

Hugo de Brito Machado

Professor Titular de Direito Tributário da UFC
Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários



Execução Fiscal Administrativa

SÍNTESE DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS NA DEFESA DO ANTEPROJETO E DA CORRESPONDENTE REFUTAÇÃO

I – Defesa do anteprojeto de lei que institui a execução fiscal administrativa

Os argumentos desenvolvidos pelos que defendem o anteprojeto de lei que institui a execução administrativa podem ser assim resumidos:

1. A atual sistemática de cobrança, “pela alta dose de formalidade de que se reveste o processo judicial, apresenta-se como um sistema altamente moroso, caro e de baixa eficiência.” (item 4 do ofício do PGF ao MF, do dia 14/03/2007).
2. Muitos sonegadores agem motivados pela demora na execução fiscal judicial, provocando enorme prejuízo à Fazenda Pública. E mais que isto, provocando sérias distorções na concorrência, em prejuízo daqueles contribuintes que pagam regularmente os seus tributos.
3. O processo de globalização oferece novas oportunidades para fraude e sonegação fiscal, facilitando que vultosos recursos possam, rapidamente, ser postos fora do alcance da Administração Tributária.
4. Em conseqüência, menos de 1% do estoque da Dívida Ativa da União, da ordem de R\$400 bilhões de reais, ingressam nos cofres públicos a cada ano pela via da execução fiscal.
5. País vizinho, a Argentina, já adota a execução administrativa.

II – Nossa refutação

Esses argumentos não justificam a instituição da execução fiscal administrativa, a menos que se queira incrementar o arbítrio do Estado na relação tributária. Assim, a questão que se coloca, desde logo, é a de saber se preferimos um Estado de feição autoritária, quase fascista, ou se queremos um Estado de Direito Democrático, como preconizado em nossa Constituição Federal. Para os que não adotam a primeira dessas opções, admitir a execução administrativa poderia decorrer de equívocos, especialmente decorrentes da pouca experiência no trato da relação tributária. Seja como for, vamos a seguir refutar, em apertada síntese e na mesma ordem, os argumentos acima colocados:

1. A demora na cobrança judicial não justifica a instituição de execução fiscal, por várias razões, entre elas as seguintes.
 - 1.1. Ela se deve, em grande parte, à demora da Fazenda Pública na própria propositura das execuções, assim como a atitude de seus procuradores, seja criando dificuldades na comunicação dos atos processuais, seja na interposição de todos os recursos imagináveis, mesmo nos casos a respeito dos quais a jurisprudência dos tribunais já está pacificada contra a Fazenda, e mesmo quando é possível solução de ordem prática que atende ao interesse da própria Fazenda¹.

¹No julgamento do EDel nos Embargos de Divergência em REsp 815.629 – RS, o Superior Tribunal de Justiça nos dá um exemplo do que afirmamos. A Fazenda não promove a execução e com isto obriga o contribuinte que precisa suspender a exigibilidade do crédito a ingressar em juízo para obter a suspensão mediante o oferecimento de garantia real. Se houvesse, por parte da Fazenda, interesse em evitar demora, a execução seria proposta imediatamente, ou a garantia real seria aceita prontamente.

1.2. A solução adequada é aperfeiçoar o processo judicial de execução, fazendo-o menos formalista e mais ágil, em vez de abandoná-lo.

1.3. Se o processo judicial não pode ser aperfeiçoado por ser o formalismo inerente ao judiciário, ou essencial para a segurança na prestação jurisdicional, fugir dele é negar essa prestação, violando direito fundamental constitucionalmente garantido.

1.4. Se o processo judicial apresenta-se como um sistema altamente moroso, caro e de baixa eficiência, e é dele que se há de valer o contribuinte vítima de arbítrio da Fazenda, esta é uma razão evidente e mais do que suficiente para que não seja atribuída a esta a prática da atividade de cobrança coativa, que amplia consideravelmente as oportunidades para o arbítrio.

2. A demora na cobrança está longe de ser o maior estímulo à sonegação de tributos, por várias razões, a saber

2.1. A sonegação ocorre no momento da constituição do crédito e não no momento da cobrança deste. E a constituição do crédito, que se diz ser realizada no prazo médio de 4 anos, é feita unilateralmente pela Fazenda, isto é, independe de qualquer colaboração do contribuinte.

2.2. Feito o lançamento, as multas correspondentes tornam inteiramente desvantajosa a sonegação, que não é, portanto, fator de distorção na concorrência. Se o lançamento é feito em tempo hábil, e a ação de execução proposta imediatamente (tudo isto depende da Administração, e não do Judiciário), a sonegação pode ser combatida eficazmente com a penhora de bens pelo Judiciário.

2.3. Se não é possível promover a execução judicial em tempo hábil, atribuir-se à Fazenda o poder de executar a cobrança em nada contribuirá para torná-la eficaz.

3. A instituição da execução administrativa em nada contribuirá para evitar que vultosos recursos sejam, rapidamente, postos fora do alcance da Administração Tributária. Nem para evitar práticas fraudulentas que se fazem possíveis em face do processo de globalização. Tais práticas, repita-se, ocorrem no âmbito da constituição e não da cobrança do crédito tributário.

3.1. Uma das práticas evasivas mais comuns atualmente consiste em operações através de empresa no exterior (Offshore), que podem ser evitadas ou minimizadas independentemente de intervenção judicial. Por outro lado, o controle de entrada e saída de recursos financeiros e outros bens no território nacional está nas mãos da Administração Pública, que pode adotar as providências que entender necessárias independentemente do processo de execução.

3.2. Ressalte-se, ainda, que a Fazenda Pública dispõe da Cautelar Fiscal, já prevista em lei, que pode ajudar na garantia da execução de seus créditos e não depende da instituição da execução administrativa.

3.3. Valores mais elevados do que os dos créditos que não são recebidos em consequência da alegada lentidão do Judiciário é o dos créditos que não chegam a ser constituídos por ineficiência da Administração Tributária, ou outras razões para as quais não se tem explicação, como é o caso da concordância com o “planejamento tributário” realizado pelas empresas privatizadas, do qual resultou a dedução na base de cálculo do imposto de renda das referidas empresas dos valores do ágio pago pelos investidores que adquiriram suas ações.

4. O elevado estoque da Dívida Ativa da União, e o inexpressivo percentual desta que é efetivamente pago a cada ano, não decorre simplesmente da lentidão na cobrança dos créditos, como sugerem os que defendem o anteprojeto em questão. Decorre, isto sim, em grande parte, de diversos outros fatores.

4.1. Um desses fatores é a constituição de créditos tributários indevidamente, seja porque a constituição se faz de forma arbitrária, com cerceamento do direito de defesa do contribuinte, seja porque o tributo efetivamente não é devido. Em ambos os casos abre-se ensejo à interposição de embargos cujo processamento termina por retardar, ou muitas vezes por esvaziar a execução.

4.2. Um outro fator é a constituição de créditos tributários contra quem não os pode pagar, por absoluta falta de meios².

5. Realmente, a Argentina, já a alguns anos adotou a execução fiscal administrativa, mas a medida tem contado com forte reação da doutrina jurídica e já foi declarada inconstitucional pela Câmara Federal de Apelações de Córdoba³.

6. Por último e em definitivo, temos absoluta convicção de que a execução fiscal administrativa é flagrantemente inconstitucional, especialmente pelas razões que vamos a seguir indicar.

6.1. Viola o princípio da separação de poderes, posto que atribui ao Executivo função típica do Judiciário, não podendo ser sequer objeto de emenda constitucional (CF/88, artigos 2º e 60, § 4º, inciso III).

6.2. Na medida em que atribui ao Poder Executivo, que já é titular do poder de constituir unilateralmente o crédito tributário, o poder de cobrar esse crédito coativamente, viola flagrantemente direitos fundamentais do contribuinte, entre os quais: a) o direito à propriedade (CF/88, art. 5º, inciso XXII); b) o direito à jurisdição (CF/88, art. 5º, inciso XXXV); c) o direito ao devido processo legal (CF/88, art. 5º, inciso LIV); d) o direito ao contraditório e ampla defesa (CF/88, art. 5º, inciso LV).

6.3. Viola os princípios da razoabilidade e da isonomia, na medida em que entrega à Fazenda Pública, enquanto PARTE credora, que já tem o poder de constituir unilateralmente o seu título de crédito, o poder de constranger o devedor com a correspondente cobrança forçada, enquanto todos os demais credores (que só o são por título outorgado pelo devedor, ou constituído em juízo) dependem da execução judicial. Refuta-se, portanto, o falacioso argumento dos que defendem o anteprojeto em questão, de que o Judiciário não é cobrador. Na verdade a participação do Judiciário na cobrança tem por fim evitar o arbítrio nesta se faz inevitável quando praticada pelo próprio credor, em verdadeira autotutela que significa um retorno aos primórdios da civilização.

² Aliás, o argumento segundo o qual a sonegação prejudica a concorrência é um reconhecimento de que o valor do tributo sonegado é repassado ao consumidor de bens e serviços, o que explica a existência de créditos tributários impagáveis por falta de suporte econômico do contribuinte

³ Teresa Gómez, El Procedimiento Tributario y Penal Tributario a Través de La Jurisprudencia, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 240/259.