

Mediação e os limites da transação no direito tributário

FGV

São Paulo, 20 de abril de 2018

Everardo Maciel

Nota introdutória

- Como métodos alternativos à resolução judicial dos litígios, a transação e a mediação são instrumentos definitivamente consagrados em todo o mundo
- Esta exposição pretende focalizar a transação e a mediação no âmbito do direito tributário brasileiro, destacando os seguintes aspectos:
 - breve diagnóstico das disfunções no processo tributário brasileiro
 - possibilidades de utilização da mediação e da transação;
 - relevância da mediação e da transação, como instrumentos para superação das disfunções do processo tributário brasileiro.

As disfunções graves e crônicas do processo tributário brasileiro

A hipótese de abusividade e incerteza no processo tributário

- O lançamento sem culpa
 - A inexistência de sucumbência administrativa
 - A vulnerabilidade da autoridade lançadora à representação por prevaricação
 - A imputação ao contribuinte dos custos da impugnação e recurso
 - O virtual dano patrimonial em decorrência do lançamento
- A tendenciosidade, em tese, no julgamento administrativo
 - O voto de qualidade do representante do fisco, que desvirtua a pretensão de paridade: a roleta viciada
 - O êxito crescente das demandas fundadas no art. 112 do CTN
- O custo e a incerteza do processo tributário judicial
 - O esgotamento das possibilidades de oferecimento de garantias
 - O elevado custo de constituição de depósitos judiciais ou de garantias
 - A precária especialização do Judiciário em matéria tributária

O arcaísmo da estrutura de julgamento no processo administrativo fiscal

- A estrutura de julgamento do processo administrativo fiscal, como uma herança fascista
- O erro ao excluir o processo tributário na reforma de 1965
- A ilegitimidade da representação paritária
- A impropriedade da vinculação dos órgãos de julgamento à administração fazendária
- As perversas consequências não intencionais da Operação Zelotes
- A peculiar solução do Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco (TATE)
 - Órgão integrado por 15 julgadores, bacharéis em direito e nomeados em virtude de concurso, e subordinado à Secretaria da Fazenda
 - Instância única

A babel tributária

- Grandes e desnecessários litígios
 - Dedutibilidade do ágio
 - Tributação de vinculadas no Exterior
- O horror das indeterminações conceituais
 - Indenização
 - Receita bruta
 - Faturamento
 - Responsabilidade solidária de sócios
 - Dissolução irregular de empresas
 - Substituição tributária
 - Planejamento tributário abusivo

Um comentário sobre a insegurança jurídica no âmbito tributário

“O que está acontecendo no STF: o julgador não gosta da regra? Azar da regra! Sabe-se lá com que critério. Se não reabilitarmos as regras para limitar a participação do intérprete e para controlar o Poder, vamos eliminar o caráter normativo do direito”

Prof. Humberto Ávila, VI Fórum Jurídico de Lisboa, 04.04.2018

A ineficiência e truculência da execução fiscal

- Os processos de execução fiscal (30,4 milhões) correspondem 38,2% do total (79,6 milhões) de processos em tramitação no Judiciário (DPJ/CNJ, “Justiça em Números, 2016”)
- O recorrente recurso a sanções políticas, visando conferir eficácia à execução fiscal
- O redirecionamento da execução fiscal como evidência de uma claudicante processo de preparo e desprestígio da observância ao devido processo legal
- A falta de integração entre os processos tributário administrativo e judicial como explicação para indispensabilidade da execução fiscal judicial

Transação e mediação em matéria tributária

Transação no CTN

- "Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
(...)
III - a transação;
(...)"
- "Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.
Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso."

Hipóteses genéricas de transação

- Transação mediante lei específica, em que são fixados os termos da transação e as exigências para adesão
- Transação específica para recuperação fiscal, pendente de instituição
 - Parcelamento com base em percentual da receita bruta
 - Possibilidades de extinção do crédito
 - Dação em pagamento de bens móveis
 - Utilização de precatórios próprios ou de terceiros
 - Utilização de prejuízos próprios ou de terceiros, mediados pela alíquota aplicável
 - Exigências
 - Pagamento regular dos débitos correntes e parcelados
 - Vedação de atos tendentes a subtrair receitas
 - Celebração de termo de ajustamento de conduta

Casos concretos de transação

- Casos passados
 - Lei nº 9.779, de 19.01.1999
 - Art. 17. Fica concedido ao contribuinte ou responsável exonerado do pagamento de tributo ou contribuição por decisão judicial proferida, em qualquer grau de jurisdição, com fundamento em inconstitucionalidade de lei, que houver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o prazo até o último dia útil do mês de janeiro de 1999 para o pagamento, isento de multa e juros de mora, da exação alcançada pela decisão declaratória, cujo fato gerador tenha ocorrido posteriormente à data de publicação do pertinente acórdão do Supremo Tribunal Federal.
 - MP nº 2.222, de 04.09.2001
 - Tributação pelo IR dos planos de benefícios de caráter previdenciário: reprodução das condições estabelecidas no art. 17 da Lei nº 9.779/1999
- Hipóteses futuras
 - Ágio
 - Planejamento tributário abusivo
 - Tributação de lucros de vinculadas no Exterior

Mediação

- Conflito em que há, necessariamente, um concurso de vontade das partes visando solucioná-lo
- Forma de autocomposição do conflito
- O mediador não propõe solução, nem resolve o conflito, mas concorre para sua elucidação, visando um acordo entre as partes
- Legislação aplicável: Lei nº 13.140, de 26.06.2015

Mediação em matéria tributária

- Arts. 35 a 38 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015
- Regras básicas
 - Transação por adesão em controvérsias jurídicas que envolvam órgãos da Administração Pública Federal (art. 35)
 - No caso de créditos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou inscritos em dívida ativa da União (art. 38), a mediação será operada por câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, constituídas no âmbito da Advocacia Geral da União (AGU), e implica renúncia a recurso perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)
- Uma perspectiva cética
 - A administração tributária terá interesse em mediação de casos específicos, considerada sua condição de flagrante supremacia no processo tributário administrativo?
 - O contribuinte reconhecerá imparcialidade na AGU?

Conclusões

- O atual modelo do processo tributário brasileiro esgotou-se e demanda uma reforma completa
 - Disputas tributárias no Brasil (inclusive Dívida Ativa): R\$ 3,3 trilhões (cerca de 50% do PIB de 2017)
 - Prazos médios para resolução dos litígios tributários
 - Processo administrativo fiscal: 8 anos
 - Execução fiscal: 8 anos
 - Controvérsias tributário-constitucionais: 15 a 20 anos
- A transação, com fundamento no art. 171 do CTN, é um instrumento indispensável à resolução de grandes litígios tributários
- A mediação em matéria tributária, com fundamento na Lei nº 13.140/2015, não parece viável