

João Aurino de Melo Filho

Racionalidade Legislativa do Processo Tributário

Desjudicialização e democratização (execução fiscal administrativa, harmonização de instâncias, transação e arbitragem) como fundamentos de um sistema racional (inteligível, juridicamente harmônico, eficaz, eficiente e ético) de resolução de conflitos tributários

2018



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 164, Ed. Marfina, 1º Andar – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

F484r Filho, João Aurino de Melo.
Racionalidade legislativa do processo tributário / João Aurino de Melo Filho – Salvador:
JusPODIVM, 2018.
736 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-1902-7.

1. Direito processual tributário. 2. Teoria da legislação. I. Filho, João Aurino de Melo. II. Título.

CDD 341.39

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

1-120101

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
------------------	----

PARTE I

(IR)RACIONALIDADE LEGISLATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS	21
---	----

CAPÍTULO 1 ♦ TEORIA DA LEGISLAÇÃO: MODELOS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA	25
---	----

1. Teoria da Legislação: referencial teórico.....	29
1.1. Histórico da Teoria da Legislação na Europa	30
1.2. Histórico da Teoria da Legislação no Brasil.....	43
2. Objeto da Teoria da Legislação	46
2.1. Campos da Teoria da Legislação: Teoria da Legislação em sentido estrito, Analítica, Tática, Metodologia e Técnica da Legislação.....	47
2.2. Metodologia da Legislação: modelos de racionalidade legislativa.....	50
3. Modelo de racionalidade legislativa proposto por Manuel Atienza	56
3.1. Análise de tipo interno: níveis de racionalidade	61
3.1.1. Racionalidade linguística (R1).....	61
3.1.2. Racionalidade jurídico-formal (R2)	62
3.1.3. Racionalidade pragmática (R3)	64
3.1.4. Racionalidade teleológica (R4).....	66
3.1.5. Racionalidade ética (R5)	67
3.2. Análise de tipo externo	69
3.2.1. Análise de tipo externo estática	70
3.2.2. Análise de tipo externo dinâmica	73

CAPÍTULO 2 ♦ ANÁLISE DESCRITIVA DO SISTEMA NORMATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	75
--	----

1. Obrigação tributária como processo dinâmico no âmbito do qual o lançamento (quando necessário) introduz um elemento novo, tornando-a formalmente abstrata e atendível.....	75
---	----

2. Modelo brasileiro de resolução de conflitos em matéria tributária	83
2.1. Formalização da obrigação tributária e processo administrativo de impugnação	87
2.2. Cobrança judicial do crédito tributário inscrito em dívida ativa	110
2.3. Medidas preventivas e assecuratórias facultadas à Fazenda Pública: arrolamento administrativo, medida cautelar fiscal e pedido de indisponibilidade (artigo 185-A do CTN)	136
2.3.1. Arrolamento administrativo	137
2.3.2. Medida cautelar fiscal	137
2.3.3. Indisponibilidade do artigo 185-A do CTN	138
2.4. Meios de discussão judicial da obrigação tributária	139

CAPÍTULO 3 • RACIONALIDADE LEGISLATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS À LUZ DO MODELO DE ATIENZA 149

1. Racionalidade linguística do sistema de resolução de conflitos tributários	150
2. Racionalidade jurídico-formal do sistema de resolução de conflitos tributários	151
3. Racionalidade pragmática do sistema de resolução de conflitos tributários	155
4. Racionalidade teleológica do sistema de resolução de conflitos tributários...	161
4.1. Racionalidade teleológica das normas que regulam os meios de discussão da obrigação tributária (lide de pretensão discutida)	162
4.2. Racionalidade teleológica das normas que regulam a cobrança da obrigação tributária (lide de pretensão insatisfeita)	166
5. Racionalidade ética do sistema de resolução de conflitos tributários	183
5.1. Delimitação do referencial ético que deve nortear o sistema de resolução de conflitos tributários	187
5.1.1. Princípios constitucionais aplicáveis às relações processuais	189
5.1.1.1. Devido processo legal	189
5.1.1.1.1. Desdobramentos do devido processo legal no seu aspecto formal	190
5.1.1.1.2. Devido processo legal no sentido substancial: razoabilidade e proporcionalidade	192
5.1.1.1.3. Devido processo legal nas relações processuais tributárias	195
5.1.1.2. Acesso à justiça e acesso ao judiciário	196
5.1.2. Ética Tributária da Constituição Federal de 1988	200
5.1.2.1. Dignidade da pessoa humana	205

5.1.2.2.	Princípio da solidariedade.....	206
5.1.2.2.1.	Solidariedade como fundamento do dever geral de pagar tributos.....	208
5.1.2.2.2.	Solidariedade como fundamento de uma tributação redistribuidora de renda.....	212
5.1.2.2.3.	Solidariedade e capacidade contributiva.....	214
5.1.2.3.	Princípio da igualdade.....	215
5.1.2.4.	Capacidade contributiva.....	218
5.1.2.4.1.	Capacidade contributiva como regra de prudência.....	221
5.1.2.4.2.	Capacidade contributiva concreta.....	221
5.1.2.5.	Segurança jurídica.....	223
5.1.2.6.	Princípio federativo ou da autonomia dos entes federados.....	224
5.1.2.6.1.	Desdobramentos do princípio federativo no Direito Tributário.....	226
5.1.2.6.2.	Princípio federativo e leis gerais em matéria tributária.....	227
5.1.2.7.	Princípio da praticabilidade.....	232
5.1.2.8.	Princípio democrático.....	234
5.1.3.	Princípios constitucionais administrativos (genéricos e específicos) aplicáveis à Administração Tributária.....	238
5.1.3.1.	Princípios administrativos do artigo 37 da Constituição.....	239
5.1.3.1.1.	Legalidade (Juridicidade).....	239
5.1.3.1.2.	Impessoalidade.....	242
5.1.3.1.3.	Moralidade.....	242
5.1.3.1.4.	Publicidade.....	243
5.1.3.1.5.	Eficiência.....	243
5.1.3.1.6.	Princípios constitucionais do artigo 37 da Constituição fora do caput.....	245
5.1.3.2.	Princípios administrativos não citados expressamente no artigo 37 da Constituição.....	245
5.1.3.2.1.	Segurança jurídica.....	246
5.1.3.2.2.	Proporcionalidade e razoabilidade.....	247
5.1.3.2.3.	Autotutela: presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos.....	248
5.2.	Análise concreta da racionalidade do sistema de resolução de conflitos tributários.....	256

5.2.1. Racionalidade legislativa dos meios administrativos de discussão da obrigação tributária (lide de pretensão tributária discutida na seara administrativa).....	257
5.2.2. Racionalidade legislativa dos meios judiciais de discussão da obrigação tributária (lide de pretensão tributária discutida na seara judicial).....	269
5.2.3. Racionalidade legislativa dos meios de cobrança da obrigação tributária (lide de pretensão insatisfeita).....	272

PARTE II

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO E SUA UTILIZAÇÃO COMO UM DOS PILARES CENTRAIS DOS SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS	289
---	------------

CAPÍTULO 4 • DESJUDICIALIZAÇÃO E MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: IMPOSSIBILIDADE DE UMA INSTÂNCIA ÚNICA DE DECISÃO DE CONFLITOS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	293
--	------------

1. Movimento de desjudicialização e alternativas para superação da Crise da Justiça.....	296
2. Crise da Justiça e desjudicialização no ordenamento jurídico brasileiro	312
2.1. A cultura demandista (inclusive, na construção de soluções) como agravante da Crise da Justiça no Brasil.....	312
2.2. Desjudicialização no Brasil.....	315
2.2.1. Acesso à Justiça e cláusula da inafastabilidade do controle judicial (acesso ao Judiciário) como possíveis limitadores da desjudicialização.....	315
2.2.2. Desenvolvimento tópico do processo de desjudicialização no ordenamento jurídico brasileiro.....	320

CAPÍTULO 5 • SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS NO DIREITO COMPARADO: DESJUDICIALIZAÇÃO COMO RESPOSTA FUNDAMENTAL PARA TRATAMENTO RACIONAL DOS CONFLITOS TRIBUTÁRIOS	329
---	------------

1. Portugal.....	332
2. Estados Unidos.....	350
3. França.....	359
4. Alemanha.....	363
5. Espanha.....	373

6. Angola.....	385
7. México.....	393
8. Peru.....	401
9. Argentina.....	408
10. Chile.....	416

PARTE III

FUNDAMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO DE UM MODELO RACIONAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS	423
---	------------

CAPÍTULO 6 ♦ DESJUDICIALIZAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO COMO REFERENCIAIS TEÓRICOS DE UM SISTEMA RACIONAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS: PROCESSO DE COBRANÇA JUSTO E ACESSO À JUSTIÇA EFETIVO, CÉLERE, PARTICIPATIVO E DEMOCRÁTICO.....	429
---	------------

1. Desjudicialização na resolução de conflitos tributários no ordenamento jurídico brasileiro: atuação direta do Estado-Administração na resolução dos seus próprios conflitos e na execução dos seus próprios atos.....	431
2. Atuação direta do Estado-Administração na resolução dos seus conflitos filtrando as demandas direcionadas ao Estado-Juiz.....	432
2.1. Instância administrativa efetiva de resolução de conflitos e regulação do acesso ao Judiciário: possibilidade de escolha, pelo administrado, do centro decisório onde veiculará seu pedido.....	438
2.2. Instância administrativa de resolução de conflitos como meio de efetivo acesso à Justiça (não apenas de controle de juridicidade).....	441
3. Processo administrativo como meio de efetivo acesso à Justiça	444
3.1. Lide administrativa	444
3.2. Processualidade administrativa.....	446
3.3. Processo administrativo como instrumento de efetivo acesso à Justiça: o devido processo legal administrativo	452
4. Sistema processual tributário	457
4.1. Caracterização do processo tributário	457
4.2. Unidade do processo tributário	462

CAPÍTULO 7 ♦ MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA PARA COBRANÇA DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS	469
---	------------

1. Sistemas de cobrança executiva da obrigação tributária no Direito Comparado: judiciais, administrativos e sincréticos	469
2. Autoexecutoriedade do crédito tributário inscrito em dívida ativa.....	473

3. Desjudicialização do processo de execução como paradigma do Direito Comparado.....	477
4. Racionalidade jurídico-formal e ética da execução fiscal administrativa: compatibilidade com o devido processo legal constitucional.....	482
4.1. Regime jurídico de Direito Público (autoexecutoriedade) como fundamento adicional da execução fiscal administrativa	482
4.2. Execução fiscal administrativa e devido processo legal: compatibilidade com as normas do artigo 5º, XXXV e LIV, da Constituição	488
5. Racionalidade teleológica da execução fiscal administrativa.....	501
6. Proposta para criação da execução fiscal administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.....	514
7. Medidas acautelatórias.....	529

CAPÍTULO 8 • ORGANIZAÇÃO HARMÔNICA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DO SISTEMA PROCESSUAL TRIBUTÁRIO..... 531

1. Código de Processo Tributário	533
2. Reconstrução da instância administrativa de resolução de conflitos tributários	538
3. Proposta concreta para harmonização de instâncias e construção de um novo paradigma processual positivo para resolução das lides tributárias de pretensão discutida.....	562
3.1. Primeira fase de discussão da obrigação tributária: até a formalização do crédito tributário	563
3.2. Segunda fase de discussão: da formalização do crédito tributário até o ajuizamento da execução fiscal.....	565
3.3. Terceira fase de discussão: a partir do início do processo executivo de cobrança da obrigação tributária	575

CAPÍTULO 9 • MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS (TRANSAÇÃO E ARBITRAGEM) NO CONTEXTO DA DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 581

1. Consensualidade na atuação da Administração Pública.....	583
1.1. Amplitude dos acordos entre Administração Pública e administrados: a figura do contrato administrativo alternativo	584
1.2. Consensualidade na atuação da Administração Tributária.....	586
1.3. “Transação” legal em matéria tributária	588
2. Transação tributária: limites e possibilidades normativas	591
2.1. Condicionamentos normativos para implementação da transação tributária em sentido estrito.....	593

2.2. Elementos da transação tributária: consentimento, concessões recíprocas e conflito	596
2.2.1. Conflito na transação tributária.....	597
2.2.2. Concessões recíprocas na transação tributária.....	604
2.2.2.1. Concessões recíprocas no CTN e possibilidades teóricas de enquadramento normativo nas leis específicas que cuidem da transação	604
2.2.2.2. Concessões recíprocas a depender da espécie de transação.....	605
2.3. Transação como contrato: consequências da transação (possibilidade de criação de novas obrigações).....	607
2.4. Consequências da transação na esfera penal	610
2.5. Fixação consensual dos limites da obrigação tributária (confissão da dívida) e renúncia ao direito de discussão (administrativa e judicial).....	611
2.6. Excepcionalidade da transação: questões de fato nas lides de pretensão discutida; e capacidade contributiva do contribuinte nas lides de pretensão insatisfeita	616
2.6.1. Transação nas lides de pretensão discutida	616
2.6.2. Transação nas lides de pretensão insatisfeita	619
2.7. Aspecto temporal da transação: momento processual para realização do acordo	622
2.8. Órgão administrativo responsável pela apresentação da Fazenda Pública na negociação com o contribuinte e na assinatura do acordo transacional	623
2.9. Possibilidade, além da transação, da remissão (norma do artigo 172 do CTN).....	625
2.10. Negociação indireta: transação via mediação e conciliação	625
2.11. Análise de obstáculos que, em tese, impediriam a transação tributária	628
2.11.1. Legalidade	628
2.11.2. Tipicidade.....	630
2.11.3. Supremacia do interesse público.....	630
2.11.4. Eficiência	632
2.11.5. Indisponibilidade.....	635
2.11.6. Isonomia e capacidade contributiva.....	639
2.11.7. Corrupção	642
2.12. Conclusão: possibilidade jurídica e pertinência política da transação tributária	643
3. Arbitragem tributária.....	645
3.1. Cabimento jurídico da arbitragem tributária	646
3.2. Pertinência	648

3.3. Pressupostos normativos formais para criação da arbitragem tributária	650
3.4. Aspectos essenciais da arbitragem tributária	652
3.5. Amplitude material da arbitragem: questões de fato ou exemplificação das matérias.....	654
3.6. Momento adequado para adoção da solução arbitral	657

CAPÍTULO 10 ♦ RACIONALIDADE DOS PROJETOS DE LEI QUE PROPÕEM ALTERAÇÕES NO SISTEMA BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS 659

1. Proposições legislativas que propõem a alteração do sistema de resolução de conflitos tributários	660
1.1. Projeto de Lei nº 5.080/2009	660
1.2. Projeto de Lei Complementar nº 469/2009.....	663
1.3. Projeto de Lei nº 5.081/2009	665
1.4. Projeto de Lei nº 5.082/2009	666
1.5. Parecer (sintético) acerca do bloco de projetos de lei.....	669
2. Manifestações institucionais da OAB (Conselho Federal e Seção de São Paulo) contra os projetos de reforma do sistema processual tributário.....	670
2.1. Críticas aos métodos alternativos de resolução de conflitos	673
2.2. Críticas à execução fiscal administrativa: racionalidade jurídico-formal, teleológica e ética	675

REFLEXÕES FINAIS 689

ADENDO ♦ A EXECUÇÃO FISCAL (PARCIALMENTE) ADMINISTRATIVA CRIADA PELA LEI Nº 13.606, DE 9 DE JANEIRO DE 2018..... 697

AGRADECIMENTOS 707

REFERÊNCIAS..... 709