros. Flavio Galdino, comentando estudo de Cass Sunstein e Stephen Holmes sobre os custos dos direitos, ressalta que, o reconhecimento e efetivação de direitos pelo Estado dependem do fluxo de recursos captado junto a sociedade:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita⁴.

Esse dever coletivo de fornecer recursos remete, segundo José Casalta Nabais, a duas outras noções correlatas: a de cooperação social e a de responsabilidade individual:

[...] os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos⁵.

4 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 204.

5 NABAIS, José Casalta. **Por um estado fiscal suportável**: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.

A ideia de cooperação social evoca a noção de solidariedade social, ou seja, uma relação de ajuda recíproca e de sustento compartilhado das necessidades e dificuldades⁶. Por sua vez, a percepção de responsabilidade advém desse vínculo social do indivíduo, por meio do qual, simultaneamente, é garantida sua liberdade, limitada pelas responsabilidades assumidas perante o corpo coletivo⁷.

Cass Sunstein e Stephen Holmes sintetizam que todos os direitos reclamam uma atuação afirmativa do Estado e essa atuação implica em um dispêndio. Esses recursos pressupõem o financiamento pelos contribuintes de uma estrutura de supervisão, monitoramento e execução⁸.

Com os direitos fundamentais não funciona de forma diferente, mormente porque são os direitos de maior envergadura do ordenamento e, por isso, necessitam ser resguardados de forma mais efetiva. Essa proteção se dá por meio da tutela jurisdicional, verdadeiro direito fundamental pressuposto que, da mesma forma, depende do aporte de recursos financeiros.

Ainda na lição de José Casalta Nabais:

Por conseguinte, uma qualquer teoria dos direitos fundamentais, que pretenda naturalmente espelhar a realidade jusfundamental com um mínimo de rigor, não pode prescindir dos deveres e dos custos comunitários dos direitos. Assim, parafraseando Ronald Dworkin, tomemos a sério os deveres fundamentais e, por conseguinte, tomemos a sério os custos que todos os direitos fundamentais desencadeiam⁹.

Os recursos financeiros necessários ao atuar estatal são captados, majoritariamente, por meio da tributação¹⁰ e, em consequência, dependem do compromisso do cidadão de pagar seus tributos. Isso pode acontecer de forma voluntária, ou não.

Incluem-se nesses custos de implementação dos direitos fundamentais a manutenção de um aparato protetivo, necessário e indispensável. Esse instrumental é concretizado na forma de uma estrutura judiciária, esfera disponibilizada ao cidadão para tutela de direitos.

6 NABAIS, José Casalta. **Por um estado fiscal suportável**: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 84.

7 NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 31.

8 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: Norton, 1999, p.44: "All rights are claims to an affirmative governmental response. (...) All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement."

9 NABAIS, José Casalta. **Por um estado fiscal suportável**: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 38.

10 Quanto a inevitabilidade da tributação, José Casalta Nabais lembra inclusive a clássica frase de Benjamin Franklin segundo a qual neste mundo nada é garantido, senão a morte e os impostos. NABAIS, José Casalta. **Por um estado fiscal suportável**: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 24

Contudo, se há uma quebra do compromisso de cidadania fiscal que impõe a todos os membros da comunidade o oferecimento de suporte financeiro para manutenção do Estado na medida de sua capacidade contributiva¹¹, surge uma crise de inadimplemento do crédito fiscal. Essa crise tem de ser suplantada de maneira ágil e efetiva, porque sua permanência é ofensiva a todos os direitos fundamentais contemplados no ordenamento.

Daí o dever do Estado, por meio da tutela jurisdicional, de atuar efetivamente no sentido de recuperar esses recursos. Isso porque, como sustenta Flávio Galdino “as pessoas somente possuem direitos na medida em que o Estado responsabilmente recolha recursos junto aos cidadãos igualmente responsáveis para custeá-los”¹².

2 A ESTRUTURA DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDI-CIONAL NA DOCTRINA DE ROBERT ALEXY

Paulo Bonavides¹³ leciona que os direitos fundamentais se vinculam à liberdade e dignidade humanas. São valores de caráter histórico e filosófico que, por sua essencialidade e inalienabilidade da pessoa humana têm feição universal.

Contudo, uma concepção mais formal de direitos fundamentais vincula-os a cada ordenamento, mais especificamente a ordem constitucional de cada país que irá apontar quais serão os direitos dessa envergadura¹⁴. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, ao enunciar no art. 5º, inciso XXV, o princípio do acesso à justiça¹⁵ ou inafastabilidade do controle jurisdicional¹⁶ entre os direitos e garantias fundamentais, deixa clara esta opção.

Ainda assim, não perde interesse uma análise mais minuciosa do tema, que considere aspectos estruturais desse direito fundamental específico. Nesse sentido, optou-se por analisá-lo à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy¹⁷.

A escolha do autor deveu-se ao fato de sua concepção teórica contemplar uma análise da matéria sob uma perspectiva de direito positivo, totalmente adequada quando a proposta é voltada para o estudo do sistema de cobrança judicial do crédito fiscal no ordenamento brasileiro.

11 NABAIS, José Casalta. **Por um estado fiscal suportável**: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 33-34.

12 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 214.

13 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562.

14 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 359.

16 MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004, 106-107

17 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

Nesse particular, o direito a tutela jurisdicional surge notadamente em função de os sistemas terem atribuído ao Estado o monopólio do uso da força¹⁸ quando impossível a resolução de um conflito de interesses sem tal intervenção.

Dessa forma, o Estado se compromete a: 1) fornecer disciplina normativa às relações, inclusive aquelas das quais faça parte, a ela se submetendo da mesma forma que qualquer cidadão; 2) atender a todo aquele que invoque a proteção de direitos ou interesses juridicamente tutelados; 3) estabelecer que o exercício de qualquer ato coercitivo/imperativo dependerá da prévia possibilidade de defesa e, por fim, 4) conceber normas que disciplinem o exercício desse poder, as quais também, haverá de se submeter¹⁹.

Há dois desses aspectos que parecem ser essenciais à análise da estrutura da tutela jurisdicional como direito fundamental: o direito do cidadão de ser atendido sempre que precise proteger direitos ou interesses juridicamente tutelados e a criação de normas que disciplinem o exercício do poder necessário ao desempenho da função jurisdicional.

Ao analisar as relações entre cidadão e Estado nesse contexto, Robert Alexy sustenta existirem dispositivos de direitos fundamentais que impõem à figura Estatal a consecução de alguns objetivos que denomina de direitos a ações positivas, ou melhor, a prestações²⁰.

Esses direitos a prestações positivas do Estado podem ser divididos em três grupos: direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito. São nada menos que direitos subjetivos de nível constitucional.

Os direitos à proteção atribuem a seu titular, em face do Estado, a proteção contra intervenções de terceiros. Essa proteção impõe “que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia”²¹. Portanto, ao Estado cabe oferecer meios de proteger os direitos por ele mesmo delimitados, de invasões indevidas de um cidadão em relação ao outro.

Por sua vez, os direitos a prestações em sentido estrito²²:

[...] são direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais

18 GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 12.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96.

20 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433 e 444.

21 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 451.

22 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.

Por fim, os direitos a organização e procedimento podem ser condensados no que Robert Alexy nomeou “procedimento em sentido amplo”. Um sistema de regras e princípios postos a disposição do cidadão pelo Estado, disciplinando a forma como se irá obter o resultado de proteção de direitos fundamentais. Eles abrangem não só o direito a criação de normas procedimentais, mas também a uma determinada interpretação e aplicação dessas normas a qual atenda a esses mesmos direitos²³. Reportam-se, pois, diretamente, ao legislador e aos órgãos jurisdicionais.

Esses direitos a organização e procedimento, por sua vez, podem ser classificados, quanto ao objeto, em quatro grupos: a) competências de direito privado; b) procedimentos judiciais e administrativos (procedimentos em sentido estrito); c) organização em sentido estrito e d) formação da vontade estatal.

Os direitos a competências de direito privado, genericamente, impõem ao Estado a criação de “normas constitutivas para as ações de direito privado e, com isso, constitutivas para a fundamentação, a modificação e a eliminação de posições jurídicas de direito privado.”²⁴

Por sua vez, quando se trata de formação da vontade nacional, esses direitos nada mais são que aqueles exigíveis do Estado no sentido de criar procedimentos para tornar possível a todo cidadão participar na decisão dos rumos de seu país. O principal exemplo é a previsão de um procedimento para que o cidadão possa exercer seu direito de votar²⁵.

Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos são voltados à proteção de posições jurídicas do cidadão em face do Estado e de terceiros. Esses procedimentos devem ter como função e resultado fornecer o instrumental necessário para proteção dos direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais. Nesse ponto Alexy cita o Tribunal Constitucional Federal Alemão que assim descreve a finalidade desses direitos: “O direito procedimental serve à produção de decisões que sejam conformes à lei e, por esse ponto de vista, corretas, mas, para além disso, de decisões que, no âmbito dessa correção sejam justas”²⁶.

Por fim, os direitos a organização em sentido estrito envolvem não só a existência de normas de organização conforme os direitos fundamentais (voltados ao legislador), como também impõem ao Estado disciplinar os direitos dos cidadãos em face das organizações e destas em relação ao próprio legislador.

23 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 473-474.

24 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 484.

25 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 498.

26 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488.

O referencial teórico na doutrina de Robert Alexy, embora um pouco extenso, é indispensável à análise estrutural do direito fundamental à tutela jurisdicional e dos direitos a prestações do Estado dele decorrentes.

Assim, com base nas lições de Alexy, o direito fundamental a tutela jurisdicional seria um direito a ação positiva do Estado consistente na existência de uma organização e procedimentos por meio dos quais seja garantido ao cidadão o instrumental necessário à proteção de todos os outros direitos fundamentais.

É dessa forma que o direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 envolve a necessidade de que o Estado, sempre que procurado e da maneira mais ampla possível, ponha à disposição do cidadão, uma estrutura organizacional apta ao exercício da função jurisdicional. Implica ainda na disponibilização de procedimentos a serem observados dentro dessa estrutura, os quais tenham como resultado a efetiva proteção dos direitos fundamentais de titularidade do cidadão.

Logo, o Estado deve fornecer uma estrutura organizacional (Poder Judiciário), acessível a todos os cidadãos (acesso a Justiça) cuja atuação se dê com base em procedimentos (normas processuais) capazes de fornecer resultados que, na máxima medida possível, protejam ou recomponham os outros direitos fundamentais lesionados ou sob ameaça de lesão.

Na lição de Mauro Capelletti, “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁷.

3 A EFETIVIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL

Dados os parâmetros necessários ao enquadramento da tutela jurisdicional como direito fundamental importa agora analisar outro aspecto de vital importância: seu vínculo necessário com a efetividade. José Carlos Barbosa Moreira sustenta que este conceito evoca, basicamente, a ideia de “aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena”²⁸.

Tratar de tutela jurisdicional remete à noção de processo. A relação processual apresenta-se como o instrumento por meio do qual o Estado irá fornecer a tutela jurisdicional pleiteada. Como leciona Cândido Rangel Dinamarco, o processo é instrumento a serviço da ordem constitucional voltado a pacificação social (escopo social), capaz de assegurar direitos e liberdades ao cidadão (escopo político) concretizando a proteção prometida

27 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 12

28 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)**, Porto Alegre, ano 10, n. 29, p. 77-94, 1983.

pela ordem jurídica (escopo jurídico)²⁹.

Portanto, as reflexões sobre a tutela jurisdicional e o processo, em geral, apontam no sentido de busca de resultados³⁰, ou seja, efetividade, mostrando-se, por isso, tão diretamente imbricadas, a ponto de serem consideradas indissociáveis.

Aprofundando os estudos do tema e procurando dissecar o que tinha de essencial na questão da efetividade, José Carlos Barbosa Moreira identificou cinco requisitos básicos para que o processo possa ser qualificado como efetivo: 1) dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; 2) que possam ser utilizados na prática; 3) de modo a proporcionar a exata e completa reconstituição dos fatos relevantes; 4) assegurando a parte vitoriosa o gozo de tudo aquilo a que faz jus segundo ordenamento e 5) cujo resultado seja alcançado com o mínimo de dispêndio de tempo e energia³¹.

Esses requisitos servem ao tratamento geral da questão da efetividade, em quaisquer espécies de tutela jurisdicional. Assim, a presença desses elementos qualificará como efetiva, seja a tutela de conhecimento, seja a cautelar ou a executiva.

Contudo, como os fins do presente estudo se voltam para a tutela executiva, será importante a análise, com maior rigor e aprofundamento, dos requisitos diretamente relacionados a resultado, tempo e recursos (itens 4 e 5).

A busca pelo resultado prático significa o compromisso do Estado de por à disposição do tutelado, tudo aquilo e exatamente aquilo a que teria direito, segundo o ordenamento, se não necessitasse da intervenção estatal via Jurisdição³². Em outras palavras, garantir o resultado prático pretendido.

Porém, o modo como se vai chegar a esse resultado tem toda relevância. Isso porque, a complexidade e duração dos processos traz consequências nocivas aos direitos tutelados³³. Daí a importância de que se desenvolvam com o mínimo de tempo e energia dos litigantes. Assim é que o requisito do item 5, por seus desdobramentos, envolve questões diretamente ligadas à duração razoável do processo e aos custos envolvidos na tutela de direitos. Estas concepções, por sua vez, remetem aos principais problemas enfrentados na busca por um processo efetivo em sede executiva: a excessiva demora na prestação jurisdicional e os elevados custos dela decorrentes.

29 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 320.

30 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17.

31 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)**, Porto Alegre, ano 10, n. 29, p. 77-94, 1983.

32 GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.

33 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)**, Porto Alegre, ano 10, n. 29, p. 77-94, 1983.

3.1 A DIMENSÃO TEMPORAL DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Quando se coloca a efetividade da tutela jurisdicional sob a perspectiva de sua dimensão temporal, o primeiro ponto a ser considerado é a estrutura dialética do processo. Pautado que é em garantias como o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88), sua dinâmica impõe que ele se protraia no tempo.

Essa simples duração do processo pode ensejar problemas na efetividade da tutela jurisdicional seja por dar oportunidade à ocorrência de eventos que venham a impedir seu bom resultado, seja pelo estado prolongado de insatisfação “do qual resultem prejuízos capazes de tornar inócua a tutela, quando ao final prestada”³⁴.

É nesse contexto que Marcelo Lima Guerra reporta-se às lições de Ítalo Andolina segundo as quais a simples duração, mesmo que fisiológica do processo, pode produzir dano à parte vitoriosa, o chamado “dano marginal”. Segundo o autor italiano este pode ter duas facetas: dano marginal em sentido amplo, no qual a simples duração do processo gera oportunidade para ocorrência de certos eventos que podem redundar em lesão e o dano marginal por indução processual (em sentido estrito), que decorre diretamente de permanência do estado de insatisfação do direito controvertido³⁵.

Assim, somente a tutela jurisdicional que, aplacando a demora excessiva, consiga prestar resultado satisfatório, poderá ser considerada efetiva. Caso contrário, implicará na própria denegação de justiça, em ofensa direta ao princípio previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88³⁶.

A relevância dada pelo texto constitucional ao fator tempo na efetividade da tutela jurisdicional é tanta, que além da proteção já devida em função da norma do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, restou assegurada recentemente, também como direito fundamental, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88).

A esse respeito, Rafael Estevez pontifica:

A elevação da questão do tempo do processo – tanto administrativo como judicial – ao nível de garantia fundamental deu-se em razão da insatisfação da sociedade com a prestação jurisdicional, entendendo que a jurisdição não deve apenas ser prestada, devendo, ainda, ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo função do Estado atingir este objetivo³⁷.

34 GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 13-14.

35 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p. 35.

36 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p. 63.

37 ESTEVEZ, Rafael. A aplicação da lei 11.382/06 à execução fiscal. **Revista Jurídica Tributária**,

Contudo, acerca da dimensão temporal do processo vinculada a efetividade, não se pode descurar que:

[...] a duração do processo não pode ser um valor máximo que se sobrepõe a todos os outros direitos e garantias fundamentais. O tempo é essencial para o bom andamento do processo e para o amadurecimento das decisões e nem sempre uma causa com rápida condução converge para uma decisão adequada e justa³⁸.

Portanto, o objetivo deverá ser sempre conduzir a dimensão temporal do processo de forma adequada, de maneira que, sem abrir mão das garantias constitucionais do processo, se possa alcançar o resultado pretendido em um tempo ideal. Isso porque os problemas de falta de agilidade na prestação jurisdicional refletem diretamente na inefetividade desse e de outros direitos fundamentais.

3.2 O CUSTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Consoante demonstrado, a tutela jurisdicional efetiva também mantém relação direta com a busca de resultados com o menor dispêndio de recursos possível.

É certo que a Constituição de 1988 apresenta um amplo elenco de direitos fundamentais do cidadão e, para garanti-los, todo um aparato de remédios e uma estrutura institucional complexa voltada ao seu resguardo. Ocorre que manter esse aparato à disposição de todos aqueles que necessitem do amparo judicial para tutela de direitos, implica em um custo para Sociedade.

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein pontificam que todos os direitos fundamentais são positivos, ou seja, todos eles demandam uma ação afirmativa dos governos, o que implica em custos para o Estado³⁹. A importância do estudo desses autores foi desmistificar a visão, até então vigente, de que haveria direitos fundamentais oponíveis ao Estado, que não implicariam em custos para o Poder Público.

Contudo, esses autores demonstraram que, para defesa de todos os direitos, é necessário que o Estado forneça, por meio da tutela jurisdicional, condições para seu efetivo exercício. Por sua vez, justamente a manutenção do aparato que envolve a tutela de direitos, também gera custos para o Estado:

ano 1, n. 2, p. 139-153, jul./set. 2008.

38 SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 157.

39 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: Norton, 1999, p. 15.

Todos os direitos são dispendiosos porque pressupõem financiamento do contribuinte de mecanismos eficazes para controle e fiscalização.

[...] Nenhuma Corte pode funcionar sem regular injeção de dólares dos contribuintes para financiar sua atuação no combate de violadores públicos ou privados de direitos e quando esses dólares não ingressam, direitos não podem ser vindicados.⁴⁰

Para os autores, o direito fundamental à tutela jurisdicional, na forma do devido processo legal implica em um custo para os contribuintes. Isso porque o Estado deve manter e tornar acessível um complexo de instituições transparentes dentro das quais o cidadão poderá ter acesso a uma prestação justa e adequada⁴¹.

A questão dos custos da prestação jurisdicional tem implicações complexas porque se deve sempre considerar que a concepção do Direito é pautada em preceitos éticos e a jurisdição tem como foco principal o valor Justiça. Assim, a solução compatibilizadora seria agregar esse aspecto econômico (custo) às considerações éticas inafastáveis do Direito, promovendo o máximo de eficiência possível às instituições do Estado, entre elas o Poder Judiciário. Na lição de Flavio Galdino seria “agregar condições econômicas e considerações éticas (valores), maximizando a eficiência das instituições sem necessário prejuízo dos valores envolvidos”⁴².

Nesse sentido, são estabelecidas relações entre economia e direito o que induz ao conceito de eficiência que caminha *pari passu* com o de efetividade, pois se trata de “termo utilizado para significar a realização de determinados processos, com a maximização de resultados pela menor utilização de meios”⁴³.

Portanto, quanto aos custos e sua relação com a efetividade da tutela jurisdicional a solução deverá ser aquela que aponte para o menor gasto possível para alcançar o resultado adequado. A eficiência, que se relaciona aos custos e mostra-se como faceta econômica da ideia de efetividade, é também um componente que deve ser considerado quando se trata do direito a tutela jurisdicional.

40 Tradução livre. No original: “All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement. (...) No court can function without receiving regular injections of taxpayers’ dollars to finance its efforts to discipline public or private violators of rights, and when those dollars are not forthcoming, rights cannot be vindicated.” HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** Nova Iorque: Norton, 1999, p. 44-45.

41 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** Nova Iorque: Norton, 1999, p. 53.

42 GALDINO, Flavio. **Introdução à teoria dos custos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 253.

43 CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 70.

4 TUTELA EXECUTIVA FISCAL EFETIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO-CONTRIBUINTE

A exposição dos itens precedentes teve por objetivo deixar claro que a estrutura do Poder Judiciário e demais órgãos estatais e os meios processuais são necessários desdobramentos do direito fundamental à tutela jurisdicional do Estado. E mais, possuem relação direta e imediata. Adequam-se exatamente à figura dos direitos a prestação sob a forma de procedimentos e organizações sintetizada nas lições de Alexy.

Acrescentando a essa concepção de tutela jurisdicional, a noção da efetividade, coloca-se a necessidade de que ela seja prestada com o mínimo dispêndio de tempo e recursos possível. Assim, como direito fundamental, toda estrutura e procedimentos judiciais postos à disposição do cidadão para defesa de direitos, devem ser fiéis a esses compromissos.

Por sua vez, o papel primordial da tutela executiva é proporcionar esta espécie de prestação, fornecendo meios ágeis e aptos à concretização de direitos para alcançar o resultado prático deles decorrentes,

Por isso, pode-se afirmar ser o processo de execução atividade jurisdicional por conexão de meio e fim, de vez que representa a última operação no processo de realização prática do direito, em caráter definitivo, traço singularizador da jurisdição.

Mas o caráter jurisdicional da execução não decorre só da teleologia da jurisdição. Está, igualmente, previsto na amplitude do conteúdo do artigo 5º, XXXV, da Constituição, ou seja, está contido no direito fundamental à tutela jurisdicional, que compreende também o direito ao cumprimento das decisões judiciais⁴⁴.

Na tutela executiva fiscal não ocorre de outra forma. A execução fiscal é uma ação especial estruturada com o objetivo de realização do interesse específico de solucionar a crise de inadimplemento de créditos fiscais. Sua missão é corrigir as consequências danosas desse inadimplemento concretizando o compromisso do Estado de defesa do interesse público.

Na lição de Carlos Ari Sunfeld:

É indispensável um processo de execução, que será o veículo por meio do qual o Judiciário irá – juntamente com a Administração Pública, que constitui o crédito tributário e provoca a jurisdição – agir para implementação de um fundamental interesse público, que é o de manter o funcionamento da máquina arrecadatória do Estado e realizar o crédito tributário não pago.⁴⁵

44 ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 25.

45 SUNDFELD, Carlos Ari. O direito processual e o direito administrativo. In: ____; BUENO,

Porém, o objetivo não é apenas manter a máquina arrecadatória do Estado. Há valores de maior envergadura envolvidos nessa tarefa. A tutela executiva fiscal proporciona o resgate/defesa dos recursos necessários para implementação de todos os outros direitos fundamentais e a busca pelo ideal de justiça fiscal.

Com efeito, a crise de inadimplemento do crédito fiscal a ser enfrentada por meio do processo de execução é, sem dúvida, a que desperta maior importância porque suas consequências nocivas atingem toda a sociedade. Em princípio porque, consoante mencionado, a implementação de direitos fundamentais repercute sempre em custos que devem ser financiados por todos os cidadãos. Assim, eventuais perdas, também serão socializadas.

Como alerta Casalta Nabais, deve ser enfrentada com rigor a receita perdida, sob pena de estimular a existência de um verdadeiro *apartheid fiscal*:

Com efeito, é de todo insustentável a situação a que uma parte significativa e crescente de contribuintes se conseguiu alcandorar, fugindo descaradamente e com assinalável êxito aos impostos. É insustentável pela receita perdida que origina e, consequentemente, pelo *apartheid fiscal* que a mesma provoca, desonerando os “fugitivos” fiscais e sobrecarregando os demais contribuintes que, não podendo fugir aos impostos, se tornam verdadeiros reféns ou cativos do Fisco por impostos alheios⁴⁶.

Assim, como prestação estatal de procedimento e organização, a tutela executiva fiscal deve significar fornecer um procedimento que se mostre apto a, de maneira célere e eficiente, superar essa crise de inadimplemento, recuperando os recursos necessários a manutenção e desempenho das atividades estatais, principalmente a concretização dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, este procedimento e as organizações envolvidas no desempenho dessa atividade devem proceder de forma a garantir que todos os cidadãos colaborem com os custos do Estado da forma mais equânime possível. Não há dúvidas que a implementação de todos direitos fundamentais implica em custos para o Estado, os quais devem ser financiados por todos os cidadãos:

Por conseguinte, não há direitos fundamentais gratuitos, direitos fundamentais de borla. Efectivamente todos os direitos

Cassio Scarpinella (coord.). Direito processual público: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000, p.15-30;

46 NABAIS, José Casalta. **Por um estado fiscal suportável. Estudos de direito fiscal.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 71.

fundamentais têm custos financeiros públicos. A que se acresce o facto de, ao contrário do que a rejeitada distinção tem pretendido fazer crer, os clássicos direitos e liberdades não só se assentam em avultados custos financeiros públicos, como assentam em custos públicos com efeitos visivelmente regressivos, já que os seus custos são proporcionais às reais e efectivas possibilidades de exercício dos referidos direitos e liberdades⁴⁷.

É assim que se concebe o direito fundamental a tutela executiva fiscal efetiva, que irá significar proteção eficaz ao cidadão-contribuinte, na forma de instrumento para recuperar o crédito fiscal inadimplido e garantir que todos colaborem (art. 150, inciso II, da CF/88), na medida de sua capacidade contributiva (art. 145, §1º, da CF/88), com o lastro financeiro indispensável para efetivação (concretização) de direitos fundamentais de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, Porto Alegre, ano 10, n. 29, p. 77-94, 1983.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ESTEVEZ, Rafael. A aplicação da lei 11.382/06 à execução fiscal. *Revista Jurídica Tributária*, ano 1, n. 2, p. 139-153, jul./set. 2008.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2.ed. São Paulo: RT, 1998.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty*

⁴⁷ NABAIS, José Casalta. *Por um estado fiscal suportável. Estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 39.

- depends on taxes. Nova Iorque: Norton, 1999.
- MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2009.
- NABAIS, José Casalta. *Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *O direito fundamental a tutela jurisdicional*. 2008. 140f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O direito processual e o direito administrativo. In: ____; BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.15-30;
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.