

Caio Malpighi: Arbitragem tributária vai representar avanço

Com a conversão da Medida Provisória (MP) nº 899 de 2019 em Lei Federal nº 13.988 de 2020, que instituiu a transação tributária (forma de autocomposição da lide tributária entre fisco e contribuinte), alternativas de resolução de conflitos em matéria fiscal.



Com certeza, a instituição da transação tributária é um

avanço para o Brasil, e nos projeta a visão de que outras formas alternativas de resolução de conflito também possam ser implantadas no ordenamento jurídico brasileiro, tal qual a arbitragem tributária, que atualmente é objeto de Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, em trâmite no Congresso Nacional, por proposta do senador Antonio Anastasia (PSDB-MG).

Com efeito, a arbitragem é uma forma de heterocomposição de conflito havido entre partes, que se dá por meio de resolução por terceira pessoa, denominada de árbitro, diante de compromisso prévio firmado entre as partes litigantes de se submeterem ao processo arbitral [\[1\]](#).

Apesar de haver a compatibilidade para a utilização da arbitragem dentro do ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, essa modalidade de resolução alternativa de conflitos ficou em desuso por um longo tempo no país até que, em 1996, por fatores decorrentes da globalização, foi instituída a sua possibilidade de forma expressa na legislação pátria.

Atualmente, o instituto encontra tratamento legal em nosso ordenamento jurídico, principalmente por meio da Lei nº 9.307 de 1996 (alterada mais recentemente pelo Código de Processo Civil de 2015).

Desde então, conforme narra Roberto Pasqualin, a arbitragem que, antes "*se limitava a controvérsias entre particulares e empresas privadas (...) se estendeu para as empresas estatais e, também, para órgãos da Administração Pública direta (...) já que a eficácia da arbitragem mostrou às procuradorias da União, estados e municípios que essa ferramenta soluciona conflitos nos negócios e estabelece um relacionamento fluído entre o setor privado e a administração pública*" [\[2\]](#).

Ocorre que, apesar da eficiência com que esse instituto vem desempenhando na resolução de litígios, é certo que, no Brasil, a tutela arbitral ainda não se faz uma opção processual ampla para tratar de litígios envolvendo matéria tributária entre os contribuintes e o Fisco.



Isso porque, ordinariamente, no Brasil, questões litigiosas tributárias são tratadas:

I — Por meio de processo administrativo tributário, no qual o lançamento tributário (que é ato administrativo vinculado) é submetido ao devido processo legal perante tribunais ou conselhos administrativos [\[3\]](#), que exercem função jurisdicional atípica dentro do Poder Executivo, para proferir juízos de realidade e de valor atinentes ao controle de legalidade do crédito tributário constituído;

II — Por meio do processo judicial, no qual o Poder Judiciário exerce em plenitude a sua função jurisdicional típica (o seu *jurisdicere*) para solucionar litígios que envolvam relações jurídico-tributárias.

Ou seja, via de regra, atualmente a lide tributária no Brasil está adstrita a um sistema de jurisdição una [\[4\]](#), pela qual, no âmbito administrativo, discute-se o controle de legalidade do ato administrativo do lançamento tributário, sem prejuízo de, no âmbito judicial, o contribuinte buscar a tutela jurisdicional para a solução definitiva da questão (em homenagem ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário — artigo 5º, XXXV, CF).

Ainda há que se mencionar também a já citada hipótese de transação tributária, recentemente instituída no ordenamento jurídico brasileiro, que possibilita que Fisco e contribuinte transacionem (isto é, cheguem a um comum acordo) quanto à tributação objeto da lide.

Aparentemente, portanto, dentro do sistema acima apontado, ainda não seria possível a hipótese de a lide tributária ser tutelada mediante processo arbitral.

Ocorre que, excepcionalmente, a existência de alguns precedentes interessantes nos revelam a possibilidade legal de, no Brasil, haver a resolução de litígios tributários por meio da jurisdição arbitral (isto é, por meio da função jurisdicional, atribuída por lei à órgão arbitral), cuja resolução não poderá ser questionada em juízo pelas partes.

Como mencionado no início deste texto, dado os benefícios da arbitragem, já existem no ordenamento jurídico brasileiro hipóteses legais nas quais a administração pública se vale da arbitragem para a resolução de conflitos havidos entre seus órgãos.

Nesse particular, cabe mencionar existência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), instituída pelo Ato Regimental AGU nº 5 de 2007 (portanto, órgão vinculado à Advocacia Geral da União — AGU), exatamente no intuito de prevenir e reduzir litígios judiciais envolvendo União Federal, autarquias federais, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas, etc [\[5\]](#),

Trata-se, em suma, de órgão composto por membros da AGU e que se destina tanto à conciliação, quanto (caso infrutífera essa primeira opção) à resolução arbitral de litígios, por meio da emissão de pareceres [\[6\]](#). Neste sentido, Patrícia Bertolo, que é advogada da União e conciliadora da CCAF, explica que "*os casos eventualmente não conciliados são, conforme a natureza da demanda, solucionados por meio de pareceres da Consultoria Geral da União, aprovados pelo Advogado-Geral da União (arbitragem)*" [\[7\]](#).



Vale mencionar que, com base nos artigos 39 a 41 da Lei Complementar nº 73 de 1993, em resumo, os pareceres da AGU (incluindo, desta feita, aqueles proferidos no âmbito da CCAF) vinculam todos os órgãos da Administração Pública Federal.

Nesse contexto, em 2007 chegou àquela câmara conflito envolvendo interesses da RFB contrapostos aos do Banco Central do Brasil (Bacen). Nesse caso, discutia-se a exigência em desfavor do BACEN de tributo devido à RFB a título de contribuição previdenciária patronal, em razão de valores pagos e creditados aos colaboradores do Fundo de Assistência à Saúde de Servidores do Banco Central do Brasil.

Diante desse conflito, a RFB questionou a competência da CCAF para conciliar ou arbitrar litígios envolvendo matéria tributária, questionamento este que restou afastado pela CCAF mediante Parecer AGU/SRG nº 01 de 2007 [\[8\]](#), que consagrou o entendimento de que aquele órgão possui competência para tratar de conflitos envolvendo tributação. Veja-se, neste sentido, a ementa do parecer:

"ASSUNTO: Necessidade de solução de controvérsias entre Órgãos e Entidades da Administração Federal versando sobre matéria tributária e fixação de competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal — CCAF, integrante da Consultoria-Geral da União.

I. A conciliação entre órgãos e/ou Entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia Geral da União, inclui a matéria de natureza tributária.

II. É da competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal — CCAF, integrante da Consultoria-Geral da União, a competência para a conciliação de controvérsias envolvendo matéria tributária.

III. Possibilidade de ampliação da competência à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, consoante artigo 2º da Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007".



Diante da ausência de conciliação naquele caso, o mérito da questão foi arbitrado posteriormente por meio do Parecer AGU/SRG nº 01 de 2008 [9], oportunidade em que restou decidido pela incidência da contribuição previdenciária patronal em favor da RFB.

Outro caso de tributação arbitrado pela CCAF foi o conflito havido entre a Empresa Gerencial de Projetos Navais (Emgepron) e a RFB envolvendo controvérsia sobre a incidência de contribuição de terceiros em razão da atividade desenvolvida pela aludida empresa pública, bem como discussão acerca do grau de risco ambiental do trabalho preponderante exercido pelos seus funcionários, para fins de determinação da alíquota de incidência aplicável. Neste caso, decidiu-se em favor da empresa pública, por meio do Parecer AGU/SRG nº 02 de 2008 [10].

Apesar de tais precedentes terem se dado em casos específicos e dentro de uma tutela arbitral de competência limitada (apenas aos entes vinculados à administração pública direta e indireta), o teor dos pareceres evidencia a possibilidade (e talvez até mesmo a necessidade, dada a eficiência e a riqueza de fundamentação destes arbitramentos) de se instituir a arbitragem tributária de forma ampla no ordenamento jurídico brasileiro, para que contribuintes da iniciativa privada (de um lado) e a administração tributária (de outro lado) possam se submeter ao processo arbitral, como forma alternativa de resolução de conflitos.

Como vimos acima, a CCAF foi desenvolvida com espreque na manutenção do interesse público, para se resolver de forma célere e eficiente litígios (inclusive tributários) nascidos entre entes do setor público. *Mutatis mutandis*, essa motivação (o interesse público) poderá ser o axioma de validade para futura lei que possibilite a arbitragem tributária também para contribuintes da iniciativa privada que pretendam resolver de forma alternativa litígios envolvendo exigências fiscais.

Isso porque, conforme a experiência da CCAF nos mostrou, o tributo é patrimônio do Estado e, apesar de se entremostrear indisponível ordinariamente (durante a prática dos atos administrativos), pode muito bem em algumas situações se mostrar disponível para o seu titular (o Estado), desde que seja em nome do interesse público [11]. Isto é, desde que a arbitragem também se mostre útil ao Estado, como meio alternativo ao sistema de jurisdição atualmente existente no país.

Referências bibliográficas

COCURUTTO, Ailton. Fundamentos de Direito Processual Civil: Teoria e Prática. Malheiros. São Paulo. 2011.

BERTOLO, Patrícia. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: uma visão de futuro. JUSBRASIL. Acesso em: 25.04.2020. Disponível em: <<https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/283812/a-camara-de-conciliacao-e-arbitragem-da-administracao-federal-uma-visao-de-futuro>>.2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer nº AGU/SRG-01/2007** Acesso em: 24.04.2020. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/225001>>.



BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer nº AGU/SRG-01/2008** Acesso em: 24.04.2020. Disponível em: < <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/225011>>.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer nº AGU/SRG-02/2008** Acesso em: 24.04.2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-JT-06-2009.htm >

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. Revista Fórum de Direito Tributário. Ed. Fórum. 2007.

PASQUALIN, Roberto. Arbitragem tributária ajuda reduzir número de ações administrativas e judiciais. Revista Consultor Jurídico (CONJUR). Acesso em: 24.04.2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-nov-01/roberto-pasqualin-arbitragem-tributaria-ajuda-reduzir-contencioso> > . 2019

ROCHA, Sergio André. Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário. São Paulo: Almedina, 2018.

[1] Cocurutto, Ailton. Fundamentos de Direito Processual Civil: Teoria e Prática. Malheiros. São Paulo. 2011. P.42

[2] Pasqualin, Roberto. Arbitragem tributária ajuda reduzir número de ações administrativas e judiciais. Revista Consultor Jurídico (CONJUR). Acesso em: 24.04.2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-nov-01/roberto-pasqualin-arbitragem-tributaria-ajuda-reduzir-contencioso> > . 2019.

[3] A título de exemplo pegue-se o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), no âmbito da administração tributária federal; ou o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT/SP), no âmbito da administração estadual tributária em São Paulo.

[4]



Conforme preleciona Sergio André Rocha: *"Em países que adotam o sistema da jurisdição una, o processo administrativo passa a exercer função meramente acessória, podendo ser facultativo ou obrigatório o exercício do direito de defesa perante os órgãos da Administração Pública"* (ROCHA, Sergio André. Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário. São Paulo: Almedina, 2018, p. 168).

Dito isto, apesar de partirmos aqui da premissa (dissonante da que é adotada pelo autor da obra bibliográfica acima anotada) de que há no Brasil um exercício atípico da jurisdição pela administração tributária, é certo que tal jurisdição não se dá de forma plena (tal como pelo Poder Judiciário) e poderá ser questionada pelo contribuinte judicialmente, oportunidade em que será dada a palavra final, de forma definitiva.

[5] São vários órgãos da administração federal que já encontraram a tutela da CCAF, tais como o IBAMA, RFB, BACEN, INSS, empresas públicas, universidades públicas etc. Além disso, após a edição da Portaria n.º 1.099/2008, a CCAF passou ter também competência para conciliar ou julgar as controvérsias envolvendo os Estados e o Distrito Federal (apenas para fins de conciliação, sendo no caso dos Estados e Distrito Federal vedada a arbitragem, em razão da autonomia destes entes, dentro do pacto federativo).

[7] BERTOLO, Patrícia. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: uma visão de futuro. JUSBRASIL. Acesso em: 25.04.2020. Disponível em: <<https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/283812/a-camara-de-conciliacao-e-arbitragem-da-administracao-federal-uma-visao-de-futuro>>.2009.

[8] BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº AGU/SRG-01/2007 Acesso em: 24.04.2020. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/225001>>.

[9] BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº AGU/SRG-01/2008 Acesso em: 24.04.2020. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/225011>>.

[10] BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº AGU/SRG-02/2008 Acesso em: 24.04.2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-JT-06-2009.htm>.

[11] MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. Revista Fórum de Direito Tributário. Ed. Fórum. 2007. p. 51-74.

Date Created

06/05/2020