
A REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES DE ÓRGÃOS JULGADORES DO PODER EXECUTIVO BRASILEIRO E O DIREITO COMPARADO (FINRA - EUA)

*THE JUDICIAL REVIEW OF BRAZILIAN EXECUTIVE BRANCH AGENCY
ACTION AND THE COMPARATIVE LAW (FINRA - USA)*

Miquerlam Chaves Cavalcante

*Procurador da Fazenda Nacional com atuação perante o Conselho Administrativo de
Recursos Fiscais – CARF. Ex-assessor jurídico da Presidência da República (SAJ).
Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará.*

SUMÁRIO: 1 Contextualização; 2 O Modelo Brasileiro; 3 A Revisão Judicial de Decisões do Carf; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: Recente contato com o direito norte-americano nos levou a refletir sobre o desenrolar do processo administrativo tributário brasileiro. Mais precisamente, nossa abordagem versa sobre o momento posterior ao contencioso administrativo federal, ou seja, a fase judicial que ordinariamente acontece após a decisão de última instância administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. O procedimento administrativo desenvolvido no âmbito da *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA), instituição independente e reguladora das empresas de títulos e valores mobiliários que fazem negócios nos Estados Unidos, lança luzes sobre a atual descartabilidade do procedimento brasileiro. Ademais, nos instiga a tecer considerações sobre a necessidade de fortalecimento da posição institucional do CARF no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de promover a utilização racional de recursos públicos e garantir a perfeita independência entre Poder Executivo e Poder Judiciário, sem que isso signifique ofensa aos princípios conquistados por nossa democracia, como o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Administrativo Tributário. Revisão Judicial. Independência. Executivo. Judiciário.

ABSTRACT: Our recent contact with the U.S. Law led us to reflect on Brazilian administrative tax procedure. More precisely, our approach deals with the aftermath of administrative litigation, in other words, the judicial phase that normally happens after the final administrative decision rendered by CARF, the Brazilian Board of Tax Appeals. The administrative procedure developed under the Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), an independent regulator for securities firms doing business in the United States, throws light on the disposability of the current Brazilian procedure. Moreover, challenges us to make considerations about the need to strengthen the institutional position of CARF in Brazilian Law, in order to promote the rational use of public resources and to ensure perfect independence between the Executive Branch and Judicial Branch, without offense to the principles of our democracy, such as the principle of judicial review (Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição).

KEYWORDS: Tax Administrative Procedure. Judicial Review. Independence. Executive. Judiciary.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A matéria abordada nesse estudo teve como inspiração um aspecto muito peculiar do procedimento administrativo da entidade norte-americana denominada *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA).

Uma breve síntese sobre a evolução legislativa do mercado de capitais norte-americano se faz fundamental para compreendermos o papel da FINRA. Com efeito, a regulação em nível nacional do mercado de valores mobiliários começou em resposta à quebra da bolsa em 1929.

Tal regulação encontra seus pilares em dois principais diplomas legais, o *Securities Act of 1933* e o *Securities Exchange Act of 1934*. Destaque-se que este último diploma foi responsável pela criação da *Securities and Exchange Commission* - SEC, conforme previsão da Seção 4 do Ato de 1934, *verbis*.

SEC. 4. (a) There is hereby established a Securities and Exchange Commission (hereinafter referred to as the "Commission") to be composed of five commissioners to be appointed by the President by and with the advice and consent of the Senate. Not more than three of such commissioners shall be members of the same political party, and in making appointments members of different political parties shall be appointed alternately as nearly as may be practicable. No commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment than that of serving as commissioner, nor shall any commissioner participate, directly or indirectly, in any stock-market operations or transactions of a character subject to regulation by the Commission pursuant to this title. Each commissioner shall hold office for a term of five years and until his successor is appointed and has qualified, except that he shall not so continue to serve beyond the expiration of the next session of Congress subsequent to the expiration of said fixed term of office, and except (1) any commissioner appointed to fill a vacancy occurring prior to the expiration of the term for which his predecessor was appointed shall be appointed for the remainder of such term, and (2) the terms of office of the commissioners first taking office after the enactment of this title shall expire as designated by the President at the time of nomination, one at the end of one year, one at the end of two years, one at the end of three years, one at the end of four years, and one at the end of five years, after the date of the enactment of this title.¹

1 SEC. 4. (a) É criada uma Comissão de Valores Mobiliários (doravante referida como a "Comissão"), composta por cinco comissários a serem nomeados pelo Presidente por e com a opinião e o consentimento do Senado. Não mais de três comissários devem ser membros do mesmo partido político, e ao fazer nomeações de membros de diferentes partidos políticos devem ser nomeados alternadamente tanto quanto pode ser

A SEC, portanto, trata-se de agência independente criada pelo *Securities Exchange Act of 1934* (Seção 4), incumbida de toda a regulamentação federal ligada aos valores mobiliários², com destaque na fiscalização dos agentes que atuam no mercado, bem como na proteção dos investidores.

No ano de 1938 o *Securities Exchange Act of 1934* foi alterado pelo chamado *Maloney Act*, que inseriu a Seção 15A naquele diploma. A alteração possibilitou a constituição e o registro de associações nacionais de valores mobiliários, que supervisionariam a conduta dos seus membros, ao mesmo tempo em que estariam sujeitas à supervisão da SEC.

Vejamos a previsão legal:

REGISTERED SECURITIES ASSOCIATIONS

SEC. 15A. (a) An association of brokers and dealers may be registered as a national securities association pursuant to subsection (b), or as an affiliated securities association pursuant to subsection (d), under the terms and conditions hereinafter provided in this section and in accordance with the provisions of section 19(a) of this title, by filing with the Commission an application for registration in such form as the Commission, by rule, may prescribe containing the rules of the association and such other information and documents as the Commission, by rule, may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.³

possível. Nenhum comissário deve se envolver em qualquer outro negócio, vocação, ou emprego além do de servir como comissário, nem qualquer comissário deve participar, direta ou indiretamente, em operações no mercado de ações ou operações de alguém sujeito à regulamentação pela Comissão nos termos do presente título. Cada Comissário será eleito por um mandato de cinco anos e até que seu sucessor seja nomeado e tenha se qualificado, só que ele não deve continuar a servir além do vencimento da próxima sessão do Congresso subsequente à expiração do referido mandato fixo, e exceto (1) qualquer comissário nomeado para preencher uma vaga que ocorra antes da expiração do mandato para o qual seu antecessor foi nomeado será designado para o restante do prazo, e (2) os prazos dos mandatos dos comissários que primeiro assumirem o cargo após a promulgação deste título caduca conforme designado pelo Presidente, no momento da nomeação, um no final de um ano, outro no fim de dois anos, outro no fim de três anos, outro ao final de quatro anos, e outro no fim de cinco anos, após a data da promulgação deste título.

2 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and legal system of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN, West Group, 2006. p. 583.

3 ASSOCIAÇÕES DE VALORES MOBILIÁRIOS REGISTRADAS

SEC. 15A. (a) Uma associação de corretores e distribuidores pode ser registrada como uma associação nacional de valores mobiliários nos termos da alínea (b), ou como uma associação afiliada de valores mobiliários nos termos da alínea (d), nos termos e condições aqui estabelecidas nesta seção e, em conformidade com as disposições da seção 19 (a) deste título, mediante a apresentação à Comissão de um formulário de pedido de registro, cuja forma a Comissão pode regulamentar, contendo as regras da

Em outras palavras, a alteração promovida pelo *Maloney Act* possibilitou a criação das *Self-Regulatory Organization* - SRO, em tradução livre, Organizações Auto-Reguladoras. Nos dias atuais, os Estados Unidos contam com uma única SRO, exatamente a *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA).

A FINRA é autoridade auto-reguladora da indústria financeira, ou seja, do mercado de valores mobiliários (*securities*), mais especificamente no que se refere aos agentes que atuam neste mercado, disciplinando sua atuação como forma de proteção aos investidores.

A entidade nasceu da junção (ou consolidação) entre a *National Association of Securities Dealers, Inc.* - NASD e o segmento de regulamentação, execução, e arbitragem da *New York Stock Exchange* - NYSE. A consolidação, que foi anunciada em 28 de novembro de 2006 e aprovada pela *Securities and Exchange Commission* em 26 de julho de 2007, entrou em vigor em 30 de julho de 2007⁴.

FINRA constitui instância fora da esfera Estatal. Trata-se de autoridade privada cuja atribuição é deveras ampla em seu segmento econômico. Com efeito, dispõe de competência para registrar e treinar os operadores da indústria financeira, normatizar e regulamentar o setor, fiscalizar firmas que exploram a atividade de valores mobiliários, educar o público investidor, fazer cumprir as leis federais norte-americanas que disciplinam o segmento, etc.⁵.

Suas atribuições são assim explicadas em publicação própria⁶:

associação e outras informações e documentos que a Comissão entenda, por regulamento, necessário ou conveniente, no interesse público ou para a proteção dos investidores.

- 4 FINRA. *NASD and NYSE Member Regulation Combine to Form the Financial Industry Regulatory Authority - FINRA*. Disponível em: <<http://www.finra.org/Newsroom/NewsReleases/2007/p036329>>. Acesso em: 10 out 2011. "The Financial Industry Regulatory Authority (FINRA) today announced that it has commenced operations as the largest non-governmental regulatory organization for securities brokers and dealers doing business in the United States. FINRA was created through the consolidation of NASD and the member regulation, enforcement and arbitration operations of the New York Stock Exchange. The consolidation, which was announced on Nov. 28, 2006 and approved by the Securities and Exchange Commission on July 26, 2007, became effective today, July 30, 2007."
- 5 FINRA. *About the Financial Industry Regulatory Authority*. Disponível em: <<http://www.finra.org/AboutFINRA/>>. Acesso em: 04 out 2011. "FINRA touches virtually every aspect of the securities business—from registering and educating industry participants to examining securities firms; writing rules; enforcing those rules and the federal securities laws; informing and educating the investing public; providing trade reporting and other industry utilities; and administering the largest dispute resolution forum for investors and registered firms. We also perform market regulation under contract for the major U.S. stock markets, including the New York Stock Exchange, NYSE Arca, NYSE Amex, The NASDAQ Stock Market and the International Securities Exchange."
- 6 FINRA. *Get to know us.* Disponível em: <<http://www.finra.org/web/groups/corporate/@corp/@about/documents/corporate/p118667.pdf>>. Acesso em: 10 out 2011.

Safeguard the investing public against fraud and bad practices. By qualifying and licensing brokers, writing and enforcing rules and regulations for every single brokerage firm and broker in the United States, and investigating and disciplining anyone who violates the public trust.

Put firms under a microscope. Every day, hundreds of professionally trained FINRA financial examiners are in the field taking a close look at the way brokers operate, with a focus on the greatest risks to the markets and investors. We conduct routine examinations, as well as inquiries based on investor complaints and suspicious activity. We consult with other regulators, determine examination priorities and conduct special “sweeps” to target issues of immediate concern.

Enforce industry rules and federal securities laws. We foster investor confidence through vigorous enforcement. We can bring disciplinary actions against firms or individuals, meaning we can fine them, suspend them—even expel them—from the business. And we frequently require firms to provide restitution to investors who have been harmed.

Register, test and educate brokers. We require all brokers to register with FINRA, pass our qualification exams and satisfy continuing education requirements. As a result, FINRA maintains the largest and most sophisticated online registration and reporting system in the world—known as the Central Registration Depository. In addition, our BrokerCheck® system allows investors to check out the backgrounds of firms and brokers online: www.finra.org/brokercheck.

Work to ensure investors are not misled. We require that all broker advertisements, Web sites, sales brochures and other communications present information in a fair and balanced manner. And certain communications—those related to mutual funds, variable products and options—must be filed directly with FINRA. In 2008 alone, FINRA reviewed more than 90,000 individual advertisements and communications from firms to investors.

Keep an eye on the markets. We monitor what’s happening in the U.S. stock market —by looking for suspicious trading activity in all stocks, bonds and options traded on the NASDAQ Stock Market, the International Securities Exchange and the over-the-counter markets.

Educate and inform investors. We believe an essential component to investor protection is investor education. We offer a range of free educational resources to help investors build their financial knowledge to better understand the markets and basic principles of saving and investing. The FINRA Investor Education Foundation is the largest of its kind in the U.S.: www.finrafoundation.org.

Demand fairness. Today's investors have a lot at stake. And because of that, they expect to be treated fairly. When problems between brokers and investors occur, we administer the largest forum specifically designed to resolve securities-related disputes between and among investors, securities firms and individual brokers. We have 73 hearing locations around the country—including at least one in each state—and in London and Puerto Rico⁷.

7 *Proteger o investimento público contra a fraude e más práticas.* Qualificando e licenciamento corretores, escrevendo e fazendo cumprir normas e regulamentos para cada firma corretora e corretor nos Estados Unidos, e investigando e disciplinando qualquer pessoa que viole a confiança do público.

Colocar as empresas sob um microscópio. Todos os dias, centenas de examinadores financeiros do FINRA, treinados profissionalmente, estão no campo dando um olhar mais atento sobre a forma como operam os corretores, com foco em maiores riscos para os mercados e investidores. Realizamos exames de rotina, bem como inquéritos com base em queixas dos investidores e atividades suspeitas. Nós consultamos outros reguladores, determinamos prioridades e realizamos “varreduras” especiais a questões alvo de preocupação imediata.

Fazer cumprir as regras da indústria e as leis federais de valores mobiliários. Promovemos a confiança dos investidores através da aplicação vigorosa das normas. Podemos trazer ações disciplinares contra empresas ou indivíduos, o que significa que podemos multá-los, suspendê-los - até mesmo expulsá-los - do ramo. E nós freqüentemente requeremos às empresas que assegurem restituição para os investidores que tenham sido prejudicados.

Registrar, testar e educar corretores. Exigimos que todos os corretores que queiram se registrar com FINRA, passem por nossos exames de qualificação e satisfaçam as necessidades de educação continuada. Como resultado, FINRA mantém o maior e mais sofisticado sistema de registro e comunicação on-line do mundo - conhecido como Repositório de Registro Central. Além disso, nosso sistema BrokerCheck® permite que os investidores verifiquem os antecedentes das empresas e corretores on-line: www.finra.org/brokercheck.

Trabalhar para assegurar que os investidores não sejam induzidos em erro. Exigimos que todas as propagandas de corretagem, sites da Web, folhetos de vendas e outras comunicações apresentem informações de uma forma justa e equilibrada. E algumas comunicações - aquelas relacionadas com fundos de investimento, produtos variáveis e opções - devem ser apresentadas diretamente à FINRA. Só em 2008, FINRA analisou mais de 90.000 anúncios individuais e comunicações de empresas para os investidores.

Ficar de olho nos mercados. Nós monitoramos o que está acontecendo no mercado de ações dos EUA - olhando para a atividade de comércio suspeitas em todas as ações, títulos e opções negociadas na *NASDAQ Stock Market*, na *International Securities Exchange* e os mercados *over-the-counter*.

Educar e informar os investidores. Nós acreditamos que um componente essencial para a proteção dos investidores é a educação do investidor. Nós oferecemos uma gama de recursos educacionais gratuitos para ajudar os investidores a construir os seus conhecimentos financeiros para entender melhor os

Dentre suas competências, no que diz respeito à conduta disciplinar dos atores do mercado de capitais, insere-se a de julgar reclamações ou queixas dos clientes (investidores) que se sintam prejudicados em decorrência da atuação de agentes (indivíduos ou corporações) submetidos à sua atribuição, bem como disputas entre seus afiliados⁸.

Em caso de irresignação da parte interessada em face de decisão exarada pela FINRA, a parte que se sentir prejudicada pode oferecer recurso à *Securities and Exchange Commission* (SEC), autoridade máxima do mercado de capitais.

Julgados em que essa supremacia da SEC é revelada podem ser facilmente consultados no *site* da própria Comissão na internet⁹.

Por exemplo, em 05 de outubro de 2011, o *Administrative Law Judge*, Cameron Elliot, proferiu decisão em que proibiu o senhor Richard L. Globe de se associar com um corretor, comerciante, consultor de investimentos, corretor valores mobiliários municipal, NRSRO e agente de transferência. Vale destacar que o caso citado teve como catalisador irregularidades apuradas em reclamação administrativa iniciada pela FINRA¹⁰.

Como afirmamos acima, a SEC constitui autoridade máxima do mercado de valores mobiliários, o que não significa que suas decisões são insuscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário norte-americano. A revisão judicial das ações e condutas das agências (como é o caso da SEC) é determinada tanto pelas leis que instituem e regem uma agência específica como também, de forma genérica, pelo *Administrative Procedures Act* - APA.

O APA, dentre outras disposições, acresceu ao Título 5, Capítulo 7 do *U.S. Code* a Seção 702, que diz:

§ Section 702. - Right of review

mercados e os princípios básicos de poupança e investimento. A *FINRA Investor Education Foundation* é a maior do gênero nos EUA: www.finrafoundation.org.

Demandar justiça. Investidores de hoje têm muita coisa em jogo. E por causa disso, eles esperam ser tratados de forma justa. Quando os problemas entre corretores e investidores ocorrerem, nós administramos o maior fórum projetado especificamente para resolver disputas relacionadas a valores mobiliários entre os investidores, as empresas e corretores individuais. Nós temos 73 locais de ouvidoria em todo o país - incluindo pelo menos um em cada estado - e em Londres e em Porto Rico.

8 FINRA. *Arbitration e Mediation*. Disponível em: <<http://www.finra.org/ArbitrationMediation/index.htm>>. Acesso em: 04 out 2011. "FINRA operates the largest dispute resolution forum in the securities industry to assist in the resolution of monetary and business disputes between and among investors, securities firms and individual registered representatives."

9 Disponível em: <<http://www.sec.gov/alj/aljdec.shtml>>. Acesso em: 11 out 2011.

10 SEC. Richard L. Goble. Cameron Elliot, Administrative Law Judge. File No. 3-14390. Disponível em: <<http://www.sec.gov/alj/aljdec/2011/id435ce.pdf>>. Acesso em: 11 out 2011.

A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof. An action in a court of the United States seeking relief other than money damages and stating a claim that an agency or an officer or employee thereof acted or failed to act in an official capacity or under color of legal authority shall not be dismissed nor relief therein be denied on the ground that it is against the United States or that the United States is an indispensable party. The United States may be named as a defendant in any such action, and a judgment or decree may be entered against the United States: Provided, That any mandatory or injunctive decree shall specify the Federal officer or officers (by name or by title), and their successors in office, personally responsible for compliance. Nothing herein

(1) affects other limitations on judicial review or the power or duty of the court to dismiss any action or deny relief on any other appropriate legal or equitable ground; or

(2) confers authority to grant relief if any other statute that grants consent to suit expressly or impliedly forbids the relief which is sought.¹¹

As cortes norte-americanas tem entendimento deveras ampliativo sobre o tema. Entendem que, mesmo na ausência de previsão expressa de *judicial review* na lei específica que cria cada agência, presume-se que

11 Seção 702. - Direito de revisão

Uma pessoa que sofre lesão a direito por causa da ação de agência, ou vê prejudicado ou lesado pela ação agência, na aceção de uma norma relevante, tem direito à revisão judicial da mesma. Uma ação em um tribunal dos Estados Unidos em busca de provimento judicial que não seja danos pecuniário e afirmando a alegação de que a agência, um funcionário ou empregado da mesmo agiu ou deixou de agir em caráter oficial ou sob aparência de autoridade legal não deve ser descartada, atenuada, nem mesmo ser negada sob o fundamento em que é contra os Estados Unidos ou que os Estados Unidos é uma parte indispensável. Os Estados Unidos podem ser citados como réu em qualquer ação, e uma sentença ou decisão judicial pode ser oposta aos Estados Unidos: desde que qualquer decisão ou medida cautelar obrigatória deve especificar o servidor ou servidores públicos federais (por nome ou por título), e seus sucessores no cargo, pessoalmente responsáveis pelo cumprimento da decisão. O aqui disposto em nada

(1) afeta outras limitações sobre revisão judicial ou o poder ou dever do tribunal de rejeitar qualquer ação ou negar socorro em qualquer outra base apropriada, legal ou equitativa, ou

(2) confere autoridade para conceder provimento judicial se qualquer outro estatuto que concede autorização para se adequar expressa ou implicitamente proíbe o provimento judicial que é procurado.

o Congresso, órgão responsável pela criação das agências, quis a *judicial review* quando da criação daquela entidade¹².

Neste cenário, um fato peculiar nos chamou a atenção: a forma como se efetiva a *judicial review* de decisões proferidas em grau recursal pela *Securities and Exchange Commission*.

Isso porque, a revisão judicial a ser feita em uma decisão proferida pela *Securities and Exchange Commission* terá sede em uma corte de apelação (*appellate court*), e não em um órgão julgador de primeira instância (*trial court*)¹³.

Em outras palavras: todo o trabalho prévio, feito por instâncias outras (que não o Poder Judiciário) não é desprezado. Com efeito, o trabalho da FINRA (entidade privada) e da SEC (agência independente) são prestigiados quando a revisão judicial ocorre apenas no nível de uma corte de apelação.

Por outro lado, caso a *judicial review* tomasse lugar em um juízo de primeira instância (*trial court*), notório seria o desprestígio e o dispêndio de recursos (públicos), já que a análise da matéria voltaria à estaca zero.

Tal modelo nos inspira a algumas reflexões sobre a sistemática do ordenamento brasileiro.

2 O MODELO BRASILEIRO

O objetivo proposto é, a partir do modelo acima delineado, apresentarmos alternativas para aprimorar o relacionamento entre órgãos julgadores do Poder Executivo e do Poder Judiciário brasileiros.

Ao falarmos em *aprimorar* nosso sistema, não queremos dizer *copiar* modelos alienígenas com a presunção de serem melhores que nosso modelo. As ordens jurídicas são completamente distintas, a herança cultural é diversa e os valores democráticos preponderantes são discrepantes entre as sociedades.

12 BURNHAM. op. cit., p. 206.

13 Os sistemas de cortes estaduais e federal norte-americanos costumam ser organizados hierarquicamente em três níveis: *lower-level* ou *trial courts*, *appellate courts* e *supreme court*. As *trial courts* atuam como juízos de primeira instância, sob a presidência de um juiz (*judge*), que pode fazer uso ou não do júri, a depender da lide e da vontade das partes. Os jurados (*triers of fact* ou *fact finders*) são responsáveis por decidir as matérias fáticas, aplicando a lei determinada pelo juiz do caso. Havendo insatisfação de alguma das partes com o resultado proferido pela *trial court*, eventual recurso interposto será analisado pela corte de apelação (*appellate court*) que é composta pelos *justices*, geralmente em colegiado de três membros (*three-judge panel*), em que não há a atuação dos jurados. Como regra, essa decisão é irrecorrível, não obstante a possibilidade de todos os juízes da corte reverterem a decisão exarada pelos três juízes. É a chamada decisão *en banc*, onde todos ou grande parte dos juízes da corte se reúnem para proferir o julgamento.

Estamos aqui com Arnaldo Godoy¹⁴, quando tece comentários sobre o modelo judiciário norte-americano:

Atitude crítica ou preconceituosa com o modelo descrito poderia identificar choque cultural, jurídico e sociológico. Postura adesista ou adulatória poderia demonstrar aceitação de imperialismo conceitual, legalista ou ideológico. É que direito é fenômeno cultural, denso de experiência, carente de lógica, inclusive nos Estados Unidos.

Nosso ordenamento constitucional determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CF/88). De forma mais específica, o artigo 109 da Constituição Federal atribui aos *juízes federais* a competência para processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, com exceção de algumas demandas submetidas às justiças especializadas.

Entretanto, na estrutura organizacional da União, seja na administração direta ou na administração indireta¹⁵, não é raro existirem processos e órgão julgadores próprios, tendentes a solucionar conflitos entre administrados e Administração, entre usuários e concessionárias de serviços públicos, etc.

A propósito, o processo administrativo conta com uma lei geral que o disciplina (Lei nº 9.784, de 1999)¹⁶, e com normatização específica em alguns casos. Vale adiantar, sem prejuízo de retornarmos posteriormente ao tema, que o resultado do processo administrativo gera diferentes efeitos conforme a parte vitoriosa do litígio, se administrado ou se Administração.

Ocorre que, na prática, todo o trabalho desenvolvido no curso do processo administrativo, a depender da solução encontrada, acaba sendo desprezado em nome da *inafastabilidade de jurisdição* que se mostra burocrática e pouco funcional. Isso se dá pelo fato de não haver qualquer aproveitamento da fase “pré-judicial”, ou seja, do processo administrativo, quando o conflito atinge a esfera do judiciário.

Salientamos que a nossa crítica, de forma alguma, mira o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, também conhecido como *direito de ação* ou, ainda, como *princípio do livre acesso ao Judiciário*¹⁷. Tal princípio

14 GODOY, Arnaldo Sampaio. de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Baurueri: Manole, 2004. p. 12.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.152.

16 MELLO. op. cit., p. 490.

17 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 614.

é conquista que habita nosso ordenamento desde a Constituição de 1946¹⁸, sendo sua proteção de fundamental importância.

Vislumbramos, por outro lado, que seu manejo pode ser aprimorado, ao mesmo tempo em que sua aplicação não deve anular a *separação dos poderes* e nem pode olvidar a *celeridade processual* e a utilização racional da gestão de pessoas e de recursos públicos.

O aprimoramento do *princípio da inafastabilidade da jurisdição* passa, em nosso sentir, pela previsão de que a revisão judicial de julgados proferidos por colegiados do Poder Executivo se dê, quando necessária, a partir do segundo grau de jurisdição.

A perfeita compreensão das sugestões aqui propostas exige um aprofundamento prático sobre seu alcance, que pode ser utilizado para todas as decisões com trânsito em julgado proferidas por órgãos julgadores administrativos.

Escolhemos, a título de ilustração, o Processo Administrativo Tributário Federal (ou Fiscal), cuja fase decisória encontra seu ápice no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

3 A REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES DO CARF

O processo administrativo fiscal federal é regido pelo Decreto n° 70.235, de 1972, e pelo Decreto n° 7.574, de 2011, sendo certo que este último reuniu disposições esparsas sobre o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União e sobre o processo de consulta da aplicação de legislação tributária federal.

A fase litigiosa deste processo inicia-se com a impugnação feita pelo Contribuinte ao lançamento fiscal realizado. O julgamento é feito, em primeira instância, pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJs), órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Decreto n° 7.574, de 2011

Art. 61. O julgamento de processos sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os relativos à exigência de direitos *antidumping* e direitos compensatórios, compete em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do

18 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 591.

Brasil (Decreto no 70.235, de 1972, art. 25, inciso I; Lei no 9.019, de 30 de março de 1995, art. 7o, § 5o).

Parágrafo único. A competência de que trata o caput inclui, dentre outros, o julgamento de:

I - impugnação a auto de infração e notificação de lançamento (Decreto no 70.235, de 1972, art. 14);

II - manifestação de inconformidade do sujeito passivo em processos administrativos relativos a compensação, restituição e ressarcimento de tributos, inclusive créditos de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI (Lei no 8.748, de 1993, art. 3o, inciso II; Lei no 9.019, de 1995, art. 7o, §1o e §5o); e

III - impugnação ao ato declaratório de suspensão de imunidade e isenção (Lei no 9.430, de 1996, art. 32, § 10).

Em outras palavras, um colegiado de 3 (três) Auditores Fiscais analisará o acerto e a legalidade do lançamento tributário realizado. Caso entendam que a cobrança tributária está correta, o contribuinte que se sentir prejudicado pode recorrer desta decisão, mediante recurso voluntário ao CARF.

Com efeito, caso a DRJ entenda que o lançamento fiscal esteja incorreto ou padeça de algum vício, o colegiado o anulará. Tal decisão transitará em julgado para a Administração (Fazenda Nacional).

Há hipóteses, contudo, em que, mesmo sendo declarada a nulidade do lançamento, o processo deve ser remetido ao CARF. Isso acontece nos casos em que o valor de tributos e multas exonerados pela decisão da DRJ ultrapasse determinado valor (atualmente 1 milhão de reais). Trata-se do recurso de ofício.

A análise do recurso voluntário do contribuinte e do referido recurso de ofício no CARF é feito por um colegiado paritário (turma de julgamento). Cada turma de julgamento do CARF é composta por 6 (seis) conselheiros, sendo metade deles representantes da Fazenda Nacional, ocupantes de cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, e a outra metade de representantes dos contribuintes, indicados por entidades de classe de suas categorias econômicas de nível nacional, em lista triplíce, por solicitação do Presidente do respectivo Conselho.

Art. 23. Cada turma ordinária ou especial é integrada por 6 (seis) conselheiros titulares, sendo 3 (três) representantes da Fazenda Nacional e 3 (três) representantes dos contribuintes.

[...]

Art. 28. A escolha de conselheiro representante da Fazenda Nacional recairá dentre os nomes constantes de lista tríplice elaborada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e a de conselheiro representante dos contribuintes recairá dentre os nomes constantes de lista tríplice elaborada pelas confederações representativas de categorias econômicas de nível nacional e pelas centrais sindicais.

O CARF conta ainda com uma Câmara Superior, destinada a uniformizar a jurisprudência administrativa do colegiado.

A especialização técnica deste colegiado é notória. Da parte dos representantes da Fazenda Nacional, são auditores fiscais com larga experiência e expertise profissional. Da mesma forma, os representantes dos contribuintes, em regra, são advogados e contadores, com vasto conhecimento e longa prática profissional.

A expertise dos conselheiros se reflete em votos de extrema qualidade técnica e na profundidade das discussões tributárias¹⁹. Não por acaso, os grandes nomes no direito tributário nacional atuam naquele colegiado, berço e laboratório das mais relevantes teses tributárias.²⁰

Concluído o contencioso administrativo-tributário, ou seja, proferida a decisão do CARF, duas vias se abrem²¹: A primeira delas, sendo vitorioso o contribuinte, a matéria faz coisa julgada para a Administração. A segunda via, sendo vitoriosa a Fazenda Nacional, permite que o contribuinte reinicie a discussão sobre a matéria no Judiciário.

Não vemos razão para que uma discussão, exaustivamente levada a termo na esfera administrativa, seja reiniciada em um juízo

19 Por diversas vezes ouvimos advogados de Contribuintes afirmarem das tribunas do CARF que, em caso de derrota, dificilmente levariam a disputa para o âmbito judiciário, ante o receio, dada a complexidade da matéria tributária envolvida, da discussão se limitar a aspectos processuais.

20 Não nos esqueçamos de outras vantagens do Processo Administrativo Fiscal, tais como: permitir ao Contribuinte uma defesa de “baixo custo” (não há taxas; o auxílio por advogados não é obrigatório); baixo impacto financeiro em caso de derrota (ausência de ônus da sucumbência); os julgadores são extremamente especializados e qualificados; maior rapidez em comparação ao Poder Judiciário; permite à PGFN ter contato prévio com teses novas dos Contribuintes, ao mesmo tempo que permite a estes testá-las.

21 ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 305.

de primeira instância. Parece-nos mais plausível que a discussão da matéria tributária seja continuada no Poder Judiciário.

Defendemos, portanto, que, sendo proferida uma decisão do CARF desfavorável ao contribuinte, eventual discussão judicial da matéria deve ser realizada em corte judicial de 2ª instância, ou seja, junto aos Tribunais Regionais Federais.

A rediscussão do assunto por juízo de primeira instância, nos moldes atuais, traz mais malefícios do que benefícios: 1. gera injustificável preponderância do Poder Judiciário sobre o Executivo; 2. reduz o nível de profundidade com que a matéria tributária é discutida, não obstante a expertise exigida dos magistrados, a especialização dos conselheiros atuantes no CARF se sobressai; 3. alonga a solução do conflito e retarda a pacificação social a que se propõe o Judiciário; 4. desperdiça recursos públicos tanto do Executivo quanto do Judiciário, entre outros.

Parece-nos que o procedimento adotado pela FINRA poderia ser aplicado, com as necessárias adaptações, à revisão dos julgados do CARF²², pois preserva a inexorável *inafastabilidade de jurisdição*, ao mesmo tempo em que prestigia outros valores constitucionalmente previstos.

A *celeridade processual* é um deles. A medida contribuiria sobremaneira para uma maior fluidez das causas tributárias submetidas ao Poder Judiciário, na medida em que o processo: 1. teria sua duração reduzida consideravelmente; 2. chegaria à apreciação dos Tribunais ricamente instruído, preservando inclusive decisão de órgão altamente especializado e de composição paritária (CARF).

Da mesma forma, a proposta significa ponto de equilíbrio no que se refere à *separação dos Poderes*.

22 Não podemos nos esquecer que, no curso do Processo Administrativo Fiscal, podem surgir situações que exigem uma pronta resposta e que apenas o judiciário pode dar. A legislação aplicável ao PAF determina que a judicialização de matérias em discussão na esfera administrativa representa renúncia à esta via. É a chamada concomitância.

Creemos ser salutar, e coerente com nossa proposta, haver estipulação, em regras procedimentais, de um marco para definir a competência judicial para processos administrativos em curso. Por exemplo, até a decisão da DRJ, eventual judicialização seria feita perante juízo federal de primeira instância. Após o recurso voluntário do Contribuinte, a judicialização da disputa seria feita junto à segunda instância (TRF's).

Isso evitaria desistências maliciosas à esfera administrativa apenas para se furtar à revisão de 2ª instância (TRF) (ex.: o julgamento do CARF é iniciado, alguns votos são colhidos e há pedido de vistas. Antevendo resultado negativo, o contribuinte ingressa com ação judicial para forçar concomitância, apenas para o processo ser rediscutido no Judiciário, em 1ª instância). No exemplo dado, acolhida nossa sugestão, a desistência, neste ponto do julgamento, faria com que a correspondente ação judicial tivesse foro originário na 2ª instância.

Como sabido, além de funções típicas, exercidas precipuamente, os órgãos (Poderes) exercem funções atípicas²³. A atividade do CARF, portanto, traduz o exercício, pelo Poder Executivo, de natureza jurisdicional atípica. Vislumbramos ofensa à *separação de Poderes* pela desconsideração total de atividade jurisdicional desenvolvida no Poder Executivo através do CARF.

O atual modelo ofende o *princípio da eficiência* que rege a administração pública, na medida em que consideráveis recursos financeiros são empregados na condução dos processos administrativos para, ao final, suas conclusões não serem levadas em consideração em uma fase judicial subsequente. Da mesma forma, recursos públicos poderiam ser melhor aproveitados no âmbito judicial com a retirada desta competência dos juízos de primeira instância.

Para viabilizar a alteração deste atual modelo, que desprestigia a atuação de órgãos altamente especializados (não apenas o CARF), entendemos necessária uma alteração, via emenda constitucional, na competência dos Tribunais Regionais Federais.

O acréscimo faria constar do art. 108, II da CF/88 a previsão de os TRF's julgar, em grau de recurso, além das causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição, *as causas que envolvam matéria federal julgadas por órgãos colegiados definidos em Lei Complementar*²⁴.

4 CONCLUSÃO

O modelo norte-americano da *judicial review* de decisões das agências administrativas é deveras inspirador no que diz respeito à celeridade e economicidade de recursos financeiros e de material humano.

O procedimento de solução de disputas no âmbito da *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA), com previsão de recurso para a *Securities and Exchange Commission* (SEC) e cuja decisão é passível de revisão judicial apenas por corte de 2ª instância (*appellate court*), merece nossa consideração.

Creemos que alguns colegiados de julgamento administrativo, a exemplo do CARF, deveriam ter suas decisões submetidas apenas ao crivo de uma corte judicial de 2ª instância, no caso os TRF's.

A medida concilia a *inafastabilidade da jurisdição* com a *separação e harmonia entre os Poderes*, ao mesmo tempo em que garante *eficiência*

23 LENZA. op. cit., p. 292.

24 A remissão à disciplina por Lei Complementar nos parece salutar, haja vista que evita a citação nominal de diversos colegiados que poderiam se qualificar, no presente ou no futuro, para se submeter à revisão judicial de 2ª instância pelos TRF's.

à administração pública, *celeridade processual* e otimização de recursos financeiros e de pessoal altamente especializado.

A proposta exige alteração constitucional para ser implementada, haja vista a atual ausência desta competência específica dentre aquelas atribuídas aos Tribunais Regionais Federais.

REFERÊNCIAS

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and legal system of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN, West Group, 2006.

FINRA. *About the Financial Industry Regulatory Authority*. Disponível em: <<http://www.finra.org/AboutFINRA/>>. Acesso em: 04 out 2011.

_____. *Arbitration e Mediation*. Disponível em: <<http://www.finra.org/ArbitrationMediation/index.htm>>. Acesso em: 04 out 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Baurueri: Manole, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NBR 10520:2002 – *Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação*;

NBR 10719:1989 – *Apresentação de Relatórios Técnico-Científicos*;

NBR 6027:2003 – *Informação e Documentação – Sumário – Apresentação*;

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. Michigan: EAPP, 2010.

ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

