

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO

JOSÉ FRANCISCO DE ASSIS CRUZ

**ASPECTOS FISCAIS DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA
PÚBLICA FEDERAL: REFLEXÕES ACERCA DE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

São Paulo
2013

JOSÉ FRANCISCO DE ASSIS CRUZ

**ASPECTOS FISCAIS DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA
PÚBLICA FEDERAL: REFLEXÕES ACERCA DE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à
PUC/COGEAE, como exigência parcial
para aprovação no Curso de
Especialização em Direito Processual
Civil em Módulos.

Prof^ª. Maria Antonieta Zanardo Donato
Orientadora

São Paulo
2013

Resumo

Os aspectos da execução movida em face da Fazenda Pública Federal, examinados nesta monografia, possuem a natureza fiscal porque em última análise destinam-se ao recolhimento (ou à retenção) de recursos financeiros em benefício da União. No entanto, eles também possuem uma natureza processual na medida em que ocorrem no curso do processo (ou do procedimento). Quando examinados sob a perspectiva da ciência jurídica fiscal (ou tributária) eles se apresentam como instrumentos colocados à disposição da União, que se destinam a arrecadar recursos financeiros ou ao menos retê-los em cofre público. Dessa forma, assemelham-se à ação judicial denominada execução fiscal, principalmente no que diz respeito aos seus objetivos. Neste sentido, o teor do acórdão proferido pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0036865-24.2010.404.0000. Já sob a perspectiva da ciência jurídica processual eles se apresentam como um incidente processual, que comumente assume a forma de um procedimento incidental. Daí a denominação que lhes foi atribuída no âmbito desta monografia: incidentes processuais fiscais. São eles: a) o que decorre da exigência de certidão negativa de débitos fiscais para que o exequente possa realizar o levantamento do valor do precatório; b) o que decorre da compensação do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório com débitos fiscais em nome do exequente; c) o que decorre da constrição judicial

(penhora ou arresto) do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório, ou ainda do valor colocado à disposição do juízo da execução para a satisfação do precatório; d) o que decorre da incidência da contribuição devida ao Plano de Seguridade dos Servidores Públicos (PSS) sobre o crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório, ou ainda sobre o valor colocado à disposição do juízo da execução para satisfação do precatório; e) o que decorre da incidência de juros moratórios no intervalo entre a constituição do crédito e a expedição do respectivo ofício requisitório ou precatório. Ao longo desta monografia, foram examinados pelo menos 3 (três) dentre os acima mencionados, não apenas sob a perspectiva da ciência jurídica processual, mas também sob a perspectiva da ciência jurídica fiscal (ou tributária), da ciência jurídica civil e, especialmente, da ciência jurídica constitucional. E minha constatação final foi no sentido de que: 1º) o elencado acima na letra “a” foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta n. 3453; 2º) o elencado acima na letra “b” foi declarado inconstitucional pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no âmbito do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0036865-24.2010.404.0000; 3º) quanto ao elencado acima na letra “c”, sequer há suspeita de inconstitucionalidade.

Sumário

Preâmbulo	1
1ª Parte - Os fundamentos do processo civil	
1 - O conflito de interesses (crise jurídica)	13
2 - A jurisdição, a ação (e defesa) e o processo (sincrético)	17
3 - Os meios alternativos (ou adequados): a conciliação e a mediação	27
2ª Parte - As diretrizes do processo civil	
1 - O devido processo legal e suas diretrizes: os princípios constitucionais do processo	37
1.1 - O juiz natural e sua imparcialidade	40
1.2 - A razoável duração do processo	43
1.3 - A segurança jurídica	46
3ª Parte - Os incidentes processuais fiscais	
1 - Os incidentes processuais fiscais	49
1.1 - A exibição de certidão negativa de débitos fiscais para levantamento do valor do precatório	58
1.2 - A compensação do crédito do precatório com fundamento nos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal	65
1.3 - A constrição judicial (penhora ou arresto) do crédito (ou valor) do precatório	76
2 - A constitucionalidade dos incidentes processuais fiscais	79
Bibliografia	82

Preâmbulo

Uma preocupação constante no decorrer deste trabalho, principalmente quando de seu início, foi investigar o que de fato vem a ser uma monografia. Ao buscar essa resposta, acabei descobrindo, ao menos, que para a elaboração de qualquer trabalho acadêmico, seja uma monografia em nível de especialização, seja uma dissertação em nível de mestrado, seja uma tese em nível de doutorado, é preciso que o pesquisador esteja vivenciando o tema que pretende desenvolver, sob a forma de problema. A partir dessa descoberta, considerei importante esclarecer neste preâmbulo como o tema abordado neste trabalho - Aspectos fiscais da execução movida em face da Fazenda Pública Federal: reflexões acerca de sua constitucionalidade -, passou a fazer parte de meu dia-a-dia.

Mas não foi só isto. Na verdade, este empreendimento proporcionou-me diversas outras descobertas (e redescobertas), que tenciono mencionar também neste preâmbulo, sempre na medida do possível. Desde já, portanto, é possível perceber que este preâmbulo será destinado não apenas a apresentação do tema desta monografia, mas também a esclarecer como ela foi sendo concebida e ainda quais foram as minhas descobertas (e redescobertas) durante o seu desenvolvimento. Em outras palavras, este preâmbulo será constituído por uma mescla entre a apresentação do tema da monografia; esclarecimentos acerca de sua concepção; e informações acerca das descobertas (e redescobertas) realizadas durante o seu desenvolvimento.

Nesse desiderato, cabe mencionar primeiramente, que a certa altura, ao tratar dos meios adequados (ou alternativos) para a resolução de conflitos de interesses, quais sejam, especialmente a conciliação e a mediação, percebi que determinadas características do próprio conflito de interesses (ou da crise jurídica) servem como indicadores do mecanismo adequado para a sua própria resolução. Em outras palavras, percebi que o conflito de interesses (ou a crise jurídica) traz em si indícios do mecanismo apropriado para a sua resolução.

A propósito, convém esclarecer desde já que a expressão “crise jurídica”, por mim empregada várias vezes entre parênteses ao longo desta monografia, é sinônima de “lide” ou “litígio”, e nesta condição significa a existência de um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida. Como se verá adiante, autorizada doutrina contemporânea - como a de Cândido Rangel Dinamarco -, na tentativa de tratar do tema “conflito de interesses” com a propriedade devida, tem substituído o emprego das expressões “lide” ou “litígio” por “crise jurídica”, que por sua vez pode ser de certeza, de adimplemento ou de situações jurídicas.

Já por ocasião do levantamento bibliográfico, deparei-me com um título que despertou sobremaneira a minha curiosidade. Tratava-se da tese de doutorado de Antônio Scarance Fernandes, denominada Incidente processual. Esta obra revelou-me que o problema que eu estava vivenciando, quando visto sob a ótica da ciência jurídica processual, apresentava-se sob a forma de um

incidente processual, ou precisamente sob a forma de um procedimento incidental. E mais, revelou-me que os incidentes processuais ora assumem a forma de um processo incidental, ora de um procedimento incidental, ora ainda de uma mera questão incidental. Sob uma forma ou outra, no entanto, eles sempre serão instaurados para o tratamento de uma questão igualmente incidental e, portanto, secundária quando comparada à questão principal do processo: o mérito.

O grau de complexidade da questão incidental, por sua vez, é o fator determinante para a instauração do incidente processual sob uma forma ou outra. Por exemplo, em se tratando de uma questão incidental de menor complexidade, sequer haverá a necessidade de instauração de um procedimento incidental, muito menos de um processo incidental. Neste caso, ela será o próprio incidente processual, e deverá ser processada em consonância com os princípios constitucionais relativos ao processo.

E assim gradativamente: em se tratando de uma questão incidental de média complexidade, ela deverá ser processada através de um procedimento incidental; e por fim, em se tratando de uma questão incidental de maior complexidade, através de um processo incidental. Como se vê, essas descobertas foram fundamentais para a compreensão dos aspectos fiscais da execução movida em face da Fazenda Pública Federal e, por consequência, para o desenvolvimento e a conclusão desta monografia.

Em meio a descobertas (e redescobertas) é importante não perder de vista o tema que pretendo desenvolver. Neste sentido, destaco que a execução movida em face da Fazenda Pública Federal, cujo procedimento encontra-se traçado nos artigos 730 e 731, da maneira como é desenvolvida nos dias de hoje, apresenta certas características que possuem natureza eminentemente fiscal. A estas características denomino, em um primeiro momento, aspectos fiscais da execução movida em face da Fazenda Pública Federal, porque em última análise visam ou arrecadar ou reter recursos financeiros em benefício da União. E serão eles, basicamente, o objeto desta monografia.

Minha observação acerca dos aspectos fiscais da execução movida em face da Fazenda Pública Federal deu-se em razão e durante o trabalho diário que desenvolvo junto ao foro cível desde meu ingresso no serviço público federal, que se deu ao final do 1º (primeiro) trimestre de 2005 (dois mil e cinco) mediante aprovação em concurso público realizado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3R). Desde então, exerço as minhas atribuições, na condição de Técnico Judiciário com formação jurídica (Bacharel em Direito), notadamente perante uma vara cível: ora em gabinete, onde elaborava minutas de sentença; ora em secretaria, onde elaborava minutas de decisões interlocutórias e de despachos. Praticava, portanto, não em meu nome evidentemente, atos processuais imparciais, porque privativos do órgão jurisdicional - sujeito imparcial da relação jurídica processual.

Mas não era só. Evidentemente que minha atuação em secretaria judicial ia muito além da prática de atos processuais privativos do órgão jurisdicional. Cabia-me, também, efetivá-los mediante o cumprimento da ordem neles contida. Praticava, portanto, agora neste contexto, porém com a mesma imparcialidade, atos privativos do chefe de secretaria, como por exemplo, a expedição de mandados, sobretudo o de citação, o de intimação e o de penhora; a expedição de ofícios, em especial o requisitório e o precatório; o recebimento e processamento de recursos, notadamente os embargos de declaração, o agravo retido e a apelação; e tantos outros atos.

Dentre eles, será destacada nesta monografia, em ocasião oportuna, a audiência de conciliação, também denominada sessão de conciliação, pela evidência em que se encontra no cenário jurídico nacional, revelando-se como uma técnica verdadeiramente exemplar de abreviação ou mesmo de substituição do processo judicial, talvez em nenhum outro momento tão intensamente adotada pelo próprio Poder Judiciário.

Por enquanto, é importante registrar que foi por ocasião de minha estada em vara judicial, especialmente em secretaria, que tive a oportunidade não só de acompanhar, mas também de colaborar para com o desenvolvimento e a resolução de processos judiciais que por ocasião de sua fase de conhecimento tramitavam invariavelmente mediante o procedimento ordinário, e por ocasião de sua fase de satisfação variavelmente mediante o procedimento de

cumprimento ou de execução de sentença por quantia certa, em conformidade com os artigos 475-J e 730.

Eram ações em número elevado. No que diz respeito ao assunto, eram repetitivas: as denominadas “ações de massa”, geralmente de natureza financeira e tributária (crises jurídicas de adimplemento). Versavam, por exemplo, acerca dos expurgos inflacionários; do índice de 28,86% (vinte e oito inteiros e oitenta e seis centésimos por cento) devido aos servidores públicos civis a título reajuste de vencimento; do empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos automotores; da contribuição ao financiamento da Seguridade Social (FINSOCIAL); do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria privada; e tantas outras ações.

Algumas delas, e não eram poucas, pelo fato de já terem o seu mérito resolvido de maneira favorável para o autor pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), eram sempre julgadas procedentes. O resultado dessas ações, portanto, era antecipadamente sabido e esperado. E em razão do conteúdo condenatório da respectiva sentença, ocorria o prosseguimento do processo (sincrético) em sua fase execução (ou de cumprimento) de sentença por quantia certa.

O procedimento do artigo 475-J era adotado quando a condenação versasse, por exemplo, sobre verba devida por empresa pública, como a Caixa Econômica Federal, no caso dos expurgos inflacionários. Era comum também a

própria União valer-se desse procedimento para a persecução de verba que lhe fosse devida a título de honorários advocatícios derivados da sucumbência. De qualquer modo, era um procedimento que se mostrava efetivo. Seu desenvolvimento era de tal modo regular e célere que o escopo do processo de cumprimento de sentença (satisfação da obrigação) era atingido sem demora. Ele se mostrava, portanto, em consonância com o princípio da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Não há dúvida de que a efetividade do procedimento traçado a partir do artigo 475-J deve-se basicamente à introdução de novas técnicas para a realização da penhora, em especial o sistema operacional informatizado (software) denominado BACEN-JUD, que viabiliza não propriamente a penhora, mas ao menos a constrição judicial e a posterior expropriação de ativos financeiros através de meio eletrônico, em consonância com o artigo 655-A. Esse “software” resultou de um convênio celebrado entre o Poder Judiciário e o Banco Central do Brasil, daí a sua denominação pela sigla BACEN-JUD.

A propósito, levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revela que apenas no período de janeiro a agosto de 2012 o BACEN-JUD foi responsável pela constrição judicial de aproximadamente R\$ 17 bi (dezessete bilhões de reais).¹ Diante disso, cabe apenas louvar a iniciativa

¹ FREIRE, Tatiane. *Bloqueios judiciais on-line somaram R\$ 17 bilhões em oito meses*. Agência de Notícias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 05.12.2012.

do legislador processual no que diz respeito à instituição do procedimento traçado nos artigos 475-J e seguintes, denominado Cumprimento de Sentença.

Já o procedimento do artigo 730 era adotado, evidentemente, quando a condenação versasse sobre verba devida pela União, independentemente de sua natureza: honorária (derivada da sucumbência), repetição de indébito (tributário), remuneratória (vencimento de servidor público). E ele não se mostrava tão efetivo quanto aquele na medida em que apresentava uma série de incidentes que dificultava de tal modo o seu desenvolvimento a ponto de paralisar o processo por tempo demasiado, em franco descompasso com o princípio da razoável duração do processo (C.F. - artigo 5º, inciso LXXVIII).

Eis, portanto, o tema desta monografia, sob a forma de problema. Refiro-me aos incidentes processuais que surgem no curso de determinadas execuções movidas em face da Fazenda Pública Federal, alguns em virtude da própria lei. Com exceção do incidente processual que se instaura com a propositura dos embargos à execução, são eles: a) o que decorre da exigência de certidão negativa de débitos fiscais para que o exequente possa realizar o levantamento do valor do precatório; b) o que decorre da compensação do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório com débitos fiscais em nome do exequente; c) o que decorre da constrição judicial (penhora ou arresto) do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório, ou ainda do valor colocado à disposição do juízo da execução para a satisfação do precatório; d) o que

decorre da incidência da contribuição devida ao Plano de Seguridade dos Servidores Públicos (PSS) sobre o crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório, ou ainda sobre o valor colocado à disposição do juízo da execução para satisfação do precatório; e) o que decorre da incidência de juros moratórios no intervalo entre a constituição do crédito e a expedição do respectivo ofício requisitório ou precatório. Serão estes os incidentes processuais, por mim denominados “fiscais” porque em última análise visam a preservar os recursos financeiros da União, a serem examinados na medida do possível no âmbito desta monografia.

Quando vistos sob a ótica da ciência jurídica fiscal (ou tributária), os incidentes processuais fiscais são verdadeiros instrumentos de arrecadação (ou de retenção) de recursos financeiros em benefício da União, equiparados a uma execução fiscal: e quanto a isto não cabe, a esta altura, juízo de valor algum. Já sob a ótica da ciência jurídica processual, os incidentes processuais fiscais são nocivos porque dificultam sobremaneira o desenvolvimento da fase de execução movida em face da Fazenda Pública Federal, e por consequência desrespeitam o modelo constitucional de processo, em especial o princípio da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, e também o princípio da imutabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Em outras palavras, na prática forense, os incidentes processuais fiscais são verdadeiros obstáculos ao escopo do processo de execução (satisfação da obrigação), muitas vezes intransponíveis. Essa nocividade tanto é verdadeira que a inconstitucionalidade de alguns deles já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto que a de outros ainda está sendo examinada.

Por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 3453, em qual se examinou a constitucionalidade do artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, do qual decorre o incidente processual fiscal relativo à apresentação de certidões negativas de débitos fiscais ao juízo da execução para que o exequente possa realizar o levantamento do valor do precatório.

Outro exemplo: a ADIN n. 4372, em que se examina a constitucionalidade dos parágrafos 9º e 10 introduzidos ao artigo 100 da Constituição Federal por intermédio da Emenda Constitucional n. 62, de 09 de dezembro de 2009, dos quais decorre o incidente processual fiscal relativo à compensação do crédito a ser satisfeito por intermédio do precatório com débitos fiscais existentes em nome do exequente.

A propósito, levantamento realizado recentemente pelo Anuário da Justiça revela que no ano de 2011 o índice de inconstitucionalidade das leis

brasileiras foi de 83% (oitenta e três por cento)². Daí a necessidade de abordar no âmbito desta monografia os princípios constitucionais relativos ao processo, especialmente aqueles que não estão sendo observados pelo legislador por ocasião da elaboração das leis que de alguma forma regem a execução movida em face da Fazenda Pública Federal.

Percebe-se, dessa forma, que esta monografia tem por objeto o estudo de uma fase do processo sincrético: a de execução. No entanto, não se trata de qualquer fase de execução, mas daquela que é movida em face da Fazenda Pública Federal. E mais: não lhe interessará toda a execução movida em face da Fazenda Pública Federal, mas apenas alguns de seus aspectos, precisamente aqueles que mantêm relação com o Direito Fiscal (ou Tributário). Somente nesta medida, portanto, é que será necessária também uma incursão pelo âmbito do Direito Fiscal (ou Tributário) e também do Direito Civil, sempre tendo como parâmetro a supremacia dos preceitos constitucionais.

Quanto à expressão Direito Fiscal, aparentemente utilizada como sinônima de Direito Tributário, cabe dizer que alguns autores de fato a utilizam como sinônima de Direito Tributário. Para outros, no entanto, elas têm significados distintos. Trata-se, portanto, de um assunto polêmico, e pertencente a ramo da ciência jurídica distinto do processual. Por isto, ele não terá no âmbito desta monografia o tratamento que merece. Ao contrário, limitar-me-ei a tratá-lo

² Anuário da Justiça Brasil 2012. *Um país que não aprende a fazer leis*. p. 24.

apenas na medida do necessário para melhor situar o objeto desta monografia no âmbito da ciência jurídica. Nesse desiderato - e pelas razões que serão expostas oportunamente -, a expressão adequada para designar o ramo da ciência jurídica a que pertencem os aspectos fiscais em apreço é Direito Fiscal.

Para Edvaldo Brito: “Direito Financeiro é gênero de que são espécies o Direito Tributário e o Direito Fiscal. (...) As espécies têm campos (...) diversos. Assim, o Direito Tributário é (...) exatamente aquele que regula as relações jurídicas pertinentes aos tributos, as quais são espécies de receita derivada (...). Aqui se engasta a relação jurídica tributária, instaurada a partir do momento em que um fato se juridiciza realizando a hipótese de incidência da regra jurídica debuxada em uma norma de Direito positivo. Já o Direito Fiscal regula as relações jurídicas travadas entre o sujeito ativo da obrigação tributária, já nascida, e o seu sujeito passivo, no que se refere a exigência e à execução do crédito tributário existente, isto é, nascido com a obrigação. Aqui se encaixa a relação jurídica fiscal instaurada com o procedimento de lançamento que é *conditio juris* para a exigibilidade e execução do crédito existente. Entretanto, para Aliomar Baleeiro, Direito Tributário é sinônimo de Direito Fiscal”³

Diante do exposto, creio ter introduzido satisfatoriamente o tema desta monografia. E para finalizar esta parte, trago à colação a seguinte advertência:

Pouco adianta encontrar mecanismos de efetivação prática das tutelas se a elas não se chega porque o processo é repleto de armadilhas e empecilhos, que acabam por impedir seu desenvolvimento normal. A busca de meios visando à realização prática das tutelas somente produzirá o resultado desejado se a técnica empregada no desenvolvimento do processo não constituir óbice a que o resultado se produza. Piores que as dificuldades enfrentadas no momento de transformar em realidade prática as vitórias obtidas na fase cognitiva são os óbices a serem superados para se chegar a essa fase do procedimento. Muitas vezes a jurisdição não consegue proporcionar ao titular do direito nem vitórias de Pirro.⁴

³ CAMPOS, Dejalma de. *Lições de processo civil para o Direito Tributário*. In: O processo na Constituição, p. 692.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 90.

1ª Parte - Os fundamentos do processo civil

1. O conflito de interesses (crise jurídica)

Conforme o exposto no preâmbulo, uma de minhas descobertas durante este empreendimento foi a de que o conflito de interesses é portador de elementos capazes de indicar o mecanismo adequado para a sua própria resolução. A princípio, os mecanismos de resolução de conflitos são a jurisdição e a conciliação (ou mediação). Daí a importância de se proceder a uma análise do conflito de interesses de tal modo que seja possível encontrar indícios do mecanismo adequado para a sua resolução. E a primeira conclusão, nesse sentido, é a de que o conflito de interesses é um conflito entre pessoas.

A ciência jurídica trata do conflito de interesses no âmbito da Teoria Geral do Processo. Nesta seara, ele é denominado “lide” ou “litígio”. Estas expressões são sinônimas - significam um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida -, e aos poucos estão sendo substituídas por “crise jurídica”. A lide, no entanto, não é um instituto jurídico processual, assim entendido apenas aquilo que é criado pela própria ciência jurídica processual, como por exemplo, a ação judicial. Ela é, propriamente, um tópico da Teoria Geral do Processo. Isto explica por que a sua teoria não está devidamente desenvolvida no âmbito da ciência jurídica. Ou seja, por não ser objeto de estudo próprio da ciência jurídica, a esta em regra não compete o desenvolvimento da teoria acerca do conflito de interesses.

O conceito de conflito não é muito claro em doutrina. A mais abalizada tentativa de defini-lo foi a que o envolveu na ideia de lide, apontada como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. O conflito, elemento substancial da lide, seria representado pela incidência de interesses de dois ou mais sujeitos sobre o mesmo bem, sendo este insuficiente para satisfazer a ambos, ou a todos esses interesses. A exteriorização do conflito, ou seu elemento formal, seria a tensão entre a exigência externada por um sujeito (pretensão) e a resistência oposta pelo outro. Essa construção, além de exageradamente ligada a relações de direito privado, dá destaque a algo que socialmente é quase indiferente, ou seja, ao conflito conforme definido por seu autor. Na vida social o que incomoda e aflige não é a teórica incidência de interesses sobre o bem, mas justamente as exigências não satisfeitas. Aí estão os conflitos que o processo visa a dirimir. (...) Conflito, assim entendido, é a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida e pela impossibilidade de obtê-lo - seja porque negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial. Essa situação chama-se conflito, porque significa sempre o choque entre dois ou mais sujeitos, como causa da necessidade do uso do processo.⁵

Na verdade, o conflito de interesses é um fenômeno que ocorre na sociedade: um fenômeno social, portanto. E nesta condição é estudado com a devida propriedade por outras áreas do conhecimento, como por exemplo, a Sociologia, a Psicologia e especialmente a Ciência Política. Não há dúvida, portanto, de que estas áreas do conhecimento tem uma enorme contribuição a oferecer aos operadores do Direito em sua busca por mecanismos adequados para a resolução dos conflitos de interesses.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 116.

Paradoxalmente ao exposto, o conflito de interesses é a razão de ser do Direito. Sob esta ótica, o Direito existe ora para prevenir ora para remediar os conflitos que surgem entre as pessoas. Em nossa tradição jurídica, essa função ora preventiva ora reparadora é realizada mediante o estabelecimento das leis, emanadas do Poder Legislativo. É a tradição dos povos latinos (e germânicos), denominada romanística, também conhecida pela expressão *civil law*. Há também a tradição dos povos anglo-saxões, conhecida pela expressão *common law*. Naquela, as leis, na medida em que regulam a conduta das pessoas em sociedade, são capazes de manter a ordem (ou a paz) social. O Direito, portanto, sob esta ótica, é o conjunto de leis que disciplina a conduta das pessoas em sociedade, visando a manutenção da ordem (ou da paz) social. É o denominado ordenamento jurídico.

O mero estabelecimento das leis, no entanto, não é garantia de que não haverá conflito de interesses entre as pessoas. Para a manutenção da ordem social há a necessidade de que as leis sejam observadas. E, geralmente, elas o são, porém apenas na medida em que expressam a vontade geral das pessoas. Ou seja, nem sempre as leis são observadas. E esta inobservância certamente ensejará uma insatisfação no meio social. Daí o surgimento do conflito de interesses entre as pessoas, que no âmbito da ciência jurídica é visto como uma desagregação (ou desordem) social. Conclui-se, assim, que a inobservância da lei é fonte geradora de conflitos entre as pessoas.

... o direito vigente em dada sociedade é observado pela maioria das pessoas independentemente da atuação de alguma autoridade que venha coagir o indivíduo a respeitar as normas jurídicas. O processo de socialização pelo qual passa, em seu aprendizado da convivência social, leva-o a adquirir a consciência de que a observância das leis que estruturam a sociedade e primam pelo funcionamento ordenado desta é fator indispensável em prol do indivíduo e da própria sociedade. Há o geral reconhecimento da necessidade da existência das leis e do respeito a estas.

Costuma-se denominar esse fenômeno rotineiro do cumprimento generalizado das normas jurídicas de observância espontânea do direito. Seria paradoxal para a sociedade e ao próprio indivíduo o desrespeito generalizado às normas socialmente instituídas visando a assegurar a boa coexistência das pessoas. Por isso, a transgressão dos preceitos jurídicos torna-se exceção e pode ser vista como algo de patológico no contexto das relações jurídicas e, por assim ser, irá exigir remédios que o próprio ordenamento jurídico terá de prover para a manutenção da ordem, segurança e justiça no meio social.

No entanto, o homem é dotado de livre arbítrio. Sua liberdade funciona, às vezes, como faca de dois gumes, quando não suficientemente disciplinada para respeitar os contornos de seus limites em face das condutas e esferas de liberdade de outras pessoas com quem se relaciona. Destarte, movido pelo descontrole de seus instintos e dominado por momentos de irracionalidade, ocorre não com rara frequência na conduta individual o extrapolar dos marcos da liberdade pessoal dentro da lei, deixando o indivíduo de observar esta, vindo a cometer atos considerados pelo ordenamento jurídico como ilícitos civis ou penais. Tudo isto em um clima de conflito com um ou mais indivíduos, conflito este que se não for resolvido de modo eficiente e justo será fator de maior desintegração social (...).⁶

Apenas nesta medida, portanto, é que o conflito de interesses entre as pessoas interessa à Ciência Jurídica, ou seja, apenas e somente quando decorra da inobservância da lei. Antes disso, ele será objeto de interesse de outras áreas do conhecimento, como por exemplo, conforme acima mencionado, da

⁶ GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. p. 7

Sociologia, da Psicologia e especialmente da Ciência Política. No entanto, decorrendo da inobservância da lei, o conflito ingressa na seara do Direito, e então será não apenas um conflito entre pessoas, mas também um conflito jurídico entre pessoas. É deste conflito que a Ciência Jurídica trata com a devida propriedade.

Por exemplo, a denominação que atualmente se lhe atribui é conflito jurídico, ou, com mais propriedade ainda, crise jurídica, em substituição à tradicional denominação “lide” ou “litígio”. Além disso, a crise jurídica é classificada em crise de certeza, crise de adimplemento e crise de situações jurídicas. A primeira solucionada mediante uma sentença de natureza declaratória; a segunda mediante uma sentença de natureza condenatória; e a terceira mediante uma sentença de natureza constitutiva.

2. A jurisdição, a ação (e defesa) e o processo (sincrético)

O juiz, na medida em que busca, através do exercício da jurisdição, a realização de uma das funções do Estado, qual seja, a pacificação social, está vinculado ao dever de imparcialidade, que por sua vez consiste em buscar a verdade dos fatos nas provas constantes dos autos do processo, dispensando tratamento igualitário às partes, de maneira a evitar o favorecimento de uma em detrimento da outra. Já as partes, como o próprio nome sugere, atuam no processo visando à satisfação de seus próprios interesses, daí serem concebidas como sujeitos parciais da relação jurídica processual.

As partes estão sempre no processo em busca da realização de algum interesse, ordinariamente próprio, em conflito com o interesse de outra pessoa ou grupo. Os atos que realizam são, por isso, atos de defesa de interesses, (...). São atos parciais, no sentido de não guardarem estrito compromisso com a fidelidade às normas jurídico-substanciais e mesmo às do processo. Cada uma das partes realiza atos endereçados a obter para si a tutela jurisdicional e o maior compromisso que têm é com a pretensão que apresentou em juízo: o do autor é com a demanda inicial e o do réu, com aquilo que houver demandado ao responder. Quem atua imparcialmente, comprometido com a justiça, é o juiz.⁷

A jurisdição, portanto, assim como o processo judicial, é um instrumento colocado à disposição dos cidadãos para a proteção de seus direitos e, por via de consequência, em um sentido mais amplo, para que o Estado realize a sua função de pacificar o meio social mediante a eliminação do conflito de interesses existente entre as partes. Dessa forma, os cidadãos em geral integram a categoria dos jurisdicionados. Ou seja, sujeitos à jurisdição estatal. Diz-se ainda, nesse sentido, que jurisdição e processo são indissociáveis.

A princípio, a jurisdição mantém-se paralisada, e não compete ao órgão jurisdicional a iniciativa de colocá-la em movimento. Daí o ditado no sentido de que a jurisdição é inerte e não se exercita de ofício. É o denominado princípio da inércia da jurisdição. O impulso para movimentá-la cabe unicamente a um dos envolvidos no conflito de interesses. É o denominado

⁷ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II, p. 481

princípio dispositivo. Para tanto, o interessado deverá valer-se da ação judicial. O acesso à jurisdição, portanto, se dá, basicamente, por meio da ação judicial, que por sua vez é definida como o direito a um provimento jurisdicional (sentença). Em suma, é através da ação judicial que os cidadãos (ou jurisdicionados) movimentam a jurisdição, visando à obtenção de um provimento jurisdicional que restabeleça a ordem jurídica.

A ação judicial é movida, em regra, através de uma petição inicial escrita. Sua elaboração é ônus da parte interessada na obtenção do provimento jurisdicional, geralmente denominada autor. Para tanto, o autor deverá valer-se, em regra, de um profissional que detenha a capacidade postulatória plena, ou seja, a capacidade de postular (ou rogar) perante o juízo. Esse profissional é o advogado. A ele compete não apenas a redação da petição inicial, mas também dos demais atos de interesse da parte que representa. Desse modo, o advogado é verdadeiramente um representante da parte perante o órgão jurisdicional. Em suma, para propor uma ação judicial o interessado deverá, em regra, valer-se de uma petição inicial assinada por advogado, e por este será representado perante o órgão jurisdicional em todos os demais atos processuais.

Excepcionalmente, no entanto, há conflitos (ou crises jurídicas) que em razão de sua menor complexidade não necessitam de petição inicial assinada por advogado para que cheguem ao conhecimento do órgão jurisdicional. São as denominadas pequenas causas, para cuja resolução foram instituídos os Juizados

Especiais. Neles, é facultado ao interessado na obtenção do provimento jurisdicional propor sua ação judicial mediante petição inicial por ele mesmo subscrita, ou ainda mediante exposição oral de seu conflito perante a Secretaria do Juizado. Na prática, isto se dá mediante o seu comparecimento a Secretaria do Juizado, onde fará a exposição oral de seu conflito. Geralmente, os dados que integram essa exposição são colhidos pela Secretaria do Juizado em formulário previamente existente. Este formulário, embora não seja uma petição inicial, a ela equivale na medida em que é o primeiro ato do procedimento que se desenvolve no âmbito dos Juizados Especiais.

Isto significa, por um lado, que qualquer cidadão pode exercer por si mesmo o seu direito de ação, também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, desde que se trate de litígio (ou crise jurídica) de menor complexidade. Por outro lado, ainda que se trate de litígio (ou crise jurídica) de menor complexidade, o exercício do direito de ação pelo próprio interessado - ou seja, sem a intermediação de advogado -, não significa que a ele fora outorgada capacidade postulatória. Na verdade, o exercício do direito de ação, em se tratando de litígio (ou crise jurídica) de menor complexidade, independe de capacidade postulatória.

Uma vez acionada a jurisdição, seja perante a Justiça Comum seja perante o Juizado Especial, estabelece-se uma relação jurídica entre os

envolvidos, denominada relação jurídica processual, e desencadeia-se uma série de atos processuais, denominada procedimento. A relação jurídica processual é composta principalmente por três pessoas, denominadas sujeitos processuais: a pessoa que ingressa com a ação judicial, geralmente denominada autor; a pessoa em face de quem a ação judicial é proposta, geralmente denominada réu; e a pessoa a quem a ação judicial é direcionada - o órgão jurisdicional. Daí a sua associação à figura de um triângulo, em cujo vértice encontra-se o órgão jurisdicional; em cada uma das extremidades de sua base o autor e o réu; e em cada um de seus lados um fluxo de poderes, faculdades, deveres e ônus que ocorre entre os sujeitos processuais.

Desse modo, percebe-se que a relação jurídica processual é composta não apenas pelos sujeitos processuais, mas também por um fluxo de poderes, faculdades, deveres e ônus que ocorre entre eles. Sinteticamente, os poderes, as faculdades, os deveres e os ônus são direitos e deveres dos sujeitos processuais, uns para com os outros, e se exteriorizam mediante a prática dos atos processuais que integram o procedimento. Rigorosamente, no entanto, o órgão jurisdicional não possui direitos na relação jurídica processual, mas sim poderes (e deveres). Neste sentido, o artigo 125 do Código de Processo Civil.

Portanto, os sujeitos processuais exercitam os seus direitos (e poderes) e deveres processuais mediante a prática dos atos processuais. Dentre eles, merecem destaque: a petição inicial, cuja importância já foi destacada

anteriormente; a contestação, que geralmente é a resposta do réu à petição inicial; bem como a sentença, que é proferida pelo órgão jurisdicional ao final do procedimento. Àqueles dá-se a denominação de atos postulatórios, cuja prática ocorre durante a subfase processual denominada postulatória (ou de postulação); enquanto a este dá-se a denominação de ato decisório, cuja prática ocorre durante a subfase processual denominada decisória (ou de julgamento).

Possuem relevância também os atos praticados no intervalo entre as subfases postulatória e decisória, principalmente aqueles que se destinam: a resolver eventuais questões processuais; e a corroborar as alegações feitas pelas partes. Àqueles dá-se a denominação de atos saneadores (ou de saneamento), cuja prática ocorre durante a subfase processual de saneamento; enquanto a estes dá-se a denominação de atos instrutórios (ou de instrução), cuja prática ocorre durante a subfase processual denominada instrutória (ou de instrução).

Em suma, a fase de cognição do processo (sincrético) está aparelhada por 4 (quatro) subfases: a de postulação, a de saneamento, a de instrução e a de julgamento. Dentre elas, pelo menos duas são imprescindíveis: a de postulação e a de julgamento. As demais: de saneamento e de instrução, são eventuais. Com efeito, a de saneamento apenas será necessária diante da incidência de questões processuais: por exemplo, as condições da ação e os pressupostos processuais. Inexistindo essas questões, ingressa-se diretamente na subfase seguinte: a de

instrução. Esta, por sua vez, em certas situações, também pode ser dispensada: por exemplo, quando o conflito versar sobre matéria unicamente de direito.

O procedimento é regulado pelas regras processuais, que se encontram principalmente nos Códigos de Processo, e o provimento jurisdicional (sentença) que o encerra consiste, em regra, no julgamento acerca do mérito do pedido formulado na petição inicial, em conformidade com a respectiva norma de direito material, e realizado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que pressupõe a consideração não só do conteúdo veiculado na resposta do réu, como também do produzido no decorrer da subfase instrutória do processo, denominado conjunto probatório. Neste momento encerra-se o procedimento.

Trata-se, na verdade, da sentença definitiva, capaz de encerrar não apenas o procedimento, mas também o processo, a ação e o próprio exercício da jurisdição, retornando esta ao seu estado de inércia, salvo quando a parte que sucumbiu, contra ela se põe mediante recurso, ou ainda mediante o descumprimento da obrigação por ela estabelecida. Naquela hipótese, a jurisdição será exercida e o procedimento instaurado em segundo grau de jurisdição; enquanto que nesta hipótese o procedimento se estenderá ainda em primeiro grau de jurisdição, porém em sua fase de cumprimento (ou execução), que visa a forçar o sucumbente ao cumprimento da obrigação estabelecida pela sentença.

À ação que culmina com uma sentença que estabelece uma obrigação para a parte que sucumbiu dá-se a denominação de ação condenatória, e ao processo que se estende além de sua fase de conhecimento visando forçar o sucumbente ao cumprimento da obrigação estabelecida pela sentença dá-se a denominação de processo sincrético. A princípio, portanto, o processo sincrético é constituído por duas fases, a de conhecimento (ou cognição), onde em síntese o órgão jurisdicional aplica o direito material, e a fase de cumprimento (ou execução) de sentença, onde em síntese o órgão jurisdicional busca satisfazer o vencedor mediante coação do vencido (ou sucumbente) ao cumprimento da obrigação estabelecida pela sentença.

É possível dizer que entre a ação condenatória e o processo sincrético há uma verdadeira simbiose, porque teoricamente apenas aquela é capaz de impulsioná-lo para além de sua fase de conhecimento. Em outras palavras, a ação condenatória permite que o processo sincrético ultrapasse a sua fase de conhecimento e ingresse em sua fase de execução (ou satisfação). Desta forma, a ação condenatória propicia o desenvolvimento completo do processo sincrético: é o processo sincrético em sua plenitude. E assim é porque o provimento jurisdicional (sentença) que encerra a fase de conhecimento de um processo gerado e desenvolvido por força de uma ação condenatória se transforma imediatamente em título executivo (judicial), que por sua vez é um dos pressupostos para toda e qualquer execução.

Assim sendo, ainda sob o ponto de vista teórico, o desenvolvimento das outras modalidades de ação judicial está limitado à fase de conhecimento do processo sincrético. São elas, basicamente, a ação declaratória e a ação constitutiva. Ou seja, essas ações, em regra, permitem que o processo sincrético se desenvolva somente até o final de sua fase de conhecimento. E isto precisamente porque o provimento jurisdicional (sentença) que as encerra jamais se transforma em título executivo.

Na prática, no entanto, há exceções. De fato, nota-se que a jurisprudência autoriza o prosseguimento do processo sincrético em sua fase de execução mesmo quando gerado e desenvolvido por força de uma ação declaratória. É o caso, por exemplo, da ação que visa a declaração de inexistência de relação jurídica obrigando o contribuinte ao recolhimento de determinado tributo, por ele já recolhido aos cofres públicos. Desde que vitorioso, o contribuinte poderá, neste caso, optar pela compensação ou pela repetição do indébito tributário. Sendo esta a sua escolha, terá que ingressar inevitavelmente na fase traçada para a execução contra a Fazenda Pública.

Processo civil. Agravo legal. Artigo 557 do CPC. Decisão terminativa. Embargos à execução. Opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor. Faculdade do credor. (...) IV - No que tange à pretensão de repetição em pecúnia, a decisão apelada contraria entendimento jurisprudencial reinante nesta Corte e no C. STJ, já tendo a questão sido objeto de recurso repetitivo. V - É direito do contribuinte escolher entre a compensação ou expedição do devido precatório (repetição). Tal norma jurídica é extraída da interpretação sistemática do artigo 66 da Lei nº 8.383/91 e do artigo 165 do Código Tributário Nacional (CTN). Nessa linha de

intelecção, o C. STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1114404, representativo de controvérsia, pacificou o entendimento segundo o qual a sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido" de sorte que a opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. VI - Prospera a alegação de que o título executivo ampara a pretensão de repetir o indébito ao invés de compensá-lo. VII - Não há que se falar em violação à coisa julgada, pois o direito de repetição reconhecido no título executivo judicial abrange as duas espécies de restituição (compensação e repetição). VIII - Por estar o entendimento aqui adotado cristalizado na jurisprudência pátria, a situação posta nos autos enquadra-se na lista daquelas em que os Procuradores da Fazenda estão autorizados a não apresentar contestação, a não interpor recursos, bem como desistir dos já interpostos (Item 25 da Lista de RE e RESP julgados em desfavor da Fazenda Nacional, conforme Portaria 294/2010).⁸

Este é, em síntese, o ciclo da jurisdição.

É nesse contexto que surge a figura do processo judicial, que consiste na junção entre a relação jurídica processual e o procedimento. Em outras palavras, o processo judicial é o resultado da associação entre a relação jurídica processual e o procedimento - este é o conceito que predomina na atualidade. Surgem também: os sujeitos processuais, quem sejam, o órgão jurisdicional, o

⁸ Apelação cível n. 1267516 - Processo n. 0001510-35.2005.4.03.6117 - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - 2ª Turma - 31/07/2012 - Juiz Convocado Fernando Gonçalves - 09/08/2012.

autor e o réu, aquele sujeito imparcial e estes sujeitos parciais (ou partes) do processo; bem como os direitos e obrigações de uns para com os outros. E surgem, finalmente, as figuras das fases e dos atos processuais.

Como método de trabalho, o processo tem o desenho de uma série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus. Os atos interligados, em seu conjunto, são o procedimento. O conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos é a relação jurídica processual. E o processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma entidade complexa, integrada por esses dois elementos associados - procedimento e relação jurídica processual (processo = relação jurídica processual + procedimento).⁹

Em suma, a jurisdição, a ação (e defesa) e o processo (sincrético) são instrumentos indissociáveis de que se vale o Estado para realizar a sua função de pacificar o meio social. Nesta condição, são institutos jurídicos que fundamentam o Direito Processual. Evidentemente que esta ótica está lastreada na natureza instrumental da jurisdição, da ação (e defesa) e do processo (sincrético). Neste sentido, portanto, a jurisdição, a ação (e defesa) e o processo (sincrético) são de fato instrumentos de pacificação social, nem sempre eficazes, no entanto, conforme se verá adiante.

3. Os meios alternativos (ou adequados): a conciliação e a mediação

Além da jurisdição, da ação (e defesa) e o do processo (sincrético) existem outras técnicas destinadas a promover a pacificação social, algumas

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II, p. 25 e 481.

passíveis de serem manejadas pelo Poder Judiciário. Refiro-me à conciliação, à mediação e à arbitragem, que por muito tempo foram consideradas “meios alternativos” de pacificação social. A própria denominação “meios alternativos” é um indício de que havia, e em certa medida ainda há uma preferência dos operadores do Direito, e também dos cidadãos, pelo uso da jurisdição. A jurisdição era e em certa medida ainda é tida como a técnica por excelência para a pacificação social, enquanto que a conciliação, a mediação e a arbitragem eram consideradas técnicas secundárias, aplicadas excepcionalmente. Esta primazia da jurisdição é consequência da denominada “cultura da sentença”.

O atual sistema processual brasileiro, seguindo sempre a linha do nosso legislador, procura prestigiar, em vários dispositivos, os meios alternativos de solução de conflitos. (...) Todavia, a mentalidade forjada nas academias, e fortalecida na práxis forense, (...) é aquela (...) de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença (...). Há mesmo (...) um (...) preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. E há, ainda, a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito. Um outro fator que reduz o entusiasmo dos juízes pela conciliação é a percepção que eles têm, e muitas vezes com razão, de que o seu merecimento será aferido pelos seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas, não sendo consideradas nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias, a condução diligente e correta dos processos, a sua dedicação à organização da comarca e sua participação em trabalhos comunitários. Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Por todas as razões acima citadas, os

juízes preferem proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos.”¹⁰

Hoje em dia, no entanto, embora persista esta primazia do provimento jurisdicional, a resolução dos conflitos mediante o uso principalmente da conciliação e da mediação tem aumentado consideravelmente, em especial após a edição da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Pública Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Como se vê, a própria mudança de nomenclatura, de “meios alternativos”, até então adotada pela doutrina, para “meios adequados” ou ainda “meios consensuais”, é um indício da tentativa de nivelamento dos institutos da conciliação (e mediação) ao da jurisdição.

Não há dúvida de que essa busca pelas demais técnicas de pacificação social é consequência da insatisfação da sociedade em relação à tradicional forma de prestação do serviço jurisdicional, ou seja, à jurisdição. Atualmente, uma das principais queixas em relação ao Poder Judiciário é no sentido de que os processos judiciais são demasiadamente lentos, e muitas vezes não conseguem garantir ao vencedor o gozo de seu direito. Por conseguinte, visando à implementação de medidas saneadoras, tem-se refletido acerca dos fatores que contribuem para a morosidade do processo judicial e também sobre sua utilidade como instrumento capaz de garantir aos cidadãos o gozo de seus direitos. Nesse

¹⁰ WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Griover. p. 686.

sentido, uma primeira conclusão é a de que a morosidade do processo judicial é consequência de uma série de fatores, dentre os quais se destaca o acúmulo de ações repetitivas, especialmente no âmbito do Judiciário Federal.

Um dos grandes problemas da atualidade (...) tem sido o esgotamento do Poder Judiciário e a enorme demora na tramitação dos processos. A busca pela efetividade dos direitos (...) tem sido importante tema de debate na nossa sociedade e o norte condutor das reformas (...) na legislação. (...) Uma das maiores causas de esgotamento do judiciário tem sido (...) o enorme volume de ações repetitivas (...). A multiplicação de ações repetitivas, muito frequente na sociedade contemporânea, gera (...) mais trabalho à administração da justiça, tomando, de forma absolutamente irracional, tempo e dinheiro do Poder Judiciário.¹¹

Na verdade, em análise detida, nota-se que o principal fator para a manutenção dessa situação é, lamentavelmente, a própria jurisdição. Não qualquer jurisdição, mas aquela que, propositadamente ou não, não atinge o seu desiderato, ou seja, não pacifica o meio social. Isto significa a perpetuação não apenas do processo, mas o que é pior, a perpetuação da lide. E a experiência mostra o quanto é nociva essa ineficiência do Poder Judiciário: ela corrompe as pessoas e, por consequência, semeia toda espécie de atos ilícitos.

De fato, diante desse quadro, muitos acabam se valendo da inoperância do Poder Judiciário para se eximirem do cumprimento de suas obrigações. Ou seja, por estarem certas de que não serão coagidas, as pessoas deixam de cumprir suas obrigações. Assim, evidentemente que a jurisdição que

¹¹ PINTO, Fernanda Guedes. *Ações repetitivas e o novel artigo 285-A do CPC*. Revista de Processo n. 150, p. 122

não funciona provoca profunda descrença dos cidadãos em relação ao Poder Judiciário, e por consequência, contribui consideravelmente para a desintegração do meio social.

Diante disso, é preciso reconhecer que a jurisdição, e por consequência o processo judicial, apesar de sua incontestável importância, de fato não é a técnica apropriada para a resolução de uma considerável gama de conflitos. Ou seja, nem sempre a jurisdição é o mecanismo adequado para a resolução de um determinado conflito de interesses.

Para ilustrar o exposto, valho-me de uma comparação utilizada pelos juristas: a crise jurídica pode ser vista como uma moléstia, e a técnica para sua resolução como um remédio. Destarte, da mesma forma que para cada moléstia há um remédio, para cada crise jurídica há também de existir uma técnica adequada para sua resolução. Dando prosseguimento a esta comparação, chega-se à conclusão no sentido de que a jurisdição nem sempre é a técnica apropriada para resolver um determinado conflito, assim como não é qualquer remédio que pode debelar uma determinada moléstia.

A Constituição Federal não assegura acesso meramente formal à Justiça (...), mas um acesso qualificado, que exige uma atenção (...) especial do Poder Judiciário a todos que tenham qualquer problema jurídico (...). E esse acesso qualificado à Justiça nem sempre é obtido por meio da (...) da sentença, pois esta muitas vezes não é capaz de propiciar uma solução adequada à natureza dos conflitos (...), o que apenas pode ser alcançado por meio da utilização de outros métodos de solução de conflitos (...). Daí a importância de possibilitar tanto a utilização desses outros métodos quanto a escolha

(...) daquele mais adequado para o tipo de conflito apresentado, levando também em consideração as características das próprias partes envolvidas.¹²

Essa é a razão de ser da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ou seja, evitar o colapso do Poder Judiciário mediante a oferta de outros serviços além do tradicional provimento jurisdicional, representado especialmente pela sentença do juiz e pelo acórdão do colegiado. A conciliação e a mediação passam a ser mais uma forma colocada à disposição dos cidadãos para resolução de seus conflitos de interesses (crises jurídicas). Elas chegam, portanto, para somar e não para competir com a jurisdição.

Esta deve ser a mentalidade dos operadores do Direito diante do avanço dessa metodologia de resolução de conflitos de interesses (crises jurídicas). Uma das expectativas é a de que com uso da conciliação e da mediação haja uma diminuição significativa na quantidade de processos e, por via de consequência, uma melhora na qualidade do serviço jurisdicional, em razão da redução da carga de trabalho. Percebe-se, dessa forma, a relação de concordância que há entre a adoção dos métodos da conciliação (e da mediação) e o princípio constitucional da tempestividade da tutela jurisdicional, também conhecido como princípio da celeridade processual.

... a política pública acima mencionada tem por objetivo a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, principalmente da conciliação e da mediação no

¹² LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. *Comentários da Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça*. In: *Mediação no Judiciário*. p. 315

âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste, e, em última análise, a mudança de mentalidade dos operadores do direito e das próprias partes, com a obtenção do escopo magno da jurisdição, que é a pacificação social, sendo apenas consequências indiretas desta, mas de suma relevância, a diminuição do número de processos e o afastamento da morosidade do Judiciário. (...)

... não se quer com isso diminuir a importância do Poder Judiciário, dos magistrados e de suas sentenças. Pelo contrário, o que se deseja é contribuir para a melhora da prestação jurisdicional, reservando-se aos juízes e à solução adjudicada as causas mais complexas, as que versam sobre direitos indisponíveis, ou aquelas nas quais as partes (...) não querem se submeter a outro tipo de solução, que não a sentença. Em outras palavras, os métodos alternativos de solução de conflitos não podem ser vistos apenas como (...) métodos praticados fora do Poder Judiciário, como sugere o adjetivo alternativo, (...) mas devem ser vistos também como importantes instrumentos, à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, havendo uma complementaridade entre a solução adjudicada, típica do Poder Judiciário, e as soluções não adjudicadas.¹³

De maneira que doravante serão basicamente três as formas de resolução de conflitos (crises jurídicas) manejadas pelo Poder Judiciário com a mesma intensidade: a jurisdição, a conciliação e a mediação. Diante disso, uma primeira questão que surge diz respeito aos critérios a serem adotados pelos operadores do Direito para a eleição da técnica apropriada para a resolução de um determinado conflito (crise jurídica).

Nesse desiderato, valho-me novamente da ilustração acima mencionada: o próprio conflito de interesses (crise jurídica), assim como uma determinada moléstia, traz em si indícios da técnica apropriada para a sua

¹³ Ibid. p. 304 e 315.

resolução. Daí a importância de se proceder a uma minuciosa análise do conflito de interesses (crise jurídica), para dele próprio extrair a técnica adequada para sua resolução (supra n. 1).

A esta altura, conclui-se que a importância da jurisdição não está nela mesma, ou seja, como instituição do Estado de Direito, e sim em sua capacidade para atingir o fim a que se destina: a pacificação social mediante a resolução dos conflitos de interesses. Sob esta ótica, as demais técnicas de pacificação social, em especial a conciliação e a mediação, também passíveis de serem manejadas pelo Poder Judiciário, possuem o mesmo grau de importância da jurisdição, podendo até mesmo superá-lo, na medida em que se mostrem mais adequadas para proporcionar a resolução definitiva dos conflitos e, por consequência, a efetiva pacificação do meio social. Portanto, o uso da conciliação e da mediação está associado à busca de uma efetiva pacificação social, muitas vezes impossível de ser alcançada pela via ordinária, ou seja, através da jurisdição.

... a crescente valorização e emprego dos meios não-judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos meios alternativos, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada jurisdição. Do ponto de vista puramente jurídico as diferenças são notáveis e eliminariam a ideia de que se equivalem porque somente a jurisdição tem, entre seus objetivos, o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora de cogitação nos chamados meios alternativos. Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca da pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal é o escopo magno da jurisdição, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da

atividade jurisdicional. Essa perspectiva teleológica do sistema processual sugere a equivalência entre pacificação imperativa e aquelas outras atividades.¹⁴

Por outro lado, percebe-se a necessidade de um novo conceito de pacificação social. Não apenas a pacificação social alcançada através da sentença, ou seja, mediante a aplicação da lei. Mas a pacificação social que também pode ser alcançada mediante um diálogo consensual entre as partes. Isto é o que se denomina “empoderamento” das partes. Ou seja, um trabalho a ser realizado pelos operadores do Direito, em especial pelo próprio Poder Judiciário, no sentido de conscientizar as partes de que elas possuem o livre arbítrio e, nesta medida, podem resolver por si mesmas a crise jurídica em que estão envolvidas.

De qualquer forma, o que interessa à ciência jurídica processual é que a pacificação social seja efetiva. E por efetiva pacificação social deve-se entender aquela que se sobrepõe ao litígio de maneira definitiva, inclusive em termos numéricos. Ou seja, não só qualitativa como também quantitativamente. A pacificação social será de boa qualidade quando não soçobrar ao litígio. Em outras palavras, quando se sobrepuser a ele de tal forma que seja capaz de eliminá-lo definitivamente do meio social. Pacificar o meio social, nesse sentido, significa não apenas aplicar a lei, mas sim dele eliminar o litígio, ainda que mediante um mero acordo entre as partes. Por outro lado, a pacificação social será de boa quantidade quando, em um determinado período, superar a

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I, p. 122

quantidade de litígios. Em outras palavras, quando em um determinado espaço de tempo, a quantidade de litígios seja consideravelmente menor do que a quantidade de pacificações.

Este é um conceito restrito de efetiva pacificação social, que pode ser encontrado no âmbito do Direito Processual. Neste sentido, o conceito de efetiva pacificação social é correlato e ao mesmo tempo contraposto ao de litígio. Há, por assim dizer, um duelo entre a pacificação social e o litígio. Já em um sentido mais amplo, a pacificação social é verdadeiramente um ideal e, portanto, um objetivo a ser buscado, incessantemente. Neste sentido, a pacificação social deve ser entendida não apenas como a eliminação de litígios, mas também como a própria paz social, ou simplesmente a paz.

Numa das mais confortadoras passagens do livro por excelência, a Bíblia, o profeta anuncia que os povos, no fim dos tempos, forjarão relhas de arados com suas espadas e as lanças, eles as converterão em foices (Isaías 2,4). O processo civil vem há muito, realizando essa tarefa. Com beneditina paciência, os cultores do Direito Processual foram transformando instrumentos de guerra em ferramentas de paz. A vingança privada, as ordálias e o duelo pouco a pouco cederam lugar à discussão honesta, ao jogo limpo, disciplinado por normas nítidas e claras, inspiradas em critérios de moralidade e decência. Parafrazeando Laménais, poderia dizer-se que o processo civil existe para que os homens não vejam inimigos nos antagonistas, mas os encarem como outros homens e, melhor que isso, como irmãos. E assim, Chiovenda pôde proclamar, no primeiro quartel deste século, que o processo é meio para a criação de bens jurídicos, e Carnelutti lhe assinou como finalidade a realização daquilo que seria a divisa do Santo Padre Pio XII: paz com justiça. O Direito Processual aperfeiçoou os costumes, poliu os

sentimentos, requintou as maneiras e criou hábitos de cavalheirismo e lealdade. Com isso, ele tornou a vida mais fácil e a humanidade mais feliz.¹⁵

2ª Parte - As diretrizes do processo civil

1. O devido processo legal e suas diretrizes: os princípios constitucionais do processo

Para exercer a jurisdição o Estado coloca à disposição dos cidadãos (ou jurisdicionados), basicamente, um órgão jurisdicional, representado pela pessoa do magistrado, e também um instrumento jurídico, representado pelo processo judicial. Nessa linha, conclui-se que embora nos últimos anos tenha ocorrido um considerável aumento na utilização do método da conciliação (e da mediação), a jurisdição e, por consequência, o processo judicial ainda são os mecanismos por excelência para a promoção da paz social. Não se trata, no entanto, de qualquer processo judicial, mas sim do devido processo legal, ou, no vernáculo dos responsáveis por sua concepção, o *due process of law*.

Foi em decorrência da necessidade de pacificação dos litigantes que surgiram as várias formas de solucionar uma situação litigiosa. Dentre elas, a que ora interessa de modo especial consiste na interferência, mediante provocação do interessado, do órgão estatal investido de poder para apreciar o conflito e julgá-lo à luz do ordenamento jurídico vigente, declarando com quem está juridicamente a razão e impondo a realização do que foi decidido, independentemente da vontade daquele que se vê obrigado a tal cumprimento. Tal poder chama-se jurisdição. Este órgão, nas sociedades

¹⁵ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1.

civilizadas contemporâneas, se faz presente, monocraticamente, por meio de um juiz ou, de forma colegiada, pelos tribunais compostos de vários juízes. A atuação de tais órgãos é disciplinada pelas leis de cada País e ocorre por meio de um instrumento de trabalho desenvolvido pela ciência processual denominado processo.¹⁶

É a Constituição Federal que determina a observância do devido processo legal quando se busca uma efetiva pacificação do meio social. Isto está expresso em seu artigo 5º, inciso LIV. Este preceito é, ao mesmo tempo, uma garantia e um princípio constitucional. Também é a Constituição Federal que traça as diretrizes do devido processo legal, sob a forma de princípios. São os princípios constitucionais relativos ao processo, cuja finalidade é assegurar a existência do devido processo legal. Sob esta ótica, portanto, os princípios constitucionais relativos ao processo, alguns examinados ao longo desta monografia, garantem a existência do devido processo legal.

Aos princípios constitucionais relativos ao processo dá-se a denominação de tutela constitucional do processo, enquanto que ao processo instaurado e desenvolvido em consonância com as diretrizes (ou princípios) constitucionais dá-se a denominação de modelo constitucional de processo. Portanto, a realização do devido processo legal depende da observância do modelo constitucional de processo, primeiro pelo legislador processual, no momento da elaboração da lei, e depois pelos operadores do Direito, no momento da sua aplicação, em especial pelo próprio órgão jurisdicional, em razão da sua condição peculiar de diretor do processo.

¹⁶ GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. p. 10.

De fato, dentre os operadores do Direito, cabe prioritariamente ao órgão jurisdicional a observância do modelo constitucional de processo, em razão de ser dele a responsabilidade pela condução do processo em conformidade com o seu procedimento. Cabe esclarecer, a esta altura, que os princípios constitucionais relativos ao processo não se confundem com o procedimento. Eles, na verdade, permeiam o procedimento, dando-lhe os contornos. Embora deva manter-se inerte (1ª parte, n. 2, § 3º), uma vez acionado, cabe ao órgão jurisdicional conduzir o processo em conformidade com o seu modelo constitucional, ou seja, mediante a observância tanto do procedimento traçado pela lei como dos princípios constitucionais.

As Constituições que antecederam a promulgada em 05/10/1988 não continham normas expressas traçando as diretrizes do devido processo legal. São elas: a de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. Inobstante isto, a partir desta última, tornou-se inegável a existência daquelas diretrizes, que se evidenciava através de normas de natureza igualmente constitucional, oriundas no entanto de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. O aparecimento de normas diretoras do processo no âmbito da própria Constituição Federal aconteceu apenas em 1988. Por isto, inclusive, que ela é reconhecida pelo seu caráter principiológico.

Dentre as diretrizes traçadas pela Constituição Federal para a realização do devido processo legal (ou modelo constitucional de processo) cabe

destacar no âmbito desta monografia, na medida do possível e pelas razões que serão expostas oportunamente, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como direito de ação, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal; o princípio do juiz natural e suas vertentes, em especial a da imparcialidade do órgão jurisdicional, previsto nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal; o princípio do contraditório e da ampla defesa, previstos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal; o princípio da imutabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, também conhecido como princípio da segurança jurídica, previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal; e o princípio da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

1.1 - O juiz natural e sua imparcialidade

O princípio do juiz natural é um dos fundamentos desta monografia. Isto pode ser notado pelo que foi exposto em seu preâmbulo (§§ 9º e 10). De fato, esta monografia foi sendo concebida e aos poucos elaborada a partir de minha reflexão acerca das atribuições que desempenho junto ao foro cível desde meu ingresso no serviço público federal. Daí a necessidade de abordar o princípio do juiz natural com a devida propriedade, inclusive pelo fato dele ser uma diretriz destinada não apenas ao juiz, mas também a todo o seu quadro de auxiliares, conforme se verá adiante.

A Constituição Federal de 1988, assim como as que lhe antecederam, também não previu expressamente o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional. Inobstante isto, é inegável a sua existência, que se evidencia, em um primeiro momento, novamente em tratados internacionais, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 10) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 14). Embora nesses documentos o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional assuma a feição de direito fundamental, sua natureza jurídica é dúbia e, portanto, polêmica.

De fato, ora apresenta-se ele como um direito fundamental, como no caso acima mencionado; ora como um princípio jurídico; ora ainda como uma regra jurídica. Diante disso, cabe uma reflexão acerca de algum critério que possa, com efeito, definir a natureza jurídica do dever de imparcialidade do órgão jurisdicional. Nesse desiderato, é válido o exercício no sentido de estabelecer uma relação entre a sua natureza jurídica e a do texto legislativo que o prevê. Por exemplo, em se tratando de um tratado internacional, ele será certamente um direito fundamental; figurando em um texto constitucional, será certamente um princípio jurídico; e, finalmente, aparecendo em um texto infraconstitucional, será indubitavelmente uma regra jurídica.

Em um segundo momento, já no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional revela-se através de um conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, dentre as

quais se destaca o princípio do juiz natural, previsto nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal. Em análise um pouco mais detida, nota-se que o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional é uma emanção do princípio do juiz natural, daí por que também é visto pela doutrina constitucional como um princípio derivado. No entanto, embora exista essa corrente, outra considerável parcela da doutrina nega que o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional seja uma emanção do princípio do juiz natural.

Sem adentrar, por ora, no mérito acerca dessa controvérsia, o certo é que para efetivação do devido processo legal, tanto o legislador processual como os operadores do Direito não de observar os princípios constitucionais relativos ao processo, dentre os quais interessa destacar neste momento o princípio do juiz natural e suas vertentes, em especial a da imparcialidade, previsto nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Em consonância com o princípio do juiz natural, este sim expressamente previsto não apenas na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII) como também em todas as demais que lhe antecederam, formou-se um arcabouço legislativo infraconstitucional que corporifica o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional. Portanto, além dos tratados internacionais já mencionados, do próprio princípio constitucional do juiz natural e da regra contida no artigo 95 da Constituição Federal, que dispõe sobre as garantias e as vedações relativas aos órgãos jurisdicionais, compõem o

conjunto de normas jurídicas que amoldam o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional a regra contida nos artigos 125, inciso I e 134 a 138 do Código de Processo Civil, que dispõem respectivamente sobre os deveres e impedimentos e suspeições do juiz; e, como não poderia deixar de ser, a regra dos artigos 25 a 32 e 35 a 39 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), que dispõem respectivamente sobre as garantias e os deveres e proibições do órgão jurisdicional. Esse conjunto de normas jurídicas, composto por princípios e regras, funciona como verdadeiro mecanismo que atua no sentido de assegurar a imparcialidade do órgão jurisdicional.

Não há dúvida de que o dever de imparcialidade tem como primeiro destinatário o juiz. No entanto, o seu quadro de auxiliares também lhe deve observância. Isto não significa que devam distanciar-se dos jurisdicionados e de seus representantes - de uma maneira geral os advogados -, a ponto de tornarem-se hostis uns aos outros. De fato, na prática forense, percebe-se muitas vezes que hostilidades entre uns e outros são falsamente justificadas mediante a invocação do dever de imparcialidade.

1.2 - A razoável duração do processo

Por ocasião do preâmbulo, salientei que os incidentes processuais fiscais, quando vistos sob a ótica da ciência jurídica processual, apresentam-se como fenômenos nocivos ao processo porque dificultam sobremaneira o desenvolvimento da fase de execução movida em face da Fazenda Pública

Federal, e nesta medida afrontam o modelo constitucional de processo, em especial o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, também conhecido como princípio da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal (§ 18). A esta altura, portanto, percebe-se que o tema em apreço é um desdobramento lógico do tema principal - os incidentes processuais fiscais -, e como tal será abordado tão detalhadamente quanto possível no âmbito desta monografia.

O princípio da razoável duração do processo, também conhecido por princípio da celeridade processual, ou ainda da tutela jurisdicional tempestiva, foi introduzido no âmbito da Constituição Federal por intermédio da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Seu aparecimento, portanto, é relativamente recente: há aproximadamente 8 (oito) anos. Topograficamente, ele está previsto no último dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal.

Trata-se de um princípio que assegura o direito não só à duração razoável do processo, mas também aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Com efeito, obviamente que o processo somente terá uma duração razoável quando impulsionado mediante o emprego de técnicas processuais eficazes. A princípio, portanto, cabe investigar no âmbito desta monografia as medidas (ou técnicas) que já foram ou que estão sendo concebidas pelo legislador processual - e aplicadas pelos operadores do Direito -, para garantir ao jurisdicionado o seu direito à razoável duração do processo.

Nesse sentido, nota-se que a produção legislativa foi intensa. De fato, diversas medidas foram concebidas pelo legislador processual em atenção ao princípio constitucional da razoável duração do processo. Por exemplo, a técnica do artigo 285-A, que faculta ao órgão jurisdicional, desde que presentes os pressupostos legalmente previstos, resolver o mérito das ações assim que lhe seja distribuída a petição inicial. Este instituto, introduzido ao Código de Processo Civil por intermédio da Lei n. 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, foi denominado pela doutrina “julgamento antecipadíssimo do mérito”.

Outrossim, a técnica do parágrafo 1º do artigo 518, que determina ao órgão jurisdicional o não recebimento do recurso de apelação quando a sentença recorrida estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Este instituto, introduzido ao Código de Processo Civil por intermédio da Lei n. 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, foi denominado “súmula impeditiva de recursos”.

No mesmo sentido, a instituição do programa de conciliação, que se deu por intermédio da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Pública (Judiciária) Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses (1ª parte, n. 3). E a instituição do processo judicial eletrônico, através da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, também conhecido pela sigla PJ-e.

Estas são algumas dentre as diversas medidas adotadas pelo legislador processual em atenção ao princípio da duração razoável do processo. Nota-se, no entanto, que com exceção das duas últimas, elas interferem apenas indiretamente no tempo de duração das execuções movidas em face da Fazenda Pública Federal. Ou seja, não surtem um efeito direto sobre essas execuções. Precisamente por isto, penso que no presente momento, a técnica processual realmente eficaz para imprimir celeridade na tramitação dos processos de execução movida em face da Fazenda Pública Federal seja o controle de constitucionalidade das leis, especialmente o exercido no âmbito do mecanismo difuso, que permite a imediata declaração de inconstitucionalidade pelo próprio órgão jurisdicional singular.

1.3 - A segurança jurídica

Um dos incidentes processuais fiscais por mim abordados no âmbito desta monografia já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Trata-se do incidente processual fiscal que decorre da necessidade de apresentação de certidões negativas de débitos fiscais para que o exequente possa realizar o levantamento do valor do precatório. Ele está previsto no artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, e sua inconstitucionalidade foi declarada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3453 (infra n. 1.1, § 10).

Outro dos incidentes processuais fiscais por mim abordados no âmbito desta monografia foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), no exercício do mecanismo difuso de controle de constitucionalidade, e está na iminência de ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício do mecanismo concentrado de controle de constitucionalidade. Trata-se do incidente processual fiscal que decorre da compensação do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório com débitos fiscais existentes em nome do exequente. Ele está previsto nos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal (infra n. 1.2, § 8º).

Nota-se, assim, que tanto o artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, como os parágrafos 9º e 10 introduzidos ao artigo 100 da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009, foram cada um a seu modo declarados inconstitucionais por afronta inclusive ao princípio da imutabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal. Daí a necessidade de realizar no âmbito desta monografia um exame tão detalhado quanto possível acerca deste princípio constitucional.

Ao contrário do princípio da razoável duração do processo, o princípio ora em apreço figura há muito tempo no âmbito da Constituição Federal. A sua importância está no fato de conferir segurança ao ordenamento jurídico, devendo-se entender por ordenamento jurídico não apenas o conjunto das

normas jurídicas vigentes (regras e princípios), mas também o conjunto das decisões judiciais com trânsito em julgado - ou seja, a coisa julgada. Daí a sua outra denominação: princípio da segurança jurídica, que em síntese significa a garantia de que os efeitos da lei, dos negócios jurídicos (contratos) e da coisa julgada serão respeitados especialmente pelo legislador.

Desse modo, ele visa a garantir ao cidadão o pleno exercício dos seus direitos, seja o adquirido diretamente da lei, seja o adquirido por intermédio de um ato (ou negócio) jurídico, seja ainda o adquirido por intermédio de uma decisão judicial não mais sujeita a recurso. Tal garantia consiste na proteção daqueles direitos contra atos do próprio Poder Legislativo. Daí a sua disposição no sentido de que a *“lei não prejudicará ...”*. Trata-se, em resumo, de um princípio que regula a sucessão de leis no tempo, no sentido de não permitir que a lei sucessora prejudique de qualquer forma os direitos adquiridos por força da lei sucedida.

3ª Parte - Os incidentes processuais fiscais

1. Os incidentes processuais (fiscais)

Conforme o exposto no preâmbulo, esta monografia tem por objetivo proceder a uma análise tão detalhada quanto possível acerca de certos aspectos da execução que ora é movida em face da Fazenda Pública Federal. Não há dúvida de que tais aspectos têm a natureza processual, porque ocorrem no curso do processo, ou precisamente, no curso do procedimento. No entanto, devido ao fim a que se destinam - o recolhimento (ou a retenção) de recursos financeiros em benefício da União -, eles também possuem uma natureza fiscal: daí serem denominados, no âmbito desta monografia, aspectos fiscais da execução movida em face da Fazenda Pública Federal. Portanto, são aspectos que podem ser examinados tanto sob a ótica da ciência jurídica processual, como sob a ótica da ciência jurídica fiscal (ou tributária), sem perder de vista sua adequação aos preceitos constitucionais, em especial aos princípios constitucionais do processo.

Sob a perspectiva da ciência jurídica processual, os aspectos fiscais da execução movida em face da Fazenda Pública Federal se apresentam como um

incidente processual, ou precisamente um procedimento incidental. Na verdade, o incidente processual pode assumir diversas formas: ora ele se apresenta como um processo incidental; ora ele se apresenta como um procedimento incidental; ora ainda ele se apresenta como uma mera questão incidental.

Seja sob a forma de processo, seja sob a forma de procedimento, seja ainda sob a forma de uma mera questão, o incidente processual, sob a ótica da ciência jurídica processual, sempre terá por escopo a resolução de uma questão incidental. Este é o seu escopo genérico. Digo genérico porque além dele há também o escopo visado por cada um dos envolvidos no incidente processual: no caso do exequente a satisfação do seu crédito; e no caso da executada a proteção do cofre público. Assim sendo, não há dúvida de que ao incidente processual que assume a forma de processo, ou ainda ao que assume a forma de procedimento, subjaz necessariamente uma questão incidental; não há dúvida também de que em determinadas circunstâncias o incidente processual é a própria questão incidental.

Esta, por sua vez, caracteriza-se por ser uma questão eventual (ou extraordinária); secundária quando comparada à questão principal do processo (o mérito); e cuja incidência é capaz de alterar o curso normal do procedimento, consideravelmente ou não, dependendo do seu grau de complexidade. Diz-se, portanto, que ela é secundária em relação à questão principal do processo (o mérito); eventual porque a princípio ela se mantém em estado latente, podendo

manifestar-se ou não, a critério da parte que detiver a legitimidade para suscitá-la; e que ela é capaz de alterar o curso do procedimento, porque sua incidência enseja invariavelmente a instauração do incidente processual.

O incidente processual é um fenômeno que pode se manifestar em qualquer processo judicial. Ele também é eventual (ou extraordinário), assim como a questão que enseja a sua instauração. A eventualidade, aliás, é uma de suas principais características. Uma vez que pode manifestar-se em qualquer processo judicial, ele é um gênero. Prova disto é que sua teoria é desenvolvida no âmbito da Teoria Geral do Processo, precisamente na parte que trata do procedimento. Assim sendo, o gênero incidente processual ocorre não apenas no processo que se desenvolve perante a jurisdição civil, mas também no processo que se desenvolve perante a jurisdição penal, constitucional, trabalhista e etc.

Dentre as espécies que se manifestam no âmbito do processo civil, destaco nesta monografia a que denomino incidente processual fiscal, porque seu aparecimento se deve à incidência de uma questão secundária de natureza fiscal, geralmente suscitada pela União no âmbito da própria execução que lhe é movida, ou seja, onde em regra não há o contraditório tampouco a ampla defesa.

Precisamente por isto, penso que a via processual adequada para suscitar quaisquer das questões incidentais fiscais examinadas nesta monografia, seja a princípio a do processo incidental (embargos à execução), onde há a plena garantia do contraditório e da ampla defesa, e apenas excepcional e

gradativamente - dependendo do grau de complexidade da questão incidental -, a via do procedimento incidental e a do mero processamento mediante a observância dos princípios constitucionais relativos ao processo.

Em análise um pouco mais detida, nota-se que a causa de quaisquer dos incidentes processuais por mim denominados fiscais não é apenas a existência de uma mera questão de natureza fiscal, mas sim a existência de uma verdadeira crise jurídica de natureza fiscal entre o exequente e a executada, distinta daquela que deu origem ao processo de execução em apreço. Daí a imperiosa necessidade dela ser tratada, a princípio, no âmbito de um processo incidental, instaurado por força de uma ação judicial: os embargos à execução.

No entanto, o que se observa na prática forense, é que essa crise jurídica de natureza fiscal é geralmente levada pela União ao conhecimento do órgão jurisdicional mediante petição simples, apresentada incidentalmente nos autos do processo de execução propriamente dito. Por consequência, em geral ela é processada mediante a mera observância dos princípios constitucionais relativos ao processo, ou quando muito mediante a observância do procedimento traçado pela Lei n. 12.431, de 27 de junho de 2011, cuja constitucionalidade por sua vez também é duvidosa.

É verdade, portanto, que para alguns incidentes processuais fiscais, como por exemplo, o relativo à compensação do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório, há um procedimento legalmente previsto para o seu

processamento. Para outros, no entanto, e o exemplo mais claro neste sentido é o incidente relativo à exigência de certidão negativa para levantamento do valor do precatório, o legislador processual não previu procedimento algum.

A rigor, portanto, o gênero incidente processual é um incidente do procedimento. Por incidente deve-se entender, neste contexto, um desvio accidental. Ou seja, um desvio não previsto. Este desvio se dá mediante a prática de atos processuais que não pertencem ao procedimento destinado a tratar da questão principal do processo: o mérito. Essa cadeia (ou série) de atos processuais accidentais configura um procedimento paralelo àquele, muitas vezes não regido por regras processuais propriamente ditas. Eis, portanto, outra característica notável do gênero incidente processual: o fato de às vezes não ser regido por um procedimento propriamente dito. É o caso de alguns dos incidentes processuais fiscais abordados nesta monografia. A ciência jurídica processual classifica-os como inominados.

Por exemplo, em momento algum o procedimento traçado para a execução contra a Fazenda Pública condiciona o levantamento do valor do precatório à inexistência de débitos fiscais em nome do exequente. Apesar disso, uma das exigências feitas pelo juízo da execução para que o exequente possa realizar o levantamento do valor do precatório é precisamente a prévia apresentação de certidões negativas de débitos fiscais. Esta exigência está contida no artigo 19 da Lei n. 11.033/2004, cuja constitucionalidade foi

examinada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3453.

É esta regra jurídica, de natureza eminentemente fiscal e de constitucionalidade a princípio duvidosa, que em determinado momento insere no âmbito da execução movida em face da Fazenda Pública Federal a questão incidental versando sobre a necessidade de exibição de certidões negativas de débitos fiscais para que o exequente possa realizar o levantamento do valor do precatório. Por consequência dela, portanto, é que será instaurado um procedimento paralelo ao principal. Eis o procedimento incidental fiscal, no caso inominado.

Está claro, dessa forma, que por incidente processual inominado deve-se entender aquele cujo processamento se dá independentemente da existência de um procedimento para tanto estabelecido pela lei. Neste caso, como a lacuna em lei não é motivo para que o órgão jurisdicional se exima da apreciação da questão incidental que lhe é apresentada, compete-lhe primeiramente admiti-la em juízo, em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como direito de ação, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, para em seguida - na hipótese de não ser o caso de imediata resolução -, processá-la em conformidade com os demais princípios constitucionais relativos ao processo, especialmente o do

contraditório e da ampla defesa, previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal (CPC, artigo 126).

À primeira vista, pode parecer que há também um rito traçado pela lei para o processamento do incidente processual fiscal relativo à constrição judicial do crédito (ou do valor) do precatório (CPC - artigos 671 a 676). Este rito, no entanto, destina-se apenas a tornar efetiva a decisão que eventualmente resolva o incidente processual fiscal em apreço de maneira favorável à constrição. Ou seja, é um rito que tem cabimento após a resolução do incidente processual fiscal em apreço, e mesmo assim apenas quando dela resulte a ordem constrição.

Já sob a ótica da ciência jurídica fiscal (ou tributária), os incidentes processuais fiscais são instrumentos de que se vale a Fazenda Pública Federal para aumentar ou preservar intactos os seus recursos financeiros. Nesta medida, eles funcionam tal como a execução fiscal. A propósito, são diversos os pontos em comum entre os incidentes processuais fiscais e a execução fiscal. Dentre eles, destaca-se o fato de ambos visarem, cada um à sua forma, a proteção do cofre público federal: a execução fiscal mediante arrecadação de recursos financeiros, enquanto que os incidentes processuais fiscais principalmente mediante a retenção de recursos financeiros. Além disso, ambos ensejam a instauração de um procedimento judicial de natureza fiscal. Apenas nesta medida é que há identidade entre o incidente processual fiscal e a execução fiscal. Na verdade, eles não se confundem porque a execução fiscal é ação

judicial, enquanto que o incidente processual fiscal é mera crise do processo, ou precisamente, uma crise do procedimento.

De fato, no âmbito da ciência jurídica processual, o gênero incidente processual também é visto como uma crise do processo, ou uma crise do procedimento. Na verdade, o gênero incidente processual ocasiona uma crise no procedimento. Nesse sentido, a crise do procedimento é uma consequência da instauração do incidente processual. Este, por sua vez, é apenas um dos fenômenos processuais capazes de ocasionar uma crise no procedimento. Outro é a ausência de quaisquer das condições da ação, capaz de ocasionar a crise mais grave do processo: a sua extinção.

A crise gerada pelo gênero incidente processual consiste na suspensão do procedimento principal, pelo tempo necessário à resolução da questão incidental. Nesta condição, ela é considerada uma crise de menor gravidade, porque, uma vez solucionada, permite que o processo retome o seu curso normal, rumo à sentença. Por isto ela é denominada suspensão imprópria do processo. Ou seja, embora suspenso o procedimento principal, o processo continua se desenvolvendo mediante a prática dos atos que constituem o procedimento incidental. Assim sendo, a conclusão é no sentido de que a suspensão ocasionada pelo gênero incidente processual não é propriamente a do processo e sim a do procedimento principal.

A esta altura, o que importa registrar é o momento processual em que são instaurados quaisquer dos incidentes processuais fiscais. Nesse desiderato, cabe lembrar que os incidentes processuais fiscais têm por objetivo evitar a saída de recursos financeiros dos cofres públicos, salvo evidentemente do relativo à incidência da contribuição devida ao Plano de Seguridade dos Servidores Públicos. Assim sendo, obviamente que de uma maneira geral eles são instaurados em dois momentos principais: a) logo após a ciência da União acerca da constituição do crédito a ser satisfeito por meio de precatório; e b) no mais tardar, logo após a ciência da União acerca da disponibilização ao juízo da execução do valor destinado à satisfação do precatório.

O crédito a ser satisfeito por meio de precatório considera-se constituído, em um primeiro momento, por ocasião do trânsito em julgado da sentença que homologa a concordância da União com o valor apurado pelo exequente. Já em um segundo momento, o crédito a ser satisfeito por meio de precatório considera-se constituído por ocasião do trânsito em julgado da sentença que resolve os embargos à execução.

Relembrando em parte o que já foi exposto: esta monografia destina-se a realizar uma análise dos incidentes processuais fiscais que surgem no âmbito de certas execuções movidas em face da Fazenda Pública Federal. Sob a ótica da ciência jurídica processual, por incidente processual fiscal deve-se entender aquele que visa a resolução de questões de natureza fiscal que incidem

no âmbito daquelas execuções. Já sob a ótica da ciência jurídica fiscal (ou tributária), o incidente processual fiscal é um instrumento de que se vale a União principalmente para evitar a saída de recursos dos seus cofres.

Percebe-se, portanto, que até esta altura, o exame dos incidentes processuais (fiscais) foi realizado tanto sob a perspectiva da ciência jurídica processual, como sob a perspectiva da ciência jurídica fiscal (ou tributária), e de uma maneira generalizada. Resta, portanto, um exame individualizado de cada um deles, inclusive sob a perspectiva da ciência jurídica constitucional.

Nesse desiderato, cabe elencá-los novamente. São eles: a) o que decorre da exigência de certidão negativa de débitos fiscais para que o exequente possa realizar o levantamento do valor do precatório; b) o que decorre da compensação do crédito a ser satisfeito por meio de precatório com débitos fiscais em nome do exequente; c) o que decorre da constrição judicial (penhora ou arresto) do crédito (ou do valor) do precatório, para a garantia de execução fiscal movida em face do exequente; d) o que decorre da incidência da contribuição devida ao Plano de Seguridade dos Servidores Públicos (PSS) sobre o crédito (ou o valor) do precatório; e) o que decorre da incidência dos juros de mora (ou moratórios) no intervalo entre a constituição do crédito a ser satisfeito por meio do precatório e a expedição do respectivo ofício.

1.1 - A certidão negativa de débitos fiscais para levantamento do valor do precatório

Existem atos jurídicos para cuja prática exige-se a prova da regularidade fiscal do interessado. Tal exigência decorre da lei: é uma exigência legal, portanto. Deve-se entender por regularidade fiscal a inexistência de pendência financeira junto aos entes fiscais: em especial perante a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A regularidade fiscal será plena quando se referir a todos os entes fiscais, e será parcial quando se referir a apenas um ou alguns deles.

Um exemplo muito conhecido de ato jurídico para cuja prática a lei exige a prova da regularidade fiscal plena do interessado é a alteração do contrato social de uma sociedade comercial. De fato, para que surtam seus efeitos, essa alteração contratual deve ser levada a registro perante o órgão competente: a Junta Comercial. Esta, por sua vez, exige da sociedade, em atenção ao artigo 62 do Decreto-Lei n. 147/67 e artigo 27 da Lei n. 8.036/1990, a prova de sua regularidade fiscal plena, dentre outros documentos. Trata-se, no caso, da certidão negativa de débitos fiscais (CND) e, também, do certificado de regularidade perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

Já no âmbito da execução movida em face da Fazenda Pública Federal, um exemplo de ato jurídico para cuja prática a lei exige a prova da regularidade fiscal do interessado é o levantamento do valor do precatório, que geralmente é realizado por intermédio de autorização judicial (alvará).

Na prática, a denominação precatório é utilizada indistintamente para designar tanto o precatório propriamente dito como a Requisição de Pequeno Valor (RPV). Rigorosamente, no entanto, eles não se confundem. O precatório é o instrumento que se destina a requisitar o pagamento de valor superior a um limite preestabelecido, enquanto que a Requisição de Pequeno Valor (RPV) destina-se a requisitar o pagamento de valor igual ou inferior àquele limite.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3R), o valor limite entre o precatório e a Requisição de Pequeno Valor (RPV) está previsto na Tabela de Verificação de Valores Limites, disponibilizada em seu sítio eletrônico: atualmente ele corresponde a 60 salários mínimos, ou seja, R\$ 37.320,00 (trinta e sete mil, trezentos e vinte reais).

Assim sendo, a requisição de pagamento de valor igual ou inferior a R\$ 37.320,00 (trinta e sete mil, trezentos e vinte reais) deverá ser realizada por intermédio de Requisição de Pequeno Valor (RPV), enquanto que a requisição de pagamento de valor superior a R\$ 37.320,00 (trinta e sete mil, trezentos e vinte reais) deverá ser realizada por intermédio de precatório.

Além disso, há que se atentar também para o fato de que apenas o levantamento de valor requisitado por intermédio de precatório depende de autorização judicial (alvará), e mesmo assim a critério do juízo da execução. Ou seja, o alvará judicial poderá ser dispensado pelo juízo da execução mesmo

quando se trate de levantamento de valor requisitado por intermédio de precatório.

Nesse contexto, o levantamento do valor requisitado por intermédio de precatório é um dos atos jurídicos cuja prática está condicionada não só à prévia autorização judicial (alvará), como também à apresentação de certidão negativa de débitos fiscais. Esta última condição está prevista no artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

Trata-se de uma regularidade fiscal plena, porque se refere não apenas à inexistência de débitos fiscais perante a União, mas também perante os Estados, os Municípios, e inclusive perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Seguridade Social (INSS).

É verdade que o artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3453. A propósito:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Precatórios. Artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004. Afronta aos artigos 5º, inciso XXXVI e 100 da Constituição da República. 1 - O artigo 19 da Lei n. 11.033/2004 impõe condições para o levantamento dos valores do precatório devido pela Fazenda Pública. 2 - A norma infraconstitucional estatuiu condição para a satisfação do direito do jurisdicionado - constitucionalmente garantido - que não se contém na norma fundamental da República. 3 - A matéria relativa a precatórios não chama a atuação do legislador infraconstitucional, menos ainda para impor restrições que não se coadunam com o direito à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada. 4 - O condicionamento do levantamento do que é devido por força de decisão judicial ou de autorização para o depósito em conta

bancária de valores decorrentes de precatório judicial, estabelecido pela norma questionada, agrava o que vem estatuído como dever da Fazenda Pública em face de obrigação que se tenha reconhecido judicialmente em razão e nas condições estabelecidas pelo Poder Judiciário, não se mesclando, confundindo ou, menos ainda, frustrando pela existência paralela de débitos de outra fonte e natureza que, eventualmente, o jurisdicionado tenha com a Fazenda Pública. Entendimento contrário avilta o princípio da separação de poderes e, a um só tempo, restringe o vigor e a eficácia das decisões judiciais ou da satisfação a elas devida. 6 - Os requisitos definidos para a satisfação dos precatórios somente podem ser fixados pela Constituição, a saber: requisição do pagamento pelo Presidente do Tribunal que tenha proferido a decisão; a inclusão, no orçamento das entidades políticas, das verbas necessárias ao pagamento de precatórios apresentados até 1º de julho de cada ano; o pagamento atualizado até o final do exercício seguinte ao da apresentação dos precatórios, observada a ordem cronológica de sua apresentação. 7 - A determinação de condicionantes e requisitos para o levantamento ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatórios judiciais, que não aqueles constantes de norma constitucional, ofende os princípios da garantia da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXVI) e o artigo 100 e seus incisos, não podendo ser tida como a norma que, ao fixar novos requisitos, embaraça o levantamento dos precatórios. 8 - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.¹⁷

Precisamente por isto, à primeira vista, pode parecer desnecessário e até mesmo inútil abordar no âmbito desta monografia o incidente processual fiscal que decorre do artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004. No entanto, nada impede que a União, no anseio de preservar os seus recursos financeiros, valha-se para tanto de qualquer expediente ao seu alcance, inclusive de um incidente processual que decorre de uma regra jurídica cuja inconstitucionalidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

¹⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3453 - Supremo Tribunal Federal - Relatora Ministra Cármem Lúcia - DJ 16/03/2007.

Isto se torna ainda mais provável quando se tem em vista o fato de que a mera declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja total seja parcial, pode não ser suficiente para fazer cessar a sua eficácia (ou a sua executoriedade). Para tanto, impõe-se às vezes a intervenção do Senado Federal, em atenção ao artigo 52, X da Constituição Federal.

Daí a necessidade de investigar no âmbito desta monografia a situação do artigo 19 da Lei n. 11.033/2004 perante o ordenamento jurídico, para, em seguida, e se for o caso, tratar com a devida propriedade do incidente processual que dele decorre. E isto requer, evidentemente, uma análise tão detalhada quanto necessária acerca do funcionamento do sistema (ou mecanismo) de controle de constitucionalidade das leis. A esta altura começa, portanto, o exame do incidente processual fiscal em apreço sob a perspectiva da ciência jurídica constitucional.

A inconstitucionalidade do artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004 foi declarada no âmbito de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, e isto faz uma grande diferença. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, também conhecida pela sigla ADIn, é um dos mecanismos destinados a realizar o controle de constitucionalidade da leis. Ele está previsto nos artigos 102, inciso I, “a” e 103 da Constituição Federal, e o seu procedimento encontra-se traçado na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Trata-se da declaração de inconstitucionalidade em tese, ou genérica. É o mecanismo concentrado de controle de constitucionalidade das leis, por via de ação direta ao órgão jurisdicional previamente estabelecido para manifestar-se genericamente acerca da constitucionalidade das leis: o Supremo Tribunal Federal (STF). Isto significa que a declaração de inconstitucionalidade proferida no âmbito do mecanismo concentrado produz o efeito “erga omnes” (contra todos), independentemente da intervenção do Senado Federal.

Além dele, há o mecanismo difuso de controle de constitucionalidade das leis, exercido por todos os órgãos jurisdicionais, por intermédio de incidente processual de inconstitucionalidade de lei. É precisamente este segundo mecanismo de controle de constitucionalidade que prevê a intervenção do Senado Federal para suspender a executoriedade da lei declarada inconstitucional. Naquele outro, a eficácia da lei cessa imediatamente após o trânsito em julgado do acórdão que declara a sua inconstitucionalidade.

Dessa forma, percebe-se que o artigo 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004 perdeu sua eficácia há muito tempo, precisamente por ocasião do trânsito em julgado do acórdão que declarou a sua inconstitucionalidade. Por consequência, o fenômeno processual que dele decorre, em regra não mais se manifesta. E, na remota hipótese de manifestar-se, assumirá a forma de uma mera questão incidental, ou seja, de menor complexidade, e nesta condição sua resolução deverá ser imediata, pela rejeição

da exigência de certidões negativas de débitos fiscais, prescindindo-se inclusive do contraditório, em razão da sua manifesta inconstitucionalidade.

A esta altura, é interessante observar que a prova da regularidade fiscal do exequente é produzida através de um documento: a certidão negativa de débitos fiscais. Ou seja, é uma prova documental. Assim sendo, sob a perspectiva da ciência jurídica processual, percebe-se claramente a impertinência do incidente processual fiscal em apreço, porque, ordinariamente, o processo de execução propriamente dito, conforme salientado anteriormente, não admite nem o contraditório nem a ampla defesa. Ou seja, não admite a produção de provas, salvo aquelas indispensáveis à propositura de qualquer execução, produzidas por ocasião da petição inicial.

Dessa forma, cabe salientar novamente que a via processual adequada para suscitar a questão incidental relativa à regularidade fiscal do exequente é, a princípio, a do processo incidental (embargos à execução), onde há a plena garantia do contraditório e da ampla defesa. E, apenas excepcionalmente, na hipótese de a irregularidade fiscal do exequente surgir após a constituição do crédito a ser satisfeito por meio de precatório, há de se admitir que a questão incidental em apreço seja suscitada no âmbito do processo de execução propriamente dito, em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

1.2 - A compensação do crédito do precatório com fundamento nos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal

Duas forças iguais e opostas anulam-se”¹⁸. De uma maneira análoga, isto é a compensação, instituto jurídico disciplinado especialmente pelo Direito Civil, mas que se aplica também no âmbito do Direito Tributário, na medida em que é uma das formas de extinção das obrigações em geral, dentre elas o crédito tributário. O Código Civil disciplina a compensação nos artigos 368 a 380. Já o Código Tributário Nacional nos artigos 156, inciso II, 170 e 170-A. É a este instituto que se reporta os parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal. Em suma, seja no âmbito do Direito Civil, seja no âmbito do Direito Tributário, seja ainda no âmbito do Direito Constitucional a compensação é uma das formas pelas quais as obrigações são extintas.

Os parágrafos 9º e 10 foram introduzidos ao artigo 100 da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009. Eles dispõem sobre a compensação do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório com débitos fiscais eventualmente existentes em nome do exequente. Na verdade, trata-se de uma regra jurídica imperativa. Ou seja, uma vez constatados os seus pressupostos, e não havendo disposição em contrário estipulada pelos envolvidos, a sua aplicação se impõe, obrigatoriamente. Isto explica por que os parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 4, p. 307

Constituição Federal foram imediatamente rejeitados pela sociedade em geral. Prova disto são as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs. 4357, 4372, 4440 e 4425.

De fato, a insatisfação generalizada da sociedade resultou em várias teses versando sobre a constitucionalidade dos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal. Tais teses, por sua vez, culminaram em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ajuizadas por importantes entidades de representação de classe, dentre as quais se destacam o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Ademais, a constitucionalidade dos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal também foi questionada pela via indireta, especialmente no âmbito do Agravo de Instrumento 0036865-24.2010.404.0000, originário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que abrange os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

Diante disso, assim como aconteceu por ocasião do exame do incidente processual fiscal que decorre do artigo 19 da Lei n. 11.110.33, de 21 de dezembro de 2004, cabe investigar no âmbito desta monografia a atual situação dos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal perante o ordenamento jurídico, para, em seguida, e se for o caso, tratar com a devida propriedade do incidente processual que deles decorre.

Por versarem sobre a mesma controvérsia, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs. 4357, 4372, 4440 e 4425 foram reunidas e estão na iminência de serem julgadas em conjunto, antecipada e definitivamente. Isto porque, diante do pedido de medida cautelar para suspender os efeitos da Emenda Constitucional n. 62/2009, foi adotado para o seu processamento o célere procedimento previsto no artigo 12 da Lei n. 9.868/98. A propósito:

O autor pede, liminarmente, a suspensão da eficácia da Emenda Constitucional n.º 62, de 09 de dezembro de 2009. 2. Do exame dos autos, enxergo a relevância da matéria veiculada na presente ação direta de inconstitucionalidade, bem como o seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Tudo a recomendar um posicionamento definitivo deste Supremo Tribunal Federal acerca da impugnação que lhe é dirigida. 3. Nessa moldura, adoto o procedimento abreviado de que trata o artigo 12 da Lei n.º 9.868/99.¹⁹

Isto significa, portanto, que até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal, embora pressionado por sucessivos pedidos de concessão de liminar, ainda não se manifestou acerca do mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade acima mencionadas. Já o relator destas, Ministro Carlos Ayres Brito, além de imprimir-lhes o processamento abreviado, proferiu o seu voto, cujos termos foram transcritos pelo Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik por ocasião do voto que proferiu no Incidente de Arguição de Constitucionalidade n. 0036865-24.2010.404.0000, instaurado no âmbito do

¹⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4357 - Supremo Tribunal Federal - Relator Ministro Carlos Ayres Brito - DJE n. 18, de 29/01/2010.

Agravo de Instrumento de mesmo número, ambos originários do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4R):

Continuo neste exame das arguições dos requerentes para analisar a alegação de inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal. Confira-se a redação dos dispositivos impugnados: (...).

Como se vê, as normas jurídicas atacadas chancelam uma compensação obrigatória do crédito a ser inscrito em precatório com débitos perante a Fazenda Pública. Compensação que se opera "antes da expedição dos precatórios" e mediante informação da Fazenda devedora, no prazo de 30 (trinta) dias. Dando-se que o objetivo da norma é, nas palavras do próprio Advogado-Geral da União, precisamente este: "impedir que os administrados (especialmente os que devem valores vultosos à Fazenda) recebam seus créditos sem que suas dívidas perante o Estado sejam satisfeitas". E se é assim, o que se tem - penso - é um acréscimo de prerrogativa processual do Estado, como se já fosse pouco a prerrogativa do regime em si do precatório. Mas uma "super" ou sobre-prerrogativa que, ao menos quanto aos créditos privados já reconhecidos em decisão judicial com trânsito em julgado, vai implicar violação da res judicata. Mais até, vai consagrar um tipo de superioridade processual da parte pública sem a menor observância da garantia do devido processo legal e seus principais desdobramentos: o contraditório e a ampla defesa.

Em palavras outras, a via-crúcis do precatório passou a conhecer uma nova estação, a configurar arrevezada espécie de terceiro turno processual-judiciário, ou, quando menos, processual-administrativo. Com a agravante da não participação da contraparte privada. É como dizer: depois de todo um demorado processo judicial em que o administrado vê reconhecido seu direito de crédito contra a Fazenda Pública (muitas vezes de natureza alimentícia), esta poderá frustrar a satisfação do crédito afinal reconhecido. E não se argumente que ao administrado é facultada a impugnação judicial ou administrativa dos débitos informados pela Fazenda Pública. É que o cumprimento das decisões judiciais não pode ficar na dependência de manifestação alguma da Administração Pública, nem as demandas devem se eternizar (e se multiplicar), porque "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (inciso LXXVIII do art. 5º da CF).

Em síntese, esse tipo unilateral e automático de compensação de valores, agora constante nos §§ 9º e 10 da Magna Carta (redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009), embaraça a efetividade da jurisdição e desrespeita a coisa julgada. E nessa linha é que se pronunciou o Supremo Tribunal Federal quanto a mecanismo semelhante, inserido no art. 19 da Lei nº 11.033/2004. Artigo que foi unanimemente declarado inconstitucional pelo Plenário desta nossa Corte na ADI 2.353. (...)

Com efeito, esse tipo de conformação normativa, mesmo que veiculada por emenda à Constituição, também importa contratura no princípio da separação dos Poderes. No caso, em desfavor do Poder Judiciário. Como ainda se contrapõe àquele traço ou àquela nota que, integrativa da proporcionalidade, demanda a observância obrigatória da exigibilidade/necessidade para a restrição de direito. Isso porque a Fazenda Pública dispõe de outros meios igualmente eficazes para a cobrança de seus créditos tributários e não-tributários. Basta pensar que o crédito, constituído e inscrito em dívida ativa pelo próprio Poder Público, pode imediatamente ser executado, inclusive com a obtenção de penhora de eventual precatório existente em favor do administrado. Sem falar na inclusão do devedor nos cadastros de inadimplentes. A propósito, este Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firme no sentido de vedar o uso, pelo Estado, de meios coercitivos indiretos de cobrança de tributo. Confirmam-se, nesse sentido, as Súmulas nº 70, 323 e 547. (...)

Não é tudo, porque também me parece resultar preterido o princípio constitucional da isonomia. Explico. Exige-se do Poder Público, para o recebimento de valores em execução fiscal, a prova de que o Estado nada deve à contraparte privada? Claro que não! Ao cobrar o crédito de que é titular, a Fazenda Pública não é obrigada a compensá-lo com eventual débito dela (Fazenda Pública) em face do credor-contribuinte. Por conseguinte, revela-se, por mais um título, anti-isonômica a sistemática dos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição da República, incluídos pela Emenda Constitucional nº 62/2009. Pelas mesmas razões, é inconstitucional a expressão "permitida por iniciativa do Poder Executivo a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o devedor originário pela Fazenda Pública devedora até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja

suspensa nos termos do § 9º do art. 100 da Constituição Federal", contida no inciso II do § 9º do art. 97 do ADCT.²⁰

É interessante notar também que embora tais ações diretas não estejam submetidas ao mecanismo da repercussão geral, cuja aplicação destina-se exclusivamente aos recursos extraordinários, tudo indica que neste caso elas de fato já funcionam como paradigma da controvérsia relativa à constitucionalidade dos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal. Isto porque o seu processamento encontra-se em estágio avançado, muito próximo ao desfecho, ao contrário do que acontece com o processamento do Recurso Extraordinário n. 678.360, verdadeiro paradigma daquela controvérsia, que além de estar em estágio inicial, poderá ser sobrestado a qualquer tempo a pedido formulado pelo Ministério Público Federal. Confira-se.²¹

Percebe-se pelo exposto que a constitucionalidade dos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal está sendo questionada através dos mecanismos difuso e concentrado. Considerando que apenas este possui o efeito “erga omnes” (contra todos), conclui-se que no presente momento há apenas uma mera expectativa de inconstitucionalidade. A tendência, no entanto, é de que ela seja declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Inclusive porque

²⁰ Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0036865-24.2010.404.0000 - TRF 4ª Região - Corte Especial - Relator Des. Federal Otávio Roberto Pamplona - 10/11/2011.

²¹ www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4219076

neste sentido já se manifestou não apenas o e. Ministro Carlos Ayres Brito, como também a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), no exercício do mecanismo difuso de controle de constitucionalidade, nos seguintes termos:

Arguição de Inconstitucionalidade. Emenda Constitucional n. 62/2009. Artigo 100, §§ 9º e 10 da CF/88. Precatório. Compensação de ofício. Inconstitucionalidade. Reconhecimento. 1. Os créditos consubstanciados em precatório judicial são créditos que resultam de decisões judiciais transitadas em julgado. Portanto, sujeitos à preclusão máxima. A coisa julgada está revestida de imutabilidade. É decorrência do princípio da segurança jurídica. Não está sujeita, portanto, a modificações. Diversamente, o crédito que a norma impugnada admite compensar resulta, como regra, de decisão administrativa, já que a fazenda tem o poder de constituir o seu crédito e expedir o respectivo título executivo extrajudicial (CDA) administrativamente, porém sujeito ao controle jurisdicional. Isto é, não é definitivo e imutável, diversamente do que ocorre com o crédito decorrente de condenação judicial transitada em julgada. Ou seja, a norma impugnada permite a compensação de créditos que têm natureza completamente distintas. Daí a ofensa ao instituto da coisa julgada. 2. Afora isso, institui verdadeira execução fiscal administrativa, sem direito a embargos, já que, como é evidente, não caberá nos próprios autos do precatório a discussão da natureza do crédito oposto pela fazenda, que, como é óbvio, não é definitivo e pode ser contestado judicialmente. Há aí, sem dúvida, ofensa ao princípio do devido processo legal. 3. Ao determinar ao Judiciário que compense crédito de natureza administrativa com crédito de natureza jurisdicional, sem o devido processo legal, usurpa a competência do Poder Judiciário, resultando daí ofensa ao princípio federativo da separação dos poderes, conforme assinalado, em caso similar, pelo STF na ADI 3453, que pontuou: "o princípio da separação dos poderes estaria agravado pelo preceito infraconstitucional, que restringe o vigor e a eficácia das decisões judiciais ou da satisfação a elas devidas na formulação constitucional prevalecente no ordenamento jurídico". 4. Ainda, dispendo a Fazenda do poder de constituir administrativamente o seu título executivo, tendo em seu favor inúmeros privilégios, materiais e processuais, garantidos por lei ao seu crédito (ressalvado os trabalhistas, preferência em relação a

outros débitos; processo de execução específico; medida cautelar fiscal; arrolamento de bens, entre outros), ofende o princípio da razoabilidade/proporcionalidade a compensação imposta nos dispositivos impugnados. 5. Em conclusão: os §§ 9º e 10 do art. 100 da CF, introduzidos pela EC n. 62, de 2009, ofendem, a um só tempo, os seguintes dispositivos e princípios constitucionais: a) art. 2º da CF/88 (princípio federativo que garante a harmonia e independência dos poderes); b) art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88 (garantia da coisa julgada/segurança jurídica); c) art. 5º, inciso LV, da CF/88 (princípio do devido processo legal); d) princípio da razoabilidade/proporcionalidade. 6. Acolhido o incidente de arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF, introduzidos pela EC n. 62, de 2009.²²

Como se sabe, a decisão proferida no âmbito do mecanismo difuso de controle de constitucionalidade, a princípio faz coisa julgada somente entre as partes. Isto significa que ela não possui o efeito “erga omnes” (contra todos). Para tanto, terá primeiramente que ser submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio de um eventual recurso extraordinário, e somente na hipótese de ser mantida, deverá ser levada ao conhecimento do Senado Federal, em atenção ao artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Daí a demora no desfecho do Recurso Extraordinário (RE) 678.360.

Pelo exposto, nota-se que o incidente processual fiscal que decorre dos parágrafos 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal ainda pode ser instaurado sob o respaldo da lei. Em outras palavras, os parágrafos 9º e 10 do

²² Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0036865-24.2010.404.0000 - TRF 4ª Região - Corte Especial - Relator Des. Federal Otávio Roberto Pamplona - 10/11/2011.

artigo 100 da Constituição Federal encontram-se em pleno vigor, motivo por que sob o ponto de vista legal o incidente processual fiscal que deles decorre pode ser instaurado. Sua forma, no entanto, variará em conformidade com o entendimento do órgão jurisdicional singular acerca de sua constitucionalidade.

Por exemplo, na hipótese de o órgão jurisdicional compartilhar do entendimento manifestado pelo Ministro Carlos Ayres Brito e também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), poderá ser suscitado no âmbito do processo de execução propriamente dito, logo após a ciência da União acerca da constituição do crédito a ser satisfeito por intermédio do precatório, e então assumirá a forma de uma mera questão incidental. Neste caso, deverá ser imediatamente resolvido pela rejeição do pedido de compensação, independentemente inclusive do contraditório, em razão da sua inconstitucionalidade.

Já na hipótese de o órgão jurisdicional singular não compartilhar do entendimento manifestado pelo Ministro Carlos Ayres Brito e também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), o incidente processual fiscal em apreço a princípio deverá assumir a forma de um processo incidental, até porque a questão relativa à compensação pode e deve ser suscitada no âmbito dos embargos à execução, em consonância com o artigo 741, inciso VI do Código de Processo Civil.

Excepcionalmente, no entanto, na hipótese de o débito fiscal existente em nome do exequente ter sido constituído após a constituição do crédito a ser satisfeito por meio do precatório, há de se admitir, em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que o incidente processual fiscal em apreço seja instaurado no âmbito do processo de execução propriamente dito, logo após à ciência da União acerca da constituição do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório, sob a forma de um procedimento incidental.

Conforme dito anteriormente (supra n. 1, §§ 9º e 10), este procedimento incidental destinado ao processamento do incidente processual fiscal que decorre da compensação do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório está previsto em lei. Não se trata, portanto, de um procedimento incidental inominado, ao qual me referi anteriormente (supra n. 1, § 11). Ele está previsto precisamente nos artigos 33 a 44 da Lei n. 12.431, de 27 de junho de 2011. A seu respeito, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região se manifestou nos seguintes termos:

Cumpre, ainda, referir, que a Lei nº 12.431, de 27-06-2011, nos arts. 30 a 44, dispõe sobre a compensação de débitos perante a Fazenda Pública Federal com créditos provenientes de precatórios, na forma prevista nos §§9º e 10º do art. 100 da CF. Tal lei é oriunda da conversão da Medida Provisória nº 517, de 30-12-2010, a qual, no entanto, não previu esse instituto de compensação no seu texto originário, nada tendo referido a respeito.

A inclusão dessas disposições se deu somente por ocasião do Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 517/10, tendo passado a regulamentar em 15 dispositivos novos o uso de precatórios obtidos em ações contra a União para

compensar dívidas com o Fisco federal. A lei de conversão (Lei nº 12.431, de 27-06-11) é posterior não só às ADINs nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 que serão julgadas em conjunto pela Corte Suprema, quanto à suscitação do incidente de inconstitucionalidade pela 2ª Turma deste Tribunal (D.E. 21-03-11).

De acordo com as regras inseridas na lei de conversão, em síntese, o juízo responsável pela emissão do precatório a favor do contribuinte receberá da Fazenda informações sobre a existência de débitos a compensar. O beneficiário poderá questionar os dados informados pelo Fisco à Justiça, que também deverá buscar a resposta pela Fazenda federal. Da decisão do juiz caberá agravo de instrumento com efeito suspensivo que impedirá a requisição do precatório até a decisão final sobre a compensação. Entretanto, se uma parte dos valores a compensar for incontroversa, o precatório poderá ser emitido nesse montante antes da decisão final sobre o restante questionado.

Observe-se que esse procedimento de compensação de precatórios consubstancia-se em verdadeiro procedimento jurisdicional, porém, foi inserido na fase de expedição de precatórios, a qual tem natureza eminentemente administrativa. Trata-se de procedimento inusitado e nunca cogitado em nosso direito positivo, porquanto fere os mais mezinhos princípios de direito.

De qualquer sorte, a lei ordinária não pode constitucionalizar algo que já nasceu inconstitucional. Aliás, a Constituição Federal veda a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a processual civil (art. 62, §1º, I, b, CF/88), de modo que a lei de conversão, em linha de princípio, não poderia dispor sobre processo civil.²³

1.3 - A constrição judicial (penhora ou arresto) do crédito (ou valor) do precatório

A penhora é o ato fundamental de qualquer execução por quantia certa. Sem ela, nenhuma execução por quantia certa logrará êxito, a não ser que haja satisfação voluntária por parte do devedor. Isto tanto é verdade que uma vez realizada a penhora diz-se que a execução está garantida (ou segura). Assim, a

²³ Ibid.

penhora é a garantia do êxito de toda e qualquer execução por quantia certa (artigo 659). Isto vale também para a execução fiscal, que é uma das espécies de execução por quantia certa. Visando, portanto, ao êxito de suas execuções fiscais é que a União instaura no âmbito de certas execuções movidas em face da Fazenda Pública Federal o incidente processual fiscal em apreço, que por sua vez terá por fim a constrição judicial do crédito a ser satisfeito por intermédio do precatório, ou ainda do valor eventualmente colocado à disposição do juízo da execução para a satisfação do precatório. Em geral, essa constrição judicial é realizada por meio de penhora, mas pode também ocorrer por meio de arresto.

A penhora, assim como diversos outros institutos do direito processual, como por exemplo, a própria execução por quantia certa, é um gênero. Dentre as espécies de penhora uma já foi abordada no âmbito desta monografia, por ocasião do seu preâmbulo: a que se realiza por meio eletrônico, notadamente através do sistema operacional denominado BACEN-JUD. Esta espécie de penhora, comumente denominada penhora on-line, ou ainda penhora eletrônica, apesar de sua admirável eficácia, não se aplica à execução movida em face da Fazenda Pública, precisamente porque os bens públicos são inalienáveis e, por consequência, impenhoráveis. Mesmo assim, na medida em que é aplicada em todas as outras espécies de execução por quantia certa, em especial no âmbito das execuções fiscais, ela mereceu e teve um tratamento tão detalhado quanto possível no âmbito desta monografia (supra, n. 1, §§ 13 e 14).

Precisamente em razão de os bens públicos estarem imunes à penhora é que foi concebido o instituto do precatório. De uma maneira geral, por meio dele os entes federados realizam o pagamento de seus débitos judiciais, ou seja, oriundos de sentença judicial com trânsito em julgado. Essa é a previsão do artigo 100 da Constituição Federal. O instituto do precatório, portanto, é fundamento do procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Em outras palavras, a execução contra a Fazenda Pública foi concebida pelo legislador processual para viabilizar o funcionamento do instituto do precatório. Nessa condição, a execução contra a Fazenda Pública é uma extensão, ou um prolongamento do instituto precatório. Daí a sua natureza constitucional, idêntica à do mandado de segurança, da ação civil pública, da ação direta de inconstitucionalidade, e todas as demais ações têm sua origem na Constituição Federal.

Uma vez que os bens públicos não estão sujeitos à penhora, a princípio pode parecer estranho mas o fato é que uma das espécies desta ocorre com frequência no âmbito das execuções movidas em face da Fazenda Pública. Trata-se da penhora no rosto dos autos, realizada em desfavor do exequente e em favor da executada. Isto é possível quando o exequente é ao mesmo tempo credor e devedor da executada. Nesta condição, é possível que ele figure como exequente na execução movida em face da Fazenda Pública e como executado na execução fiscal. A partir disso, também é possível que uma ordem judicial de

penhora emanada da execução fiscal venha a incidir sobre a execução movida em face da Fazenda Pública, precisamente sobre o crédito a ser satisfeito por meio do precatório, ou ainda sobre o valor colocado à disposição do juízo da execução para satisfação do precatório. Esta é a penhora que se realiza no rosto dos autos, e que enseja a instauração do incidente processual fiscal em apreço.

Ao contrário dos incidentes processuais fiscais examinados anteriormente, o que decorre da constrição judicial do crédito a ser satisfeito por intermédio de precatório, ou ainda do valor disponibilizado ao juízo da execução para satisfação do precatório, não tem nada de inconstitucional. Sua instauração é muito comum, e por isso admitida naturalmente. Já o seu processamento obedecerá, em um primeiro momento, aos princípios constitucionais do processo, em especial o do contraditório e da ampla defesa. E, uma vez resolvido pelo acolhimento do pedido de penhora, observar-se-á o procedimento traçado pelos artigos 671 a 676 do Código de Processo Civil.

2. A constitucionalidade dos incidentes processuais fiscais

Além dos incidentes processuais fiscais acima abordados, restam o que decorre da incidência dos juros moratórios no período compreendido entre a homologação dos cálculos de liquidação e a expedição do precatório; e também o que decorre da incidência da contribuição devida ao Plano de Seguridade dos Servidores Públicos Federais (PSS). No entanto, em razão da limitação temporal para conclusão desta monografia, não será possível abordá-los nesta ocasião. Da

mesma forma, restou consignar com a devida clareza as razões pelas quais utilizo nesta monografia a expressão Direito Fiscal ao invés de Direito Tributário para designar o ramo da ciência jurídica a que pertencem os incidentes processuais fiscais. Portanto, nesta ocasião registro apenas o sincero propósito de completar esta monografia mediante um exame detalhado acerca dos incidentes processuais fiscais faltantes, logo acima mencionados, e também mediante uma exposição tão clara quanto possível acerca da pertença dos incidentes processuais fiscais ao ramo do Direito Fiscal.

No decorrer desta monografia, foram abordados tão detalhadamente quanto possível os incidentes processuais fiscais que decorrem da necessidade de exibição de certidão negativa de débitos fiscais para que o exequente possa realizar o levantamento do valor do precatório; o que decorre da eventual compensação entre o crédito a ser satisfeito por meio do precatório e débitos fiscais eventualmente existentes em nome do exequente; e o que decorre da constrição judicial (penhora ou arresto) do crédito a ser satisfeito por meio do precatório ou ainda do valor colocado à disposição do juízo da execução para a satisfação do precatório.

Pelo que foi exposto, minha constatação foi no sentido de que o primeiro deles foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3453. Por isso, no presente momento, considerando que a declaração de inconstitucionalidade

proferida no âmbito do mecanismo concentrado tem o efeito imediato de expelir a respectiva lei do ordenamento jurídico, é pouco provável a hipótese de sua instauração.

O segundo incidente processual fiscal logo acima mencionado também foi declarado inconstitucional; porém, no âmbito do mecanismo difuso, precisamente pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), por ocasião do julgamento do incidente de inconstitucionalidade suscitado no âmbito do Agravo de Instrumento n. 0036865-24.2010.404.0000. Além disso, sua inconstitucionalidade está na iminência de ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4357, 4372, 4440 e 4425. No presente momento, portanto, a instauração do incidente processual fiscal em apreço ocorre com frequência, sobretudo porque ainda encontra respaldo na lei.

E o terceiro, finalmente, como já salientado anteriormente, é um incidente processual fiscal muito comum, que se instaura, se processa e se resolve sem complicações de natureza constitucional.

Bibliografia

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3453. Supremo Tribunal Federal. Relatora Ministra Carmem Lucia. DJE 16/03/2007. Disponível em: <www.stf.jus.br.> Acesso em: 17/02/2013.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4357. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. DJE n. 18, de 29/01/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17/02/2013.

ANUÁRIO DA JUSTIÇA BRASIL 2012. *A hora da razão: Judiciário lança mão de métodos de gestão e de tecnologia para aumentar eficiência*. Editora Consultor Jurídico.

Apelação Cível n. 1267516. Processo n. 0001510-35.2005.4026117. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator Juiz Fernando Gonçalves. 09/08/2012. Disponível em <www.trf3.jus.br> Acesso em: 17/02/2013

Arguição de Inconstitucionalidade n. 0036865-24.2010.404.0000. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona. 10/11/2011. Disponível em: <www2.trf4.jus.br.> Acesso em: 17/02/2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMPOS, Dejalma de. *Lições de processo civil para o Direito Tributário*. In: O processo na Constituição. Coordenadores: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª edição, revista e atualizada. v. 1 e 2, Malheiros: São Paulo. 2009.

FREIRE, Tatiane. *Bloqueios judiciais on-line somaram R\$ 17 bilhões em oito meses*. Disponível em: <www.cnj.jus.br> Disponível em: 05/12/2012.

GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Comentários da Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça*. In: Mediação no Judiciário.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 29ª ed. atualizada, v. 4 - São Paulo: Saraiva, 1997.

PINTO, Fernanda Guedes. *Ações repetitivas e o novel artigo 285-A do CPC*. Revista de Processo n. 150.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. v. 1.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Griover.