XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

ACESSO À JUSTIÇA I

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

JEFFERSON APARECIDO DIAS

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Frederico da Costa Carvalho Neto, Jefferson Aparecido Dias, Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-208-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

Os trabalhos relatados nesta apresentação têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Acesso à Justiça, durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 06 a 09 de julho de 2016, na Universidade de Brasília - UNB, sobre o tema "Direito e Desigualdades: diagnóstico e perspectivas para um Brasil justo".

A proposta do trabalho é inovadora vez que, a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também têm a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos apresentados foram:

1- "A CRISE DO ESTADO E A DESJUDICIALIZAÇÃO: ENTRE O IMOBILISMO E A BUSCA POR UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA", de autoria de Afonso Soares de Oliveira Sobrinho e de Clarindo Ferreira Araújo Filho, tratou das possibilidades de desjudicialização, em especial por meio da atuação dos Cartórios, como forma de garantir uma ordem jurídica justa. Além de destacar os casos em que tal desjudicialização já ocorreu, os autores também analisam novas possibilidades que podem ser adotadas em homenagem ao aperfeiçoamento do acesso à Justiça.

2- "ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADE SOCIAL: REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS", os autores Guilherme Barbosa da Silva e Amanda Querino dos Santos Barbosa tratam da Justiça como fonte de promoção da igualdade, alertando para o fato de, algumas vezes, a ausência de defensor constituído fazer com que o próprio acesso à justiça seja desigual, o que pode ser suprido com a nomeação de um

defensor público. Além disso, o artigo trata de ajustes que devem ser feitos no próprio Judiciário para combater a sua morosidade e a sua inacessibilidade. Dentre estes ajustes, destaca-se o programa de justiça itinerante mantido pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

3- "A RELATIVIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA", de Márcia Cruz Feitosa e de Monica Teresa Costa Sousa, analisa a possibilidade de a competência territorial trabalhista ser relativizada a fim de garantir ao trabalhador o acesso à Justiça, uma vez que a norma que exige que a ação deva ser proposta no local da prestação do trabalho dificulta tal acesso à Justiça. O artigo destaca casos em que tem se admitido o ajuizamento da ação no local de domicílio do trabalhador, quando ele for hipossuficiente.

4- "ACESSO À JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS: DIREITO À HOMOAFETIVIDADE", de Michelle Fernanda Martins e Simone Stefani Signori, se inicia com uma pergunta: as transformações sociais geram o nascimento de direitos ou o nascimento de direitos gera transformações sociais? Na sequência, o artigo trata do acesso à Justiça e como ele se correlaciona com o direito à homoafetividade, a partir de um estudo comparativo entre a realidade argentina, onde existe lei que garante o direito à homoafetividade, e o Brasil, onde tal legislação inexiste.

5- "ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA, JUSTIÇA OU IMPOSIÇÃO INTERNACIONAL?", Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita analisam o significado que é atribuído ao termo "acesso à Justiça", apresentando os aspectos que envolvem a sua conceituação e efetivação, defendendo que ele deve ser interpretado como o acesso à ordem jurídica justa.

6- "ACESSO NEGADO: TRANSIDENTIDADES E ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DO MARANHÃO", de Tuanny Soeiro Sousa, advém de um questionamento sobre as demandas promovidas por transexuais para a alteração de seus dados no registro de nascimento. A pesquisa que fundamentou o artigo encontrou apenas 03 (três) ações dessa espécie na Justiça do Estado do Maranhão. O que se notou é que os obstáculos para a propositura dessas ações seriam de ordem social e psicológica, e não jurídicas ou judiciais. O destaque de tal artigo é que ele, além de uma pesquisa bibliográfica, também possui uma pesquisa de campo, na qual foram coletados os dados para a sua elaboração.

7- "AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DO ESTUDO DA FASE PRETRAIL DO PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO", Rafael Gomiero Pitta e Jéssica Amanda Fachin fazem uma análise das perspectivas do novo

Código de Processo Civil, a partir do estudo da fase pretrail do processo civil norte-americano, questionando se a importação pelas leis brasileiras de institutos de direito de outros países tem sido eficaz na promoção do acesso à Justiça.

8- "BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS", de Viviane Lemes da Rosa e André Ferronato Girelli, destaca a importância do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) na concretização dos princípios que nortearam a reforma do novo Código de Processo Civil. Além disso, sustenta que o IRDR pode ser um instrumento de efetivação do acesso à Justiça, ao garantir que o cidadão saiba previamente como tem decidido o Judiciário, a partir de seus precedentes. Por fim, o artigo afasta as principais críticas comumente feitas ao mencionado Instituto, sustentando que elas são improcedentes.

9- "CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DE DADOS DO NÚCLEO DE PRIMEIRO ATENDIMENTO DO XX JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL – RJ", Lilian Trindade Pitta destaca a importância da informação ao cidadão como forma de garantir não apenas o acesso à Justiça (aqui concebido como o acesso ao Poder Judiciário), mas o próprio acesso ao direito do qual se é titular. A partir de tais premissas, o artigo defende a necessidade de o cidadão ser informado sobre os seus direitos, a fim de que ele possa exercitá-los plenamente. No mais, esse é mais um artigo baseado não apenas em uma pesquisa bibliográfica, mas, também, em uma pesquisa de campo (coleta de dados) realizada em Juizado Especial da Comarca do Rio de Janeiro.

10- "CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO – NOVOS RUMOS TRAÇADOS SOB A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI 13.140/2015 PARA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA", de Dauquiria de Melo Ferreira e de Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, trata dos institutos da conciliação e da mediação, bem como as transformações pelas quais eles deverão passar a partir da aprovação do novo CPC e da Lei nº 13.140/2015, que deram grande importância aos dois institutos que careciam de regulamentação no Brasil.

11- Ao lado de uma maioria de artigos que tratam do acesso à Justiça no âmbito civil, o artigo "DECISÕES JUSTAS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO: HÁ GARANTIA DE IMPARCIALIDADE SEM GARANTIA DE INDEPENDÊNCIA?", de Marlyus Jeferton da Silva Domingos, inova ao tratar do tema no âmbito administrativo. Nesse sentido, o mencionado artigo trata do processo administrativo e da necessidade de ele observar o devido processo legal, na busca de decisões justas. Questiona os problemas gerados no âmbito administrativo pela necessidade de se observar o princípio da legalidade, o que

impossibilitaria a independência no julgamento e, por consequência, a sua imparcialidade. O artigo, por fim, analisa o fato de a Administração Pública não conseguir resolver os seus problemas e obrigar o cidadão a buscar a tutela do Poder Judiciário.

12- “DEFENSORIA PÚBLICA: GARANTIDORA DO ACESSO À JUSTIÇA AO HIPOSSUFICIENTE ECONÔMICO E INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS”, de Robson Aparecido Machado e de Dirceu Pereira Siqueira, destaca a atuação da Defensoria Pública não apenas na garantia de acesso à Justiça mas, também, na defesa e promoção dos direitos humanos das pessoas com hipossuficiência econômica.

13- “DEVIDO PROCESSO LEAL: BOA-FÉ E SIMETRIA ENTRE AS PARTES”, Paulo Henrique Helene e Eduardo Hoffmann partem da boa-fé como eixo que deve nortear as relações pessoais e, também, a importância que tal princípio ganhou no processo, em especial, a partir do novo CPC, que valorizou a boa-fé entre as partes, na busca de uma atuação simétrica e legal. O artigo destaca, também, a importância de o princípio da boa-fé ser tratado com os acadêmicos do direito.

14- Mais uma vez, saindo do âmbito do processo civil, o artigo “DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEI MARIA DA PENHA”, de Marcus Guimarães Petean, analisa a aplicação do princípio do acesso à Justiça no âmbito penal, em especial nos processos que envolvem a aplicação da Lei Maria da Penha. Além disso, o artigo trata da isonomia que deve ser observada nos processos que envolvem a violência doméstica, o que permitiria que a lei fosse aplicada não apenas às mulheres mas, também, às pessoas que se identificam com o gênero feminino, como lésbicas e transexuais.

15- "DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: IMPLICAÇÕES NO ACESSO À JUSTIÇA", de Catherine Thereze Braska Hazl, analisa as mutações sofridas no acesso à Justiça com a mudança de paradigma do positivismo para o neoconstitucionalismo. Além disso, o artigo questiona no que consiste, efetivamente, o acesso à Justiça, defendendo que ele não pode ser concebido como a simples possibilidade de acionar o Poder Judiciário.

16- "EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA E INSTRUMENTO DE AMPLIAÇÃO", a autora Thífani Ribeiro Vasconcelos de Oliveira defende a necessidade de resposta justa e adequada para os conflitos, a qual, contudo, não necessariamente precisa ser dada pelo Judiciário. O artigo trata do acesso à Justiça no processo penal e defende a aplicação de meios alternativos para a solução das demandas, defendendo a valorização do papel da vítima. Sustenta que deveria

prevalecer no direito penal, assim, princípios da justiça restaurativa, com o objetivo de restaurar os laços rompidos com o crime e humanizar o processo, empoderando autor e vítima para que juntos busquem a melhor solução para o processo. Por fim, o artigo trata da mudança de paradigma da culpa para o da responsabilidade, inclusive analisando a auto-responsabilização.

17- "ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E JUSTIÇA: DIREITO, SOCIEDADE E O TERCEIRO SETOR", Bruno Valverde Chahaira analisa a situação das comunidades do Estado de Rondônia que, por estarem a várias horas de barco da capital ou de alguma cidade com um órgão da Justiça, têm o seu acesso à Justiça dificultado. O artigo defende, ainda, que em referido contexto social as entidades do terceiro setor podem atuar como auxiliar do Poder Público no acesso à Justiça.

18- “GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CREDIÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO: ACESSO OU NEGAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL?”, de André Murilo Parente Nogueira e Manuella de Oliveira Soares, os autores analisam a possibilidade prevista no novo Código de Processo Civil que autoriza o parcelamento das custas processuais, suscitando questionamentos quanto à sua aplicação, inclusive se poderá se ter um verdadeiro “crediário”, que, muitas vezes, deixará de ser um benefício e pode se tornar um ônus, em especial nos casos de novas custas que poderão gerar novos “carnês”.

19- "NOTAS SOBRE A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUA ADOÇÃO NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA PÓS-MODERNA", Antônio Carlos Diniz Murta e Priscila Ramos Netto Viana defendem a possibilidade de adoção da arbitragem como forma de solução de litígios em matéria tributária, a partir de experiência do Direito Português. Sustentam que a adoção da arbitragem pode ser um instrumento que garanta decisões céleres e justas nos conflitos em matéria tributária e o texto também afasta os principais entraves à aplicação da arbitragem na temática.

Com se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes do princípio do acesso à Justiça, analisando a sua aplicação não apenas no direito processual civil mas, também, no direito processual penal e no direito administrativo.

Além disso, importante destacar que os artigos trataram da realidade de diferentes Estados da Federação, apresentando diversos contextos nos quais a aplicação do princípio do acesso à Justiça ocorre de forma diversa.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do acesso à Justiça.

Prof. Dr. Frederico da Costa carvalho Neto (UNINOVE)

Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias (UNIMAR)

Profa. Dra. Vivian de Almeida Gregori Torres (USP)

NOTAS SOBRE A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUA ADOÇÃO NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA PÓS-MODERNA

NOTES ON TAX ARBITRATION AND ITS ADOPTION IN BRAZIL UNDER A POSTMODERN PERSPECTIVE

Antônio Carlos Diniz Murta [1]
Priscila Ramos Netto Viana [2]

Resumo

RESUMO: Este artigo aborda a possibilidade de utilização da arbitragem tributária no Brasil, a partir do paradigma da pós-modernidade, para a solução de conflitos em matéria tributária, de forma a ampliar o acesso à justiça. Serão levantados os possíveis entraves legais e doutrinários à adoção da arbitragem tributária, fixando-se assim os seus limites e possibilidades. Objetiva-se demonstrar que a arbitragem tributária pode ser intrumento de garantia do direito fundamental de acesso à justiça, sem deixar de observar as normas que compõem o Sistema Tributário Nacional. Para alcançar o objetivo proposto, utilizar-se-á de fontes teóricas, em uma abordagem compreensivo-exploratória.

Palavras-chave: Resolução de conflitos, Pós-modernidade, Arbitragem tributária, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: This article discusses the tax arbitration in Brazil by the post-modern paradigm, for the settlement of disputes on tax subjects, in order to increase access to justice. The possible legal and doctrinal barriers to the adoption of tax arbitration will be raised and setting its limits and possibilities. The purpose is to demonstrate that the tax arbitration may be a guarantee instrument of the fundamental right of access to justice and also observe the rules that make up the national tax system. To achieve the proposed aim, it will be used theoretical sources, in a comprehensive and exploratory approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conflict resolution, Post-modernity, Tax arbitration, Access to justice

[1] Doutor em Direito pela UFMG. Professor titular da Universidade FUMEC

[2] Mestranda em Direito Pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde/FHC da Universidade FUMEC

Introdução

Não é de hoje que se percebe no Brasil a ausência de respostas satisfatórias do Poder Judiciário aos conflitos submetidos ao seu pálio, notadamente quando se tem em um dos polos da relação processual o Estado. A previsão expressa no texto constitucional da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação como direito fundamental (art. 5º, LXXVIII)[1], as recentes alterações da Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (utilização da arbitragem pela administração pública na solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis)[2], a Lei Federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que trata da mediação e da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e a Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Novo Código de Processo Civil, são sinais evidentes de que o Estado Brasileiro está a buscar o aperfeiçoamento da função jurisdicional e meios alternativos de solução de conflitos, de forma a possibilitar o acesso à justiça de forma mais eficaz.

Este artigo analisará, sob a perspectiva da pós-modernidade, a arbitragem conforme tratada no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a buscar resposta para os seguintes questionamentos: É possível a aplicação do instituto da arbitragem para a solução de conflitos em matéria tributária no Brasil? Quais seriam os entraves legais e doutrinários à adoção da arbitragem tributária no sistema brasileiro? Quais os limites que se impõem a esta forma de solução de conflitos e as suas possibilidades? A arbitragem tributária pode ser intrumento de garantia de direitos fundamentais, ao ampliar o acesso à justiça, sem desrespeitar o sistema tributário nacional, conforme definido no texto constitucional e no Código Tributário Nacional?

Para a adequada compreensão deste estudo, é importante deixar claro que a arbitragem não se confunde com outras formas alternativas de solução de conflitos e nem significa a renúncia a qualquer direito. A arbitragem é uma forma de solução de conflitos, onde a aplicação da lei ocorre por meio de um terceiro (árbitro). É diferente, pois, da transação[3], na

[1] Inciso inserido no art. 5º da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

[2] §1º do art. 1º da Lei Federal n. 9.307/1996, introduzido pela Lei Federal n. 13.129, de 26 de maio de 2015.

[3] A transação é uma das formas de extinção do crédito tributário (art. 156, III do Código Tributário Nacional). Neste caso, ao contrário das transações entre particulares, cabe à lei definir a matéria litigiosa de natureza tributária, que poderá ser submetida à transação, bem como as suas condições, não abrindo espaço para a discricionariedade (Art. 171 do Código Tributário Nacional).

qual uma obrigação é extinta mediante a realização de concessões mútuas das partes para encerrar um litígio. Muitos dos (pre)conceitos em relação à arbitragem tributária decorrem justamente da confusão conceitual entre esta e a transação.

Por sua vez, a arbitragem não é forma de conciliação ou de mediação. A conciliação é um método utilizado em conflitos no qual se busca a restauração, dentro do possível, da relação social entre as partes, através de um terceiro facilitador. Na mediação, uma terceira pessoa facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia, a melhor solução para o problema, podendo terminar ou não em acordo. Nessas duas formas de solução de conflitos, pode haver a renúncia parcial ou total de direitos pelas partes.

É preciso reconhecer que a arbitragem tributária não é um assunto palatável a qualquer estudioso do direito. O simples fato de se tratar de uma forma "alternativa" de solução de conflitos faz com que ela tenha que provar o seu valor em relação à "norma" ou à "regra", ou seja, em relação ao que é de fácil percepção e já institucionalizado nas relações jurídicas cotidianas (VILLA-LOBOS, 2013, p. 374)[4].

Por isso, faz-se necessário abandonar as "falsas soluções, mil e uma vezes tentadas, que nos deixam sempre no mesmo lugar" (VILLA-LOBOS, 2013, p. 374) para buscar soluções compatíves com as características das relações sociedade-Estado na pós-modernidade, que, segundo SANTOS (apud FIGUEIRAS, 2013, p. 86), pressupõe a "constituição de um Estado Experimental que permita a coesão entre as antigas instituições do Estado Moderno e as novas instituições que vão emergindo."

Neste artigo serão levantados os possíveis entraves legais e doutrinários à adoção da arbitragem tributária, fixando-se assim os seus limites e possibilidades. Objetiva-se demonstrar que a arbitragem tributária pode ser intrumento de garantia do direito fundamental de acesso à justiça, sem deixar de observar as normas que compõem o Sistema Tributário Nacional. Para alcançar o objetivo proposto, utilizar-se-á de fontes teóricas, em uma abordagem compreensivo-exploratória.

[4] Interessante observar que, em verdade, a adoção da arbitragem representa um retorno ao passado, às origens das soluções de conflitos criados em nossa sociedade. Como bem assevera LEAL (2014, p. 22), "a jurisidição é que surgiu da arbitragem."

1 A pós-modernidade no direito

A pós-modernidade é caracterizada por três características essenciais: a crise da razão, com a perda de sua importância enquanto instrumento capaz de fornecer as respostas corretas ou revelar a "verdade"; a hipercomplexidade, com a justaposição das diversidades de interesses e de grupos; e a interação dos diversos sujeitos sociais. Sob este paradigma, o direito que, na modernidade, foi alçado à condição de racionalizador da ordem social (FIGUEIRAS, 2013, p. 83), passa por profundas transformações conceituais.

Neste diapasão, temos a superação do positivismo jurídico, com a desconstrução da crença nas leis enquanto fundamento de justiça e racionalidade (deslegalização). Nas palavras de DERRIDA (2010, p. 37) "a autoridade das leis não tem qualquer fundamento, não assenta senão no crédito que se lhes dá. Crê-se nelas, tal é o seu fundamento único. Este ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional."

Assiste-se também à perda do protagonismo do juiz na relação processual e o afastamento da jurisdição estatal enquanto único sítio garantidor dos direitos fundamentais (desjurisdicionalização). AZEVEDO (1999, p. 100) esclarece que para que o direito cumpra o seu papel, nem sempre deve se levar todos os conflitos ao juiz. Em suas palavras,

> ... este pode não ser o melhor caminho. Aos poucos, os grupos sociais descobrem outras soluções. Da fuga para o juiz, cabe hoje falar em fuga do juiz – e isso, diga-se, não diminui o Poder Judiciário, eis que este fica limitado a agir nas hipóteses em que, de fato, é necessário como julgador. Para que juiz, em casos nos quais as partes admitem um árbitro?

Por fim, temos a chamada desadministrativação – o trespasse a entidades privadas, por vias contratuais ou cooperativas, de *munus* geralmente afetos à administração pública.

Assim, a desestadualização, enquanto necessário corolário dos novos conceitos informadores do direito pós-moderno (ROCHA, 2013, p. 222) reflete a reconstrução de um novo modelo estatal, no qual a sociedade é que deve organizar o direito e não o contrário. Nesse sentido, esclarece FIGUEIRAS (2013, p. 84) que

> O Direito começa a ser produto da ação de vários atores sociais, primeiro, num plano supra-estadual, resultante da globalização e, segundo, num plano infra-estadual, em resultado do aumento dos mecanismos de autorregulação. As ideias que lhe estão subjacentes são as da liberação dos vários setores da vida de uma regulamentação racional, o acolhimento de regras extralegais e de equivalentes funcionais do Direito e a transformação do Direito racional num Direito reflexivo.

Ainda nos dizeres de FIGUEIRAS (2013, p. 87), "A comunidade vai tomando conta de si, não restando outra alternativa ao Estado que retirar-se lenta e progressivamente, limitando-se a ser um mero órgão central fiscalizador."

A crise do direito moderno, segundo SANTOS (2005, p. 160/161), decorre "da redução histórica de sua autonomia e da sua eficácia à autonomia e eficácia do Estado." O fato de o direito não ser autônomo em relação à própria estrutura estatal (condição esta já presente no Estado Liberal e reforçada no Estado Providência) leva a problemas recorrentes do sistema jurídico, tais como a demora dos processos, os custos da justiça e o congestionamento dos tribunais (SANTOS, 2005, p. 161).

Em um contexto de redução gradual do papel estatal (é o direito em busca de sua autonomia), a inversão de direção na relação direito-sociedade, sinalizada em FIGUEIRAS (2013) justifica-se pela necessidade de o Estado se valer do auxílio da sociedade para realizar as suas funções. A entrada da sociedade como co-autora das realizações estatais revela-se no seu papel de intérprete dos direitos previstos constitucionalmente (HÄBERLE, 2002) e no seu protagonismo no processo discursivo de legitimação do direito (HABERMAS, 2003 p. 309).

O direito pós-moderno caracateriza-se, pois, pela complexidade dos seus mecanismos de produção e das modalidades de articulação das normas jurídicas, bem como pela flexibilidade do conteúdo das normas e de seus processos de adaptação local (DIAS, 2003, p. 35).

A flexibilidade normativa justifica-se pela necessidade de o direito adaptar-se à evolução da realidade e às novas situações (DIAS, 2003, p. 35/36). A arbitragem não é novidade enquanto meio de solução de conflitos, mas os resquícios positivistas ainda presentes na *práxis* jurídica fazem com que a sua aplicação no Brasil ocorra de forma tímida, mormente na seara de conflitos envolvendo a administração pública.

2 Arbitragem no direito brasileiro

O instituto de arbitragem é uma construção típica da pós-modernidade jurídica, compatível com o novo posicionamento do Estado na sociedade. Se atualmente assistimos à

crescente tendência de parcerias entre o Estado e particulares na realização de propósitos de interesse público[5], esta tendência também pode ser observada em relação à função jurisdicional.

No Brasil não existe nenhuma norma constitucional que reconheça de forma a expressa a jurisdição dos tribunais arbitrais[6]. Então, o primeiro questionamento que surge é sobre o reconhecimento de jurisdicionalidade ao juízo arbitral.

A lei federal n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem) e o novo CPC permitem-nos concluir que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece os tribunais arbitrais como esferas jurisdicionais. Na Lei de Arbitragem, o art. 3º estabelece que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem. O art. 31 do mesmo diploma determina que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. O novo CPC, além de estabelecer expressamente a autonomia das partes para a escolha do juízo arbitral (art. 42), reconhece a sentença arbitral como título executivo judicial (art. 515, VII). O nova legislação estabelece ainda que o juiz não resolverá o mérito quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer a sua competência (art. 485, VII)

Não se pode negar, portanto, que a arbitragem constitui-se como meio de acesso à justiça em nosso país (RIBEIRO et al). O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença por ele proferida não se sujeita a recurso ou homologação por parte do Poder Judiciário[7].

Nos dizeres de LEAL (2014, p. 31),

> O Estado, na pós-modernidade, seja como Administração-Governativa ou espaço da procedimentalidade jurídica, não é mais o todo do ordenamento jurídico, mas está no ordenamento jurídico em situação homotópica (isonômica) com outras instituições e com estas se articula de modo interdependente e num regime jurídico

[5] Citemos, de maneira exemplificativa, as seguintes leis do ordenamento jurídico brasileiro que admitem o cumprimento de finalidades públicas por particulares: Lei Federal n. 8.987/1995 (Lei das Concessões), Lei Federal n. 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas), Lei Federal n. 9637/1998 (Organizações Sociais), Lei Federal n. 9.790/1999 (OSCIP's), Lei Federal n. 13.019/2014 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), dentre várias outras.

[6] A única menção à arbitragem no texto constitucional está no art. 114, §1º, ao tratar da possibilidade de eleição de árbitros, na hipótese de fracasso das negociações coletiva de trabalho, no âmbito da Justiça do Trabalho.

[7] Importante consignar que a opção pela via arbitral exclui a via judicial e, consequentemente, a esfera administrativa.

de subsidiariedade recíproca.

Considerando o contexto da pós-modernidade, em que a racionalidade legislativa e os provimentos judicias cedem cada vez mais espaço às alternativas de solução de conflitos construídas pela própria sociedade, percebe-se que o próprio Estado confere legitimidade a estas alternativas, ao trazê-las para dentro de sua moldura institucional.

Por isso, a opção pelo juízo arbitral não pode ser considerada como vedação de apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito. Mesmo a ausência do duplo grau de jurisdição não é óbice ao reconhecimento da arbitragem como meio legítimo de acesso à justiça, vez que muitas ações previstas em nosso ordenamento jurídico prescindem deste expediente (e. g., ações cuja competência originária é do Supremo Tribunal Federal).

A arbitragem é uma faculdade conferida aos sujeitos, expressão do princípio da autonomia da vontade, não um foro imposto. É mais uma forma de acesso à justiça e, na maior parte das vezes, mais eficiente, haja vista a celeridade que informa os seus procedimentos. O art. 5º, XXXV da C.F./88 dever ser interpretado, pois, em conjunto com o inciso LXXVIII do mesmo artigo, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Corroborando o entendimento acima, na SE 5206 – AgR/EP (Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ. 30.03.2004), o Supremo Tribunal Federal, em controle incidental de constitucionalidade, assentou o entendimento de que a Lei de Arbitragem é constitucional, não ferindo, portanto, a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

3 Administração pública e arbitragem

Sobre as pessoas que podem optar pelo juízo arbitral, a Lei de Arbitragem assim dispõe:

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
> **§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis**. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (g.n.)
> § 2º **A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de**

> **acordos ou transações.** (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (g.n.)
> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.
> § 1º …
> § 2º …
> **§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.** (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (g.n.)

Da leitura dos dispositivos legais supracitados, verifica-se que apenas litígios entre parte capazes, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, podem ser objeto do juízo arbitral. Note-se que, com a recente alteração da Lei de Arbitragem pela Lei Federal n. 13.129/2015, admitiu-se expressamente a utilização dessa forma alternativa de solução de conflitos pela administração pública. Observa-se uma restrição maior, na hipótese em que a administração pública seja parte em uma discussão, no sentido de que os árbitros somente poderão decidir de acordo com o direito, sendo vedado o uso da equidade.

A ausência de previsão expressa da utilização da arbitragem pela administração pública na Lei de Arbitragem não obstou, todavia, a utilização deste mecanismo pelo Estado no passado. Algumas leis já previam essa alternativa aos entes públicos, em casos específicos (v.g. Decreto-Lei n. 1.321/1974 – empréstimos; Lei Federal n. 8.693/1993 – transporte ferroviário; Lei Federal n. 8987/1995 – concessões e permissões de serviço público; Lei Federal n. 9.472/1997 – telecomunicações, Lei Federal n. 9.478/1997 – petróleo e Lei Federal n. 11.079/2004 – parcerias público-privadas, dentre outras). O Governo Federal já disciplinava, por meio da Portaria AGU n. 1.281, de 27 de setembro de 2007, o deslinde em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia Geral da União, por intermédio da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal- CCAF[8].

O Supremo Tribunal Federal- STF[9] e o Superior Tribunal de Justiça-STJ[10], por sua vez, apresentam julgados favoráveis à utilização da arbitragem no âmbito de controvérsias envolvendo a Administração Pública, mesmo antes da recente alteração da Lei de Arbitragem.

Diante da atual previsão legislativa sobre a matéria, podemos dizer que encontra-se superada eventual discussão sobre a arbitrabilidade de controvérsias envolvendo a

[8] Hoje a Lei Federal n. 13.140/2015 estabelece as condições para que todos os entes federados criem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (art. 32 e ss).
[9] AI 52.181/GB , DJU 15.02. 73, Rel. Min. Bilac Pinto.
[10] REsp 606.345/RS, DJU 08.06.07, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

Administração Pública que tratem de direito patrimonial disponível.

4 A adoção da arbitragem tributária enquanto meio alternativo para a solução de conflitos apto a garantir o acesso à justiça e o sistema tributário nacional: limites e possibilidades.

A partir da constatação da possibilidade de submissão ao juízo arbitral de conflitos que envolvam a Administração Pública, resta-nos perquirir se a autorização contida na Lei de Arbitragem abrange matérias de natureza tributária. Os entraves dogmáticos geralmente apontados como óbice à adoção da arbitragem tributária no sistema brasileiro seriam o princípio da indisponibilidade do interesse público, o princípio da estrita legalidade em direito tributário e a natureza não contratual da relação juridico-tributária estabelecida entre fisco e contribuinte.

4.1 Estrita legalidade tributária e arbitragem

Muitos autores entendem ser indispensável a edição de lei específica autorizando a submissão de conflitos tributários ao procedimento arbitral (YURGEL, 2014; MENDONÇA, 2013). Desta feita, não bastaria a previsão genérica contida na Lei de Arbitragem. Tal entendimento decorre do princípio da estrita legalidade tributária, que informa o Sistema Tributário Nacional. Este princípio encontra-se expresso no art. 146, III e art. 150, I da C.F.[11].

Como as causas da extinção do crédito tributário (leia-se, da própria obrigação tributária, nos dizeres de CARVALHO, 2008, p. 468) estão expressamente previstas no art. 156 do Código Tributário Nacional, não haveria como admitir-se a sentença arbitral como causa extintiva do crédito tributário, sem que uma lei assim dispusesse. Isto porque nenhuma das figuras extintivas do crédito tributário previstas no art. 156 do CTN pode ser, a princípio,

[11] Art. 146. Cabe à lei complementar:
(…) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.
Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

equiparada à sentença arbitral, quais sejam: pagamento; compensação; transação; remissão; prescrição e decadência; conversão de depósito em renda; pagamento antecipado e homologação do lançamento; consignação em pagamento; decisão administrativa irreformável; decisão judicial passada em julgado; e dação em pagamento em bens imóveis.

Todavia, esta conclusão apriorística só seria correta se interpretarmos de forma literal o art. 156 do CTN. Ora, o art. 31 da Lei de Arbitragem estabelece que "a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo." Desta feita, a sentença arbitral equipa-se à decisão judicial transitada em julgado, já prevista no referido dispositivo legal, vez que os seus efeitos são os mesmos.

Ainda que o art. 33 da Lei de Arbitragem preveja a possibilidade de declaração de nulidade da sentença arbitral por parte do Poder Judiciário, o que retiraria o seus *status* de "coisa julgada", infere-se que eventual decisão judicial que declare tal nulidade (na hipótese em que a decisão arbitral nula não reconheça a existência do crédito tributário), será, da mesma forma, causa de extinção do crédito tributário quando transitar em julgado. Portanto, a sentença arbitral é causa extintiva do crédito tributário e observa o princípio da legalidade estrita em sua compreensão como juridicidade.

A juridicidade, enquanto redefinição do princípio da legalidade no paradigma da pós-modernidade, significa a atuação conforme o Direito e não somente conforme a Lei. Vai além do cumprimento da letra fria da lei, para abranger o respeito ao "bloco de legalidade", ou seja, o ordenamento jurídico como um todo sistêmico (BINENBOJM, 2008, p. 141.).

Ainda que consideremos a possibilidade de matérias de ordem tributária serem submetidas ao juízo arbitral sem a necessidade de lei específica, outros fatores devem ser analisados, a fim de ratificar ou rechaçar esta primeira conclusão.

4.2 Aplicação da Lei de Arbitragem aos conflitos de natureza tributária e a revisão dos conceitos de interesse público e de direito patrimonial disponível

Superado o exame do princípio da estrita legalidade tributária, dois conceitos devem ser fixados para a adequada análise sobre a possibilidade de se aplicar a Lei de Arbitragem na

solução de conflitos em matéria tributária no Brasil: o de direito patrimonial disponível e o de interesse público.

Segundo o pensamento jurídico comum, não haveria como admitir a arbitragem tributária, eis que o crédito tributário, por ser compreendido como interesse público, seria indisponível.

Na era do Estado social interventor, o interesse público era compreendido como o interesse do Estado. Estes eram indissociáveis, já que, como ao Estado cabia prover todas as necessidades básicas da sociedade, todas as suas ações visariam, em última análise sempre ao atendimento do interesse público, conforme definido por ele.

Esta concepção alterou-se profundamente, a partir da percepção de que o Estado não é a sociedade/povo e que, portanto, seus interesses não se confundem. O interesse do Estado não é o interesse público estrito. JUSTEN FILHO (2011, p. 35) delimita o interesse público aos direitos fundamentais preconizados no texto constitucional, enfatizando que interesse público não é o interesse do Estado, não é o interesse do aparato administrativo e não é o interesse do agente estatal. Contudo, cabe ao Estado zelar pelo interesse público, respeitá-lo e buscar a sua realização.

Segundo MELLO (2006, p. 60/61), o interesse público (interesse do todo, do conjunto social) nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade. Define o ilustre administrativista que "o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem".

A doutrina estabeleceu, assim, a diferenciação entre interesse público primário – interesse dos indivíduos enquanto membros do corpo social; e interesse público secundário – interesse da Administração, da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica (BARROSO, 2007, p. XV-XVI).

Destarte, a indisponibilidade do interesse público (primário) refere-se à impossibilidade de o Estado dele abrir mão ou transacioná-lo, já que dele não é titular,

cabendo ao ente público e aos seus gestores apenas curá-lo e geri-lo. Por conseguinte, o interesse público secundário tem natureza instrumental, existindo para assegurar e proteger o interesse público primário.

Quanto aos direitos patrimonias disponíveis sob a ótica da administração pública, entendemos que eles não seriam direitos autônomos em si, mas expressão patrimonial do interesse público primário. Destarte, os tributos são instituídos e arrecadados para que, em última instância, o Estado possa assegurar o atendimento ao interesse público primário (saúde, educação, segurança pública etc.), sendo inviável, pois, a compreensão do crédito tributário como interesse público primário.

Em um juízo arbitral, discute-se apenas as conseqüências patrimoniais dos direitos e interesses públicos indisponíveis e não tais direitos e interesses propriamente ditos. Nesta esteira, CARVALHO FILHO (2007, p. 855) explica que a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de "indisponibilidade relativa":

> Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego dos recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do principio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral, mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como *gestão* dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.
>
> Desse modo, conquanto seja vedada para algumas condutas que importem o exercício de poder de império ou a autoridade pública (*ius imperli*), a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa.

Para YURGEL (2014), "quando a discussão é sobre um interesse de geração de riqueza ao Estado, podemos aplicar a arbitragem, por este ser um direito secundário e, consequentemente, disponível".

O crédito tributário regularmente constituído materializa a ocorrência da respectiva hipótese de incidência tributária e, por exprimir-se necessariamente em moeda (tributo),[12] configura-se como a dimensão patrimonial do interesse público indisponível, na medida em que as receitas tributárias são fonte de custeio da atividade estatal.

A arrecadação do crédito tributário vincula-se, portanto, à efetivação do interesse público primário. Sob essa perspectiva, concluimos que o crédito tributário em si não é indisponível. Admite-se a sua disponibilidade, dentro dos limites da lei. É o que preceitua o Código Tributário Nacional[13]:

> Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Portanto, por entender que o crédito tributário é um "direito patrimonial disponível", os conflitos a ele referentes podem ser submetidos ao juízo arbitral. Não se confunde a indisponibilidade do interesse público com o seu aspecto patrimonial.

Mais uma vez relembramos que, ao submeter ao juízo arbitral uma demanda de natureza tributária, não estará o Fisco abrindo mão de seus recursos ou transacionando os valores questionados. Não se trata de disponibilidade do crédito tributário. Não existe negociação no juízo arbitral quando uma das partes é o Estado, por expressa previsão legal.

Eventual decisão arbitral contrária ao fisco não significa abrir mão de qualquer interesse público primário, já que existe o limite, nesta seara, de se decidir conforme o direito. Neste sentido, MONTEIRO et al (apud YURGEL, 2014) concluem que "A arbitragem, portanto, não cria, majora ou extingue o crédito tributário, mas sim, a decisão proferida pelo juízo arbitral veicula determinado evento vertendo-o em fato jurídico, fazendo com que se desencadeiem as consequências da norma tributária".

[12] O Art. 3º do Código Tributário Nacional define o tributo como "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."
[13] Vide também artigos, 151, 156, 171 e 180 do CTN.

A vinculação das decisões ao direito, por parte do juízo arbitral, sem espaço para a equidade (art. 2º §3º da Lei n. 9.307/96), assegura assim a intangibilidade do crédito tributário.

4.3. A natureza não contratual da relação juridico-tributária estabelecida entre fisco e contribuinte e a convenção de arbitragem

A relação jurídica estabelecida nas controvérsias tributárias, nos dizeres de MENDONÇA (2013, p. 47), não depende da vontade de ambos os sujeitos envolvidos. Trata-se de um envolvimento involuntário, imposto pela norma tributária. Já o juízo arbitral pressupõe a existência de convenção de arbitragem, ato jurídico que só será celebrado se as duas partes assim acordarem.

A Lei de Arbitragem, em seu art. 3º, estabelece que cabem às partes, de maneira voluntária, submeter a solução dos seus litígios ao juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, da qual seriam espécies a cláusula compromissória (cláusula contratual) e o compromisso arbitral (acordo independente). A convenção de arbitragem tem, assim, natureza eminentemente contratual. Os dois tipos de convenção de arbitragem estão delineados no próprio texto legal:

> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes **em um contrato** comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, **relativamente a tal contrato**. (g.n.)
> § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.
> § 2º …
>
> Art. 9º O compromisso arbitral é a **convenção** através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, **podendo ser judicial** ou **extrajudicial**. (g.n.)
> § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.
> § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Considerando as definições legais dos tipos de convenção de arbitragem, é fácil perceber que não há como admitir na relação tributária a cláusula compromissória, pois esta pressupõe a existência de um contrato entre as partes. A exigência do cumprimento de

prestação de cunho patrimonial (tributo) decorre da aplicação de norma jurídica tributária (CARVALHO, 2008, p. 542) e não de um ajuste decorrente da autonomia da vontade[14].

Em relação ao compromisso arbitral, por sua vez, como este pode dar-se de forma judicial ou extrajudicial, admite-se, a partir do atual ordenamento jurídico, que a Administração Pública e o seu adversário, no bojo de uma controvérsia tributária judicializada, decidam submeter aquele litígio ao juízo arbitral. Desta forma, apenas compromissos arbitrais gerados em sede de prestação jurisdicional estatal poderiam ser levados ao tribunal arbitral, limitação esta decorrente da natureza jurídica da relação tributária estabelecida entre Estado e contribuinte.

Neste caso, para que a arbitragem tributária seja admitida de forma ampla, não há como se esquivar da necessidade de previsão legal quanto à correta forma de acesso do contribuinte e do Fisco ao juízo arbitral, por meio que não o compromisso arbitral extrajudicial, por absoluta impossibilidade de entender a relação tributária como acordo de vontades.

4.4. Definição quanto ao âmbito de aplicação da arbitragem tributária: limites e possibilidades

Não existe óbice à adoção da arbitragem como meio alternativo para a solução de conflitos em matéria tributária, se utilizarmos como suporte legal autorizativo a Lei de Arbitragem, tendo em vista que: (i) a administração pública pode ser parte em juízo arbitral, notadamente porque o princípio da legalidade deve ser obrigatoriamente respeitado nas sentenças arbitrais quando uma das partes for o Estado; (ii) a arbitragem é uma forma diversa de resolução de controvérsias, na qual um terceiro, escolhido conforme determina a legislação, decide a controvérsia, fazendo as vias de juiz; (iii) a arbitragem de forma alguma é uma beneficio ao contribuinte, instrumento de negociação ou de transação do crédito tributário, não significando omissão no dever arrecadatório estatal; (iv) a arbitragem equipara-se à sentença judicial transitada em julgado, para fins de promover a extinção do crédito tributário (art. 156 do CTN) e para gerar os demais efeitos decorrentes da solução de

[14] Importante asseverar, conforme palavras de MENDONÇA (2013, p. 95), que "o fato de os sujeitos envolvidos na relação ributária não ali estarem em decorrência de sua vontade não afasta a necessária manifestação da autonomia da vontade para a submissão da solução arbitral."

contendas tributárias em ações judiciais, haja vista o reconhecimento do juízo arbitral enquanto jurisdição; (v) Todas as controvérsias tributárias solucionáveis através da subsunção das leis tributárias vigentes ao caso concreto podem ser submetidas ao juízo arbitral[15].

Contudo, o atual arcabouço legal presente no ordenamento jurídico brasileiro necessita ser complementado, para que restem claros alguns elementos importantes para a adequada operacionalização da arbitragem tributária, dos quais não se pode abrir mão de expressa previsão legal, tais como: (i) formas de acesso da administração pública e do contribuinte ao juízo arbitral, já que inexiste na relação jurídica tributária espaço para a convenção de arbitragem, exceto na hipótese compromisso arbitral judicial; (ii) previsão sobre os efeitos da instauração do processo arbitral, tais como a suspensão da exigibilidade do crédito tributário[16]; (iii) (im)possibilidade de o juízo arbitral declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei/ato normativo, diante do caso concreto; (iv) matérias tributárias não passíveis de discussão em um tribunal arbitral; (v) requisitos a serem atendidos por terceiros nomeados árbitros em discussões dessa natureza; (vi) aspectos processuais e procedimentais mínimos do processo arbitral tributário.

Os limites inequívocos à adoção do juízo arbitral em matéria tributária já encontram-se expressos, em nosso entender, na Constituição Federal e na Lei de Arbitragem. Quanto ao texto constitucional, o fato de a arbitragem ser dotada de jurisdicionalidade impõe a sua submissão aos princípios processuais constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa[17].

Quanto à Lei de Arbitragem, como a decisão só poderá ser de direito, a legalidade e a tipicidade tributária encontram-se plenamente asseguradas com esta previsão. Também a Lei de Arbitragem determina a observância aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da publicidade, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º), dispositivos estes que devem ser interpretados a partir da releitura constitucionalizada da

[15] Podemos citar como exemplos: a cobrança de tributos, questionamentos sobre o exercício da competência tributária, validade dos elementos da relação tributária, interpretação das normas tributárias, cobrança indevida ou a maior de tributos, lançamento tributário, constituição irregular do crédito tributário, incidência ou não de obrigações acessórias, aplicação de penalidades etc.

[16] A própria Lei de Arbitragem, com a inclusão art. 19,§ 2º pela Lei Federal n. 13.129/2015, prevê que a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

[17] Para LEAL (2014, p. 23), a arbitragem na Lei Federal n. 9.307/1996 é "jurisdição sem processo", na medida em que nela não se revela o devido processo constitucional (Teoria neoinstitucionalista do processo).

jurisdição e se constituem como condição *sine qua non* para a garantia e efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Conclusão

A atual realidade dos tribunais brasileiros, caracterizados pela morosidade excessiva das demandas submetidas ao seu crivo, fez com que a sociedade buscasse outras formas mais eficientes, céleres e satisfativas para resolver suas controvérsias, mediante a ruptura com as antigas instituições e formas de regulação atreladas à figura do Estado, até então considerado como fonte exclusiva de jurisdição.

A arbitragem é uma alternativa institucional eficaz e funcional no trato dos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos diversos campos das relações sociais. A arbitragem remete aos pressupostos que informam a pós-modernidade, ao se configurar como jurisdição paralela à jurisidição estatal (desestadualização), mas que o Estado brasileiro reconhece como meio legítimo de acesso à justiça. A adoção da arbitragem tem como objetivo primordial garantir de maneira concreta o direito fundamental à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

As recentes alterações legislativas na disciplina arbitral e o Novo CPC, interpretados sob o signo da juridicidade, denotam que, mesmo na seara tributária, não obstante todos os entraves legais e doutrinários apontados (decorrentes de pré-conceitos destituídos do necessário rigor conceitual e dissonantes da hermenêutica jurídica pós-moderna), é possível a aplicação do instituto da arbitragem para a solução de conflitos em matéria tributária.

As limitações decorrentes do regime jurídico tributário previsto na C.F./88 e no CTN são observadas pela Lei de Arbitragem, que na sua atual redação confere inúmeres possibilidades para a resolução de conflitos deste jaez. No entanto, para que a jurisdição arbitral tributária possa ser implantada de maneira ampla e efetiva e para que sejam respeitados os limites definidos no Sistema Tributário Nacional, constata-se a necessidade de edição de lei para tratar de algumas matérias não alcançadas pela Lei de Arbitragem.

O reconhecimento da jurisdicionalidade do tribunal arbitral atrai para si a incidência dos princípios processuais constitucionais, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, pois apenas com a observância de tais princípios, aliada à

duração razoável do processo arbitral e à celeridade de sua tramitação, é que o juízo arbitral tributário exercerá o seu papel de instrumento de garantia do direito fundamental de acesso à justiça.

Referências

AZEVEDO. Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno.** Revista USP, São Paulo, n.42, p. 96-101, junho/agosto 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o principio de supremacia do interesse publico**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27/01/2016.

BRASIL. **Código Tributário Nacional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 28/01/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27/01/2016.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 27/01/2016.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#art47. Acesso em: 27/01/2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. Leyla Perrone Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FIGUEIRAS. Cláudia Sofia Melo. **Arbitragem: a descoberta de um novo paradigma de justiça tributária?** In: FONSECA. Isabel Celeste M. (Coord). A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios. Coimbra: Almedina, 2013, p. 81-102.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e " procedimental" da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tomo II. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo:

Malheiros, 2006.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/>. Acesso em: 24/01/2016.

RIBEIRO. Maria de Fátima. CASTRO. Aldo Aranha. **A arbitragem tributária como forma de acesso à justiça: uma realidade ou instituto a ser desenvolvido no Brasil?** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d12e9ce9949f610a. Acesso em: 25/01/2016.

ROCHA. Joaquim Freitas da. **A desestadualização do direito tributário. Em particular, a privatização do procedimento e a arbitragem**. In: FONSECA. Isabel Celeste M. (Coord). A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios. Coimbra: Almedina, 2013, p. 221-225.

SANTOS. Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Volume 1. São Paulo: Cortez, 2005.

VILLA-LOBOS. Nuno. **Novas configurações da Justiça Administrativa e Fiscal em Portugal.** In: FONSECA. Isabel Celeste M. (Coord). A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios. Coimbra: Almedina, 2013, p. 363-374.

YURGEL. Ana Paula Olinto. **Arbitragem Tributária em Portugal: Possibilidadade de inserção do Instituto no Direito Brasileiro.** Out. 2014. Disponível em: http://ie.org.br/site/ieadm/arquivos/cmanoticiaarquivo307.pdf. Acesso em: 28/10/2015.