



ACESSO À JUSTIÇA E O MEIO ALTERNATIVO DA ARBITAGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

ACCESS TO JUSTICE AND THE MIDDLE ALTERNATIVE ARBITAGEM TAX MATTERS

¹Jazam Santos

Resumo

O artigo visa discutir a possibilidade do uso da técnica da Arbitragem na estabilização de conflitos referentes às matérias de ordem tributária a fim de facilitar o direito ao Acesso à Justiça. Tendo em vista o atual paradigma de mudanças legislativas, as quais dão ênfase aos meios alternativos de tratamento das demandas, preconiza-se, nesse estudo, a ampliação do emprego da forma alternativa da Arbitragem, em que o terceiro, privado e imparcial, acima das partes, aplica na solução dos litígios surgidos entre o contribuinte e a Administração pública. Utilizou-se o método indutivo e a técnica de levantamento bibliográfico.

Palavras – chave: Acesso à Justiça; Arbitragem; Direito Tributário; Conflito; Fisco

Abstract

This article aims to discuss the possibility of using arbitration technique in the stabilization of conflict relating to the matters of tax law in order to facilitate the right to access to justice. In view of the current paradigm of legislative changes, which give emphasis to alternative means of handling the demands, to advocate in this study, the extent of use of alternative form of arbitration, where the third, private and impartial, above party, apply this through the resolution of disputes arising between the taxpayer and the public administration. We used the inductive and bibliographic technique.

Keywords: Access to Justice; Arbitration; Tax law; Conflict; Treasury

¹ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC – SC, (Brasil). Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul - linha de Questões Jurídicas pela Universidade do Sul de Santa Catarina, UNISUL – SC, (Brasil). Professor Universitário e advogado. E-mail: jazamsantos@gmail.com



I. INTRODUÇÃO

A sociedade, submetida ao estado de natureza de guerra de todos contra todos, em troca da segurança, transferiu parte de sua liberdade para uma organização estrutural vinculada ao Poder Soberano. A partir disso, houve o surgimento de regras de racionalização das disputas, momento a partir do qual o “Leviatã” tomou para si o monopólio da violência legítima, criando o Sistema Judiciário.

Ocorre que, ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário, o cidadão ganha, de um lado, o controle da Justiça Privada, evitando-se os excessos pessoais, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo, por meio de outras estratégias. .

Desse modo, a sociedade, vincula-se à chamada “cultura da sentença” para a solução dos seus conflitos. Contudo, mencionado paradigma não é a forma mais atual para o tratamento das controvérsias, que prega a pluralidade na oferta de meios alternativos e extrajudiciais, como por exemplo, a técnica por meio da heterocomposição (terceiro imparcial acima das partes pelo árbitro) da Arbitragem. Na Arbitragem, a solução da demanda é baseada na autonomia de vontade das partes que, diante do conflito entre os direitos disponíveis, escolhem um terceiro (árbitro), com o objetivo de se submeterem, de modo obrigatório e vinculativo, à decisão (sentença arbitral).

No outro polo da discussão, encontra-se o Sistema Tributário Nacional, estrutura na qual o Estado possui como base a necessidade de se autogerir e propiciar o exercício da cidadania na sociedade, pois, a Administração Pública apenas pode alcançar as finalidades a que se propõe e, “manter a máquina pública” se ocorrer à arrecadação de Tributos. Assim, o Estado necessita, de acordo com sua atividade financeira, captar recursos, principalmente para manter sua estrutura, disponibilizando aos contribuintes, cidadãos, a contraprestação que lhe compete.

Nesse contexto, como todo contribuinte vive na sociedade demarcada por um território, pertencente ao Estado Soberano, está obrigado a pagar o tributo, podendo, surgir, da relação referente à cobrança compulsória, conflitos, momento no qual, o Poder Judiciário será acionado para solucionar tais litígios. Entretanto, atualmente, há um novo paradigma acerca da estabilização dos conflitos, principalmente com a inclusão de técnicas extrajudiciais, como a Arbitragem e, sua extensão à Administração Pública e sua matéria tributária. É possível

tornar, por meio da Arbitragem, o Acesso à Justiça mais exequível em matéria tributária? A Arbitragem em matéria tributária é uma realidade factível?

Partindo dessa problemática, embora não se desconheça as discussões acerca da inviabilidade da Arbitragem em matéria tributária no Brasil, em virtude do Princípio da Legalidade, tipicidade fechada e indisponibilidade do crédito tributário, defende-se, neste artigo, a possibilidade de incluir a Arbitragem em matéria Tributária para a solução extrajudicial dos conflitos, com o escopo de ofertar maior rapidez à solução das celeumas e cumprindo os objetivos previstos nos artigos iniciais da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á, como metodologia, o método indutivo, pois a pesquisa foi induzida à conclusão pela análise da técnica empregada, partindo-se da análise geral sobre Acesso à Justiça e Arbitragem até os pontos específicos que delineiam o Direito Tributário e a aplicação da Arbitragem nas questões fiscais. Além disso, a técnica da pesquisa empregada será por referências bibliográficas e, desenvolve-se o tema primeiramente com o tema Acesso à Justiça, meio alternativo da Arbitragem, Direito Tributário e a técnica da Arbitragem em matéria tributária par ao fim de ampliar a garantia do contribuinte em tratar seus conflitos sob a ordem tributária.

O objetivo, portanto do artigo, é refletir que, embora tenha ocorrido grande reforma no ano de 2015, com ênfase dada aos meios alternativos, houve o esquecimento, não obstante perfeitamente admissível doutrinariamente, da positivação da Arbitragem Tributária na Legislação Brasileira, o que auxiliaria na diminuição dos processos judiciais e na rápida solução das demandas.

II. O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA PARA ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS

No bojo da interação social, as pessoas, porque disputam o mesmo bem limitado, passam a adotar posições antagônicas, criando fenômenos de subordinação e dominação; componentes essenciais daquilo que se denomina conflito (COELHO, 2004, p. 6-7). Com efeito, se não existissem relações entre os indivíduos, os conflitos não emergiriam e, por consequência, dispensável a normatividade para disciplinar o comportamento do homem.

Tenha-se presente, no entanto, que a incidência da órbita jurídica não afasta a manifestação dos conflitos sociais, pois o comando legal não é suficiente para eliminar o



multifacetado conjunto de interesses que coexistem na vida em sociedade. Partindo do modelo de contrato social em Hobbes (2003, p. 148), a sociedade, submetida ao estado de natureza de guerra de todos contra todos, em troca da segurança, transferiu parcela da sua liberdade para uma organização estrutural vinculada ao Poder Soberano.

Consequentemente, o contrato social fez nascer à República, determinando o surgimento de regras de racionalização das disputas, momento a partir do qual o “Leviatã” tomou para si o monopólio da violência legítima, criando o Sistema Judiciário.

Ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário, faz-se por meio da visão maniqueísta entre o bem (vencedor) e o mal (perdedor), permanecendo à sociedade unida pela crença da organização Estatal como única fonte de solução das contendas. A supervalorização da Jurisdição trouxe consigo, o mito do Tribunal “Hércules² (DWORKIN, 2007)”; isto é; aquele que ditará quem será o vencedor da lide e determinará o encerramento dos conflitos.

Isto porque, a norma prevista no art. 5º XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 (CRFB), assegura que nenhuma lesão ou ameaça do Direito será afastada da apreciação pelo Poder Judiciário, impulsionando qualquer pessoa que se sinta violada em seus direitos a recorrer ao Estado Juiz.

No entanto, paradoxalmente, a referida garantia, cria o paradigma correspondente à identificação cultural do Acesso à justiça como sinônimo de direito em recorrer ao Poder Judiciário, enfraquecendo o conteúdo teórico daquele e, mergulhando este, num “flagrante descompasso entre a procura e a oferta (crise de litigiosidade) e na incapacidade de dar respostas céleres aos litígios (crise de morosidade), conforme os altos índices de sobrecarga contenciosa.

Em razão disto, ou melhor, a fim de afastar este cenário, torna-se importante redimensionar o entendimento sobre Acesso à Justiça, iniciando-se com seu conceito. Polissêmico do ponto de vista terminológico, o Acesso à Justiça, embora possa ser entendido na forma estrita (acesso ao Poder Judiciário), por uma questão de recorte metodológico, será compreendido no seu aspecto amplo de direito em estabilizar o conflito, isto é, “a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano” (RODRIGUES, 1994, p. 28), ou seja, “um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 81-85).

² Parafraseando o imaginário Juiz Hércules de capacidade e paciência sobre-humanas.

Emprega-se a conotação inserida no movimento de “terceira onda”, responsável pela inclusão de mecanismos outros que não apenas os judiciais para o tratamento dos conflitos. A terceira onda, como bem acentuam Cappelletti e Garth (1988, p. 67), não abriu mão das técnicas das duas primeiras (assistência judiciária e representação dos direitos difusos, respectivamente), mas trouxe outras possibilidades para o aperfeiçoamento do acesso, abarcando todas as garantias do devido processo legal, tanto na esfera judicial, quanto na extrajudicial, que não se limita ao simples direito de petição ao órgão estatal.

Em outras palavras, o acesso ao Poder Judiciário é via privilegiada para que se encontre a justiça, porém está longe de ser a exclusiva, eis que uma “sociedade de natureza plural, múltiplos também devem ser os mecanismos postos para resolução dos conflitos” (SILVA, 2004, p. 166). O enquadramento amplo do Acesso à Justiça, enquanto direito que não se encerra em uma única forma de tratamento dos conflitos, avulta a repercussão política e social do conceito, cuja fonte é essencial para o enquadramento da Democracia e do Estado contemporâneo.

Portanto, o direito ao Acesso à Justiça não mais pode ser considerado como algo idêntico ao Poder Judiciário, devendo o legítimo exercício daquele, ser antecedido por uma série de filtros, a fim de viabilizar a uma ordem jurídica justa, isto é, que englobe outras estruturas para atender as demandas que se lhe apresentem, voltadas para efetivação dos direitos fundamentais.

Ocorre que para maior exequibilidade do Acesso à Justiça, nos termos acima propostos, é chegado o momento de experimentar uma transição no modelo de justiça preconizada pelo Poder Judiciário para os meios alternativos, como por, exemplo, a Arbitragem.

III. O MEIO ALTERNATIVO DE TRATAMENTO DAS CONTROVÉRSIAS DENOMINADO ARBITRAGEM

A Arbitragem é forma dotada de heterocomposição, em que no momento da designação pelas partes (convenção privada), escolhe-se um terceiro, imparcial e, acima das partes, para solução da controvérsia.

A adequada conceituação deste modelo de estabilização dos conflitos requer retroceder, ainda que de maneira rasa, na historicidade. De modo propedêutico, no tocante a história mundial, a civilização Grega, notadamente em seu período clássico (século V ao III



antes de Cristo), apresentou os primeiros contornos do instituto, desde a narrativa em que Paris, filho do Rei de Tróia, atuava como árbitro, passando pela Guerra do Peloponeso com a resolução de conflitos entre as Cidades Atenas e Esparta e, culminando, no modelo de decisão do litígio pelo simples “sim ou não” do árbitro (CRETELLA JUNIOR, 1988, p. 129).

Por volta do século II antes de Cristo, mesmo com a dominação Romana, a Arbitragem continuou a ser adotada, expandindo-se com o comércio marítimo e povoando outras culturas. Após a queda do Império Romano, no período do Absolutismo e, posteriormente, com o advento da ideia do Estado Novo, pós Revolução Francesa, no século XVIII, a Arbitragem foi menos utilizada devido à centralização do poder promovida pelos monarcas (CRETELLA JUNIOR, 1988, p. 130).

No final do século XIX e início do XX, tendo em vista o avanço das relações internacionais, a Arbitragem retoma o seu espaço no âmbito das tratativas internacionais, e, no bojo Brasileiro, manifestou-se por meio das Ordenações Filipinas e nas Constituições, salvo a de período 1891, tendo como marco regulatório a promulgação da Lei n. 9.307/1996 que colocou lado a lado a jurisdição estatal com a privada, à escolha do jurisdicionado.

Neste âmbito, a Arbitragem, embora seja conceituada por diversos doutrinadores, apresenta como derivação do latim o vocábulo “*arbiter*” (juiz, louvado e jurado), e, significa, segundo o entendimento de Candido Naves (1995, p. 15) como a “discussão e o julgamento de uma controvérsia entre duas ou mais pessoas, sobre determinada relação de direito, perante árbitros.”

Empregada sumária e tradicionalmente na linguagem jurídica como o procedimento no qual as partes confiam ao árbitro à missão de resolver os litígios, o autor José Cretella Júnior (1998, p. 127) define o instituto nos seguintes termos:

[...] sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executiva reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraída, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Em complemento, José de Albuquerque Rocha (2003, p. 97):

A arbitragem pode ser definida como meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Dessa forma, é a técnica de foro privilegiado para a solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas (técnicos especializados na área) que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado. Logo, resta claro que na Arbitragem, a solução da demanda é baseada na autonomia de vontade das partes que diante da disputa dos direitos disponíveis, escolhem um terceiro (árbitro), com o objetivo de se submeterem de modo obrigatório e vinculativo a decisão (laudo arbitral) do árbitro.

No tocante a natureza jurídica surgiram três correntes: a primeira contratualista/privatista sustenta que a natureza é puramente contratual, uma vez que se encontra vinculada a Convenção de Arbitragem, já que o instrumento arbitral se vincula a partir da vontade das partes, de modo que os árbitros obtêm suas faculdades a partir da convenção e não da lei.

De outro norte, a corrente publicista advoga como tema central a sentença arbitral, configurando a prestação jurisdicional oriunda da função delegada pelo Estado ao árbitro e não apenas da convenção de arbitragem. Em outras palavras, se o cidadão opta pela jurisdição privada e nomeia árbitro, ele o faz com o aval do Estado, razão pela qual o árbitro ao ser indicado pelas partes não atua em nome delas, mas sim da entidade Estatal.

A terceira linha afirma que a natureza jurídica da Arbitragem é mista, isto é; contratual e jurisdicional, pois, de forma eclética, nasce da vontade das partes (caráter privado) e, concomitantemente, regula relação de direito processual (caráter público).

Definido o significado e a natureza da Arbitragem, cumpre esclarecer que o instituto pode ser classificado a partir de diversos critérios como: voluntária (fundada na vontade das partes) ou obrigatória (imposta pela lei), ad hoc (árbitro é escolhido diretamente pelas partes que também escolhem as regras aplicáveis para o caso específico) ou institucional (oferecidas por instituições públicas ou privadas, nacionais ou internacionais), formal (regulada pela ordem jurídica) ou informal (forma livre), de direito (árbitro decide fundado em regras do direito) ou equidade (árbitro decide com base na justiça do caso concreto), nacional (dentro de determinado Estado) ou internacional (extraterritorial) (RECHSTEINER, 2001, p. 22).

Ademais, de todas as definições apresentadas é possível deduzir alguns elementos característicos da Arbitragem, conforme Ricardo Soares Stersi dos Santos e Horácio Wanderlei Rodrigues (2005) detalham:

As definições de arbitragem acabam por revelar alguns dos principais aspectos do instituto:

- a) As partes tem o poder de estabelecer, por meio da convenção de arbitragem (contrato privado), que a solução das disputas decorrentes de certos conflitos serão realizadas por um terceiro, designado árbitro ou por um grupo de pessoas (órgão colegiado), designado no Brasil como tribunal arbitral;
- b) As partes escolhem quem será o árbitro ou os árbitros. Em razão disto podem delegar o poder de apontar o árbitro ou os árbitros a outras pessoas ou instituições;
- c) O laudo arbitral é, em regra, obrigatório para as partes. Desta forma a decisão do árbitro vincula as partes.
- d) A escolha válida da arbitragem, por meio de convenção de arbitragem, implica na atribuição de competência ao árbitro para julgar o conflito de interesses das partes. A escolha válida da arbitragem também implica na exclusão da competência dos órgãos do Poder Judiciário para o julgamento do mérito do conflito.

Em síntese, os aspectos que diferenciam a Arbitragem dos demais meios de tratamento dos conflitos consistem em: princípio da autonomia da vontade pautado na escolha dos árbitros (especialistas) pelas partes, o tipo de conflito (direitos disponíveis) que pode ser submetido e os efeitos das decisões são análogos aos das sentenças.

A partir da autonomia da vontade, existente na técnica da Arbitragem, é possível apontar algumas vantagens na escolha da Arbitragem como forma de resolução dos litígios: liberdade de escolha dos árbitros (expert na matéria e que denota confiabilidade, independência e imparcialidade), procedimento e do direito substancial aplicável (normas adequadas ao caso concreto e sentenças arbitrais fundamentadas no direito ou equidade), celeridade (escolha do árbitro com conhecimento na área e das regras), confidencialidade (sigilo) (SANTOS, 2006, p. 255-259).

Das vantagens da Arbitragem ressaltam a forma como estão dispostos os atos necessários à obtenção da resposta ao caso concreto, correspondente ao meio como as partes se submetem a um terceiro para a resolução dos conflitos (processo arbitral) e o modo como se realizam os pedidos (procedimento arbitral), podendo tal técnica, ser ampliada a demais ramos, como, por exemplo, o Direito Tributário.

IV. O RAMO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

O Estado possui como base estrutural a necessidade gerir e propiciar o exercício da cidadania, na medida em que a Administração Pública só pode executar as finalidades a que se propõe, caso possua uma arrecadação de tributos. Com isto, surge o Sistema Tributário Nacional, retirando, forma compulsória do contribuinte, parte de sua riqueza para que possa



dar em retorno, como: saúde, educação, segurança, entre outros atributos, assumidos pelo Estado enquanto Soberania.

Nesse aspecto, o Estado necessita, de acordo com sua atividade financeira, captar recursos, principalmente para manter sua estrutura, disponibilizando aos cidadãos-contribuintes os serviços que assumiu prestar e que lhe compete. O professor Eduardo Sabbag (2006, p. 39), demonstra seu entendimento a respeito dessa captação de recursos da seguinte forma:

A cobrança de tributos se mostra como a principal fonte das receitas públicas, voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais, insertos no art. 3º da Constituição Federal, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar das coletividades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar da coletividade. Daí rever a necessidade de uma positivação de regras que possam certificar o tão relevante desiderato de percepção de recursos – o que se dá por meio da ciência jurídica intitulada Direito Tributário, também denominada Direito Fiscal.

Assim, a receita pública é o ingresso definitivo de bens e valores aos cofres públicos, sem estabelecimento pré - concebido para sua saída De acordo com o conceito trazido por Aliomar Baleeiro (2006, p. 126), a receita pública é “a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”. Agrupam-se, nesse sentido, as receitas derivadas, nos rendimentos do setor público que procedem do setor privado da economia. Isto se dá por meio de prestações pecuniárias compulsórias, na sua maioria por meio dos tributos, derivadas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que desenvolvem atividades econômicas.

A partir da receita, destaca-se, a previsão do artigo 3º, do Código Tributário Nacional, que conceitua tributo como sendo “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” (BRASIL, 2016). Como todo contribuinte está obrigado a pagar o tributo, pois vive na sociedade delimitada pelo território a que pertence o Estado soberano, muitas das vezes surgem conflitos acerca dessa cobrança compulsória, os quais, na grande maioria das vezes, serão levados ao Poder Judiciário para resolução.

Entretanto, tendo em vista as alterações legislativas (Novo Código de Processo Civil, Lei da Arbitragem e, Lei da Mediação), preconiza-se um novo paradigma e outra cultura acerca da solução dos conflitos, principalmente com a inclusão de soluções extrajudiciais dos conflitos sociais, principalmente envolvendo a Administração Pública e em relação à parte tributária.

Por isso, defende-se, neste artigo, a possibilidade de se incluir a Arbitragem em matéria de receita para a solução extrajudicial dos conflitos tributários, dando maior rapidez às celeumas e cumprindo os objetivos previstos nos artigos iniciais da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em que pese seja um tema polêmico, por envolver não apenas uma parte hipossuficiente - o particular (contribuinte), mas também aquele que não está autorizado a fazer renúncias - o Estado (Fiscal), em linhas gerais, e num contexto social, não se pode restringir a Arbitragem apenas a outras esferas, devendo-se incluir também a sua utilização no âmbito fiscal.

V. ARBITRAGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: AMPLIANDO O ACESSO À JUSTIÇA.

O Estado, até mesmo em razão dos princípios constitucionais, tem como dever de assegurar a justiça no ordenamento jurídico, para que não haja benefício de uma parte em detrimento da outra, de modo que a Jurisdição se torna a via eleita para a compensação dos conflitos. Como mencionado, a Arbitragem é definida, em linhas gerais, como o meio alternativo de tratamento de conflitos, que busca dirimir as situações que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, onde há a exclusão, em princípio, de matéria de ordem pública, tais como: o Direito tributário, Direito de Familiar e Direito Penal.

Entretanto, há discussões acerca da (in) viabilidade no uso da técnica da Arbitragem em matéria tributária no Brasil, em virtude dos seguintes princípios: 1) Legalidade e a tipicidade fechada; 2) da indisponibilidade do crédito tributário. A Autora Dayane Caroline de Souza (2016) em análise do contraponto acerca dos princípios acima citados, assim registra:

Todos estes argumentos são válidos e encontram respaldo significando na doutrina legalista. Entretanto, há argumentos que confrontam cada ponto mencionado. Veja-se: No tocante à legalidade, embora muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais.



Para assim a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todos, e não mais apenas à lei. Desta forma, a Administração Pública deve observar outros tanto outros princípios que são colocados em cheque quando há discussão do assunto, tais quais da proporcionalidade, eficiência e economicidade. Quanto ao segundo ponto, conforme preconiza Rocha, a utilização de instrumentos de solução de conflitos no Direito Tributário como a arbitragem, não afasta a incidência dos princípios da legalidade e indisponibilidade do crédito fiscal, vez que o procedimento em questão ocorreria integralmente dentro dos limites da lei instituidora, de modo que afastaria a argumentação de que o ente tributante estaria deixando de aplicar a lei ao caso concreto, ou renunciando ao crédito tributário.

A atividade de Administração Tributária é amplamente vinculada, tanto no trato da fiscalização, conforme a previsão nos artigos 194 a 200 do Código Tributário Nacional, como da dívida ativa, prevista nos artigos 201 a 204 do Código Tributário Nacional, tendo por base, ainda, os Princípios da Supremacia do Interesse Público e o Princípio da Indisponibilidade dos interesses públicos, seria indiscutível que a Arbitragem não tem espaço na aplicação prática do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Desta forma, no ordenamento jurídico vigente, em princípio, não é permitida qualquer forma de transação por parte do agente público competente em matéria tributária. Entretanto, há que se destacar que muitas são as situações que os referidos agentes fazem uso de juízos de valores; chamados de “juízos discricionários”, como, por exemplos: a identificação de uma série de institutos e relações de direito privado, consoante constam nos artigos 110, parágrafo único e artigo 116 do Código Tributário Nacional. Ainda, o fato que, o simples Princípio da legalidade, impossibilitaria à sujeição às normas tributárias a um procedimento que não recebeu expressa referência legislativa, ou seja, no caso a possibilidade de aplicar a arbitragem em matéria tributária, isto é, pela impossibilidade da Administração pública se apresentar voluntariamente ao juízo arbitral sem autorização legal expressa.

Porém, no atual quadro dos problemas do Poder Judiciário, perpassa pela importância que deve ser dada às medidas de organização social como parte importante da política fiscal, ou seja, às medidas de política fiscal com as quais se pretende melhorar a organização social básica, neste caso a organização básica que constitui o suporte das Finanças Públicas. Isto implica estar o sistema jurídico aberto à interrogação sobre a origem, a prevenção e a resolução dos conflitos, ter presente uma preocupação permanente com a simplificação e melhoria técnica do ordenamento jurídico fiscal e abandonar a velha ideia de que a aplicação das normas jurídicas sobre impostos passa exclusivamente pela atuação unilateral da Administração Fiscal (NABAIS, 2010).



Partindo desse pressuposto, há o raciocínio doutrinário de que a Arbitragem, em tese, poderia ser utilizada matéria tributária, ampliando o Acesso à Justiça dos contribuintes, mesmo considerando a previsão do Princípio da Legalidade. Este assunto é tratado por Diogo Lopes Cavalcante (2016), registrando o conteúdo do artigo 171 do Código Tributário Nacional e o anteprojeto para sua regulamentação:

Trata-se do artigo 171 do Código Tributário Nacional que permite a criação de lei, facultando a utilização de transação no âmbito tributário; lei que poderia, muito bem, tratar da utilização de arbitragem. Transcrevo: 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 consequente extinção de crédito tributário.

E, continua o Autor (2016):

Ora, efetivamente tramita no âmbito da Administração Pública Federal, entre diversas pastas ministeriais – com destaque ao Ministério da Fazenda e da Casa Civil –, um anteprojeto de lei envolvendo a transação administrativa em matéria tributária que, inclusive, possui considerações acerca da utilização de procedimentos arbitrais.

Dessa forma, primeiramente, dentro da motivação a já referido anteprojeto – inspirado nos sistemas espanhol, italiano, alemão e norte americano –, muito se fala da necessidade de um maior diálogo e colaboração entre o fisco e o contribuinte envolto dos devidos princípios de lealdade e de boa fé. Também, cabe pontuar que dada transação, conforme consta do seu texto, não poderia tratar do montante em si do tributo devido, e sim somente de multas, juros e encargos; o que não tira, vale dizer, seu caráter altamente pragmático e inovador no âmbito normativo brasileiro. Um anteprojeto que prevê um órgão técnico especializado e consequente uniformização na interpretação de normas tributárias nos competentes litígios da matéria em nome da devida eficácia do sistema arrecadatório.

Assim, vê-se que a Constituição não fecha as portas para a existência de Tribunais Arbitrais para a solução de litígios de natureza tributária, onde se incluem os atos de liquidação de tributos e os demais atos em matéria tributária. No Direito Internacional, especialmente em Portugal, a Arbitragem é amplamente aceita, a partir dos seguintes argumentos (RIBEIRO; CASTRO, 2015):

O Regime Jurídico de Arbitragem em Matéria Tributária (2011) aborda essa questão: A introdução no ordenamento jurídico português da arbitragem em matéria tributária, como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal, visa três objectivos principais: por um lado, reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, por outro lado, imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo e, finalmente, reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais. [...], note-se que a instituição da arbitragem não



significa uma desjuridificação do processo tributário, na medida em que é vedado o recurso à equidade, devendo os árbitros julgar de acordo com o direito constituído.

Sendo assim, não há que se falar na Arbitragem como um sistema paralelo ao sistema jurídico, mas sim, numa estrutura colocada à disposição dos cidadãos para solução de conflitos por meio de um terceiro neutro e imparcial, que dará a decisão (sentença arbitral) cujo efeito jurídico tem o peso da decisão do Magistrado.

No Brasil, a Lei de Arbitragem foi promulgada há quase 20 (vinte) anos, passando, atualmente, a ser mais utilizada pelos litigantes e apoiada pelos Tribunais do país. Produziu-se muito em torno de doutrinas e jurisprudências especializadas sobre o assunto. Surgiram, neste tempo, instituições científicas e promotoras de boas práticas na Arbitragem, Câmaras e Centros de excelência na administração dos procedimentos arbitrais.

Existem, ainda, dois projetos de Lei neste sentido da arbitragem em matéria tributária. Um deles, o Projeto de Lei n.º 2412, de 2007, e o outro, o de n.º 5082, de 2009. O projeto inicial (2412/2007) teve por ideia a transferência de atos relacionados à tributação para a esfera administrativa, local em que estariam mais adequadamente localizados. O Projeto de Lei n.º 2412, de 2007, tem por objetivo dar maior celeridade e serve como passo para que haja a racionalização da prestação jurisdicional do Estado, garantindo ao contribuinte o acesso às vias judiciais, por meio de embargos à execução fiscal e à adjudicação ou à arrematação.

Além disso, insere-se uma cultura diversa do paradigma da tutela jurisdicional e, vinculada à justiça que preconiza as soluções extrajudiciais de conflitos, a ser mais aceita pela sociedade, como a Arbitragem, juntamente com outras formas que criaram um verdadeiro sistema multipolar de ferramentas jurídicas para a pacificação dos conflitos. Sobre a criação dessa cultura de solução extrajudicial de conflitos e em relação às ferramentas jurídicas postas à disposição da sociedade, Roberto Pasqualin (2016), assim registra:

O ano de 2015 foi palco de um notável avanço nesse sentido. O Congresso Nacional promoveu extenso debate parlamentar e com a sociedade civil sobre métodos de solução extrajudicial de controvérsias e aprovou: modernização da Lei de Arbitragem (Lei 13.129/2015, alterando a Lei 9.307/1996); a criação da Lei de Mediação, marco legal do instituto no Brasil Lei 13.140/2015, primeira parte; c) instituição da autocomposição Administrativa de Litígios com a Administração Pública (Lei 13.140/2015, parte final).

Ao lado dessa legislação especial, o novo Código de Processo Civil, a vigor a partir de março de 2016, acolheu em diversos de seus dispositivos, o uso da arbitragem, regulou o uso da mediação e promoveu a prática da conciliação para resolver litígios antes de sua judicialização ou para solucioná-los no curso do processo judicial. Com isso, a partir de 2015, o país passou a estar dotado de um conjunto de instrumentos



legais modernos e sistematizado para dar segurança jurídica e confiança aos operadores do Direito e à sociedade em geral para o uso cada vez maior das várias ferramentas de solução adequada e extrajudicial de conflitos.

Caso fosse incluído dispositivo legal no ordenamento jurídico, o Poder Judiciário seria agraciado com a diminuição das demandas e aliviado em relação aos protocolos de ações em seus registros. Especificamente, um Levantamento elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, mostrou que, a maior parte dos mais de 100 (cem) milhões de processos judiciais em andamento no país, tem como parte a Administração Pública figurando em mais de 50% (cinquenta por cento) dos casos, sendo que a maioria se dá por questões tributárias, de modo que se verifica a vantagem em ampliar a Arbitragem para tais litígios.

Em continuidade aos seus comentários, Roberto Pasqualin (2016) dá ênfase ao pouco registro feito à Arbitragem Tributária mencionada na Lei de Mediação, promulgada em 2015, assim registrando:

A arbitragem tributária foi mencionada apenas *en passant* pela Lei de Mediação de 2015 (Lei 13.140/2015, parte fina), de forma ainda insuficiente para ampliar seu uso no país. A simples menção da arbitragem tributária em lei editada no ano de 2015, no entanto, é clara indicação da importância do assunto, a merecer mais estudo e reflexão pelos três poderes da República – Legislativo - Executivo e Judiciário -- e pela sociedade como um todo.

Apesar de ter a Legislação dado ênfase às soluções extrajudiciais dos conflitos, o que realmente ocorreu foi o esquecimento da positivação da Arbitragem Tributária na Legislação, o que proporcionaria a ampliação do Acesso à Justiça, com a baixa dos processos judiciais e uma rápida solução dos litígios, desafogando o Poder Judiciário.

VI. CONCLUSÃO

A Arbitragem em si, é uma forma de Acesso à Justiça sem a necessidade de recorrer-se ao Poder Judiciário, pois permite que as partes busquem chegar a uma solução por meio do árbitro. O método é importante para o tratamento dos conflitos, principalmente, por causa da



do discurso da nova cultura de solução extrajudicial dos conflitos, direcionado para litígios entre particulares.

Entretanto, se o objetivo do presente artigo é verificar se a técnica da Arbitragem pode ser aplicada a fim de ampliar o Acesso à Justiça no âmbito tributário, conclui-se que, embora não se mostre como método positivado, carecendo, principalmente, de autorização legislativa, se apresente como uma forma autônoma e rápida para a solução dos litígios entre a Administração Pública, enquanto Sistema Tributário Nacional, e os cidadãos contribuintes.

No Brasil, há discurso de ampliação do procedimento arbitral, considerando sua celeridade e precisão técnica face ao Poder Judiciário que se mostra moroso e extremamente inseguro, do ponto de vista social. As vantagens para a utilização da Arbitragem em matéria tributária referem-se à celeridade, de modo que o procedimento será bem utilizado em matéria fiscal caso seja aprovado o então anteprojeto de transação administrativa em matéria tributária, ou seja, a regulamentação proposta do artigo 171 do Código Tributário Nacional, o qual apresentará, expressamente, a possibilidade de utilização da Arbitragem.

Desse modo, com a aplicação da técnica da Arbitragem como meio de ampliação do Acesso à Justiça, o tempo de estabilização dos conflitos envolvendo o fisco e o contribuinte seria bem menor, se comparado ao tempo do Processo Judicial, tendo em vista a presença de árbitros especializados na matéria, independentes e imparciais, com a escolha feita pelas partes envolvidas (fisco e contribuinte). Contudo, para implantar a Arbitragem Tributária exige-se regulação legal completa no sistema jurídico para que harmonize seu uso com a necessária segurança jurídica.

Desta forma, a disciplina legal da Arbitragem Tributária – envolvendo a Administração Pública e o contribuinte, como forma de heterocomposição dos conflitos, representa discurso inovador, principalmente para reduzir significativamente os milhões de processos levados ao Poder Judiciário e oferecer uma resposta célere e tempestiva aos litigantes.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Atualização de Dejalma de Campos. 16. Ed. RJ: Forense, 2006.

BRASIL. **Lei nº. 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.



Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm > Acesso dia 19/09/2016.

CAVALCANTE, Diogo Lopes. **Arbitragem no Direito Tributário**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3377, 29 set. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22689>>. Acesso em: 22 set. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Norsteie. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CRETELLA JUNIOR, José. **Da Arbitragem e seu conceito categorial. Brasília**. Revista de informação legislativa, n. 98, abr/jun 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NABAIS, José Casalta. **Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária**. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/casalta.pdf> Acesso: 22 set. 2016.

NAVES, Candido. **Juízo Arbitral**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1925.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307 de 23.09.1996: teoria e prática**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 22.

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: 22 set. 2016.

ROBERTO, Pasqualin. **Ano foi marcado por consolidação da mediação e modernização da arbitragem**. Consultor Jurídico – retrospectiva 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-27/retrospectiva-2015-ano-foi-marcado-modernizacao-arbitragem>> Acesso em 19/09/2016.

ROCHA, José de Albuquerque. Instituições Arbitrais, In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza: ABC Editora, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.



SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos & RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Conflito e cooperação: as vantagens da arbitragem.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eef6f4457ee96f8b>>. ISBN: 9788578401825. Acesso à Justiça II. Adriana Silva Maillart, Fernanda Tartuce Silva (Org), p. 241- 256. Acesso: 06 jun. 2015.

SILVA, Eduardo Silva da. **Meios alternativos de acesso à justiça: fundamentos para uma teoria geral.** Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual constitucional, n. 1, p. 163-192. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2004, p. 166 e 171.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos & RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Conflito e cooperação: as vantagens da arbitragem.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eef6f4457ee96f8b>>. ISBN: 9788578401825. Acesso à Justiça II. Adriana Silva Maillart, Fernanda Tartuce Silva (Org), p. 241- 256. Acesso: 06 jun. 2015.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Arbitragem e acesso à justiça.** Revista sequência, n. 53, p. 253-268, dez. 2006.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 8. Ed. SP: Saraiva, 2016.

SOUZA, Dayane Caroline de. **Arbitragem em matéria tributária.** Disponível em: <<http://daaaycs.jusbrasil.com.br/artigos/326180149/arbitragem-em-materiatributaria>>. Acesso em 22 set. 2016.