

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Ranieri Lima Resende

**Estado e instituições: VI
congresso internacional
constitucionalismo e
democracia: o novo
constitucionalismo latino-
americano**

1ª edição

Santa Catarina

2017



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, na abordagem da relação entre o Estado e suas instituições jurídicas e sociais.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Estado. Instituições. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Ranieri Lima Resende – UFRJ

**A MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA COMO
FERRAMENTA DA REFUNDAÇÃO DO ESTADO PARA GARANTIA DOS
DIREITOS HUMANOS**

**MEDIATION IN PUBLIC ADMINISTRATION TAX AS STATE REFOUNDATION
TOOL TO GUARANTEE OF HUMAN RIGHTS**

**Beatriz Terra Gomes
Marlyus Jeferton Da Silva Domingos**

Resumo

O direito fundamental da dignidade da pessoa humana pode estar em risco nas mais variadas situações do cotidiano, exigindo que os esforços dos operadores do direito se concentrem em minimizar tais situações de risco. O conjunto de atrocidades históricas auxilia na identificação de um direito à dignidade da pessoa humana como uma conquista de razão ético-jurídica, devendo sempre ser preservada, se necessário, com a mudança de paradigmas quanto à estrutura estatal, lembrando que um dos grandes perigos da absoluta importância da dignidade humana está, já que o ser humano age socialmente, na possibilidade de violar a dignidade de outra pessoa, quando deve-se instar o Poder Judiciário. Todavia, com o aumento progressivo e descontrolado das demandas ao Poder Judiciário, surgem as críticas ao tradicional desenho institucional do Estado, exigindo o surgimento de instituições que possam promover as resoluções alternativas dos conflitos (mediação, arbitragem e conciliação), funcionando, assim, como instrumentos essenciais para que seja encontrada a efetiva justiça nas lides, bem como reforçando a necessidade de refundação do Estado. A mediação, sendo um dos métodos de resolução alternativa de conflitos onde duas ou mais partes recorrem a um terceiro imparcial a fim de ser possível chegar a um acordo satisfatório para todos os envolvidos, tem como característica marcante a necessidade de neutralidade do mediador, o qual deve ser, exclusivamente, o facilitador de um acordo entre as partes. Este artigo tem como objetivo geral demonstrar que o instituto da Mediação no Brasil é uma das ferramentas, em um processo de refundação do Estado, para trazer maior garantia ao princípio maior da Dignidade Humana e como objetivo específico demonstrar as principais características do instituto da mediação no Brasil analisar a viabilidade de sua utilização em assuntos relativos à administração pública tributária. Para atingir tal intento o autor entendeu necessário demonstrar o panorama histórico da implementação do comum acordo, o funcionamento da administração pública tributária, bem como as características da Lei da Mediação no Brasil (Lei nº 13.140/2015), comparando-a com a Lei da Arbitragem no Direito Tributário de Portugal. A principal justificativa deste trabalho está na busca pelo aprimoramento do acesso à justiça, já que um esgotamento do Poder Judiciário indica, na verdade, um retrocesso no direito constitucional da tutela jurisdicional do Estado. Os maiores problemas encontrados durante a pesquisa se relacionam à qualificação de um mediador, bem como a ausência de planejamento quanto ao controle e ao desenvolvimento dessas

importantes personagens, assim como à manutenção de uma cultura que privilegia o caminho tradicional de resolução de conflitos, por meio do aparato judicial existentes. O apurado conhecimento de direito seria dispensável a um mediador? A situação atual do Poder Judiciário é suficiente para sensibilizar os centros de produção de conhecimentos jurídicos? As metodologias utilizadas para a confecção deste artigo foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental, tendo por base, de forma mais frequente, artigos científicos que tratem, de forma majoritária, de solução alternativa de conflitos, que é um tema consideravelmente novo no direito pátrio.

Palavras-chave: Mediação, Administração pública tributária, Qualificação do mediador

Abstract/Resumen/Résumé

The human dignity fundamental right may be at risk in various common situations requiring jurists' efforts focus on minimizing such risk situations. The set of historical atrocities assists in the identifying a right to human dignity as an achievement of ethical and legal reason and should always be preserved, if necessary with the change of paradigms about the state structure, noting that one of the great danger of the absolute importance of human dignity is, since the human being acts socially, the possibility of violating the dignity of another person, when should urge the Judiciary. However, with the progressive and uncontrolled increase in demands on the judiciary, rising the criticism of the traditional institutional design of the state, requiring the rise of institutions that can promote alternative resolutions of disputes (mediation, arbitration and conciliation). It works as essential tools to found effective justice in litigations, as well as reinforcing the need for rebuilding the state. Mediation is one of the alternative methods of conflicts resolution where two or more parties resort to an impartial third party in order to be possible to reach a satisfactory agreement for all involved. It has the remarkable characteristic the need for neutrality of the mediator, who should be exclusively the facilitator of an agreement between the parties. This article has as general objective to present the main characteristics of mediation institute in Brazil and as a specific objective to analyze the availability of its use in matters relating to tax public administration. To achieve this purpose the author deemed it necessary to demonstrate the historical overview of the implementation of the agreement, the functioning of the tax administration, as well as the characteristics of the Mediation Law in Brazil (Law nº 13.140 / 2015), comparing it with the Law of Arbitration in Tax Law of Portugal. The main reason this work is the search for improvement of access to justice, as a breakdown of the Judiciary indicates actually a setback in the constitutional right of judicial protection of the state. The major problems encountered during the research relate to the mediators qualification, as well as the lack of planning regarding the control and development of such important characters as well as the maintenance of a culture that favors the traditional way of resolving conflicts through the existing judicial system. The accurate knowledge of law would be dispensable to a mediator?

The current situation of the judiciary is sufficient to raise the awareness of legal knowledge production centers? The methodologies used for the preparation of this article were bibliographic and documentary research, based on, more frequently, scientific articles dealing, the majority form of alternative dispute resolution, which is a pretty new theme on Brazilian rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Tax public administration, Mediator qualification

1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental, constitucionalmente garantido, da dignidade da pessoa humana pode estar em risco nas mais variadas situações do cotidiano, porém, considerando sua importância e inerência à vida de qualquer componente de uma sociedade, os esforços dos operadores do direito devem sempre convergir para minimizar estas situações de risco.

Além disso, sabemos que o conjunto de atrocidades históricas, mais facilmente exemplificadas pelos horrores de uma guerra, acaba por auxiliar na identificação da dignidade da pessoa humana como uma conquista de razão ético-jurídica e, como tal, deve sempre ser preservada, resultando, se necessário, na mudança de paradigmas quanto à estrutura estatal.

Diversos autores discorrem sobre a importância da dignidade humana, entre eles podemos destacar um interessante trecho da obra *Culpabilidade e Reprovação Penal*:

“pessoa humana pela condição natural de ser com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa. (CAMARGO, 1994, p. 27-28).

Porém, um dos grandes perigos da absoluta importância da dignidade humana está, na medida em que o ser humano age socialmente, na possibilidade de violar a dignidade de outra pessoa, ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir a do seu semelhante.

Uma vez surgido o conflito entre as dignidades, em uma estrutura constitucional atualmente vigente, o Estado há que ser instado a interceder para encontrar a solução, em especial, o Poder Judiciário.

Todavia, com o aumento, em forma progressiva, das demandas ao Poder Judiciário, as resoluções alternativas (mediação, arbitragem e conciliação) surgem como instrumentos essenciais para que seja encontrada a efetiva solução das lides.

A mediação, sendo um dos métodos de resolução alternativa de conflitos onde duas ou mais partes recorrem a um terceiro imparcial a fim de ser possível chegar a um acordo satisfatório para todos os envolvidos, tem como característica marcante a necessidade de neutralidade do mediador, o qual deve ser, exclusivamente, o facilitador de um acordo entre as partes.

Este artigo tem como objetivo geral demonstrar que o instituto da Mediação no Brasil é uma das ferramentas, em um processo de refundação do Estado, para trazer maior garantia ao princípio maior da Dignidade Humana e como objetivo específico demonstrar as principais características do instituto da mediação no Brasil e analisar a viabilidade de sua utilização em assuntos relativos à administração pública tributária.

Para atingir tal intento o autor entendeu necessário demonstrar o panorama histórico da implementação do comum acordo, o funcionamento da administração pública tributária, bem como as características da Lei da Mediação no Brasil (Lei nº 13.140/2015), comparando-a com a Lei da Arbitragem no Direito Tributário de Portugal.

Quanto ao panorama histórico foi observada o uso da mediação, ainda que irracional, na China, a partir do ideal de Confúcio, pensador e filósofo Chinês do século II a.c, assim como na civilização judaica, a função era direcionada ao rabino, e no próprio Brasil, onde os primeiros indícios estão na cultura dos índios que utilizavam da figura do pajé e do cacique como terceiros interventores diante de um conflito existente.

O processo de racionalização do comum acordo ocorreu por volta de 1960 e 1970, na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, onde pesquisadores da área de Direito iniciaram a implementação de técnicas de negociação a partir de um terceiro interventor para auxiliar na matéria empresarial, com acordos comerciais, as quais, atualmente, ramificam-se em três escolas com modelos diferentes: o Modelo Tradicional-Linear (de Harvard), o Modelo Transformativo (de Bush e Folger) e o Modelo Circular-Narrativo (proposto por Sara Cobb, mentora formada em Harvard). Todos harmônicos entre si.

Quanto ao funcionamento da administração pública tributária, têm-se que o Direito Tributário está intimamente ligado ao bom funcionamento de um Estado Moderno, o qual visa assegurar a implementação e a garantia dos direitos fundamentais.

O Estado, por meio de sua administração tributária, controla e fiscaliza o cumprimento das normas tributárias em prol da arrecadação e gestão das receitas tributárias, mas também possui outras três funções importantes, quais sejam a tributação (elaboração de normas tributárias), a arrecadação (controle da entrada da receita tributária nos cofres públicos) e o controle de informações econômico-fiscais, tais como o cadastro dos contribuintes e a emissão de documentos fiscais.

Esse conjunto de funções possivelmente resultará em atos administrativos que, apesar do seu poder de império, estão sujeitos a questionamentos pelos seus destinatários, fazendo surgir nesse momento o que chamamos de litígios administrativos tributários.

Quanto às características da Lei da Mediação no Brasil (Lei nº 13.140/2015), foi verificada a possibilidade de análises a partir de um viés otimista, geralmente oriundo do sonho ideológico com um natural acordo entre as partes, assim como a partir de um olhar mais crítico, já que a aplicação da lei pode ser inviabilizada pela falta de fundamentação normativa objetiva, em especial, em relação à qualificação profissional da pessoa escolhida pelas partes como mediador do conflito existente.

Por último, em relação à comparação da Lei de Mediação no Brasil com a Lei da Arbitragem no Direito Tributário de Portugal, buscou-se identificar cuidados que esse país implementou para que suas legislações tenham efetividade.

A principal justificativa deste trabalho está na busca pelo aprimoramento do acesso à justiça, já que um esgotamento do Poder Judiciário indica, na verdade, um retrocesso no direito constitucional da tutela jurisdicional do Estado.

Os maiores problemas encontrados durante a pesquisa se relacionam à qualificação de um mediador, bem como a ausência de planejamento quanto ao controle e ao desenvolvimento dessas importantes personagens, assim como à manutenção de uma cultura que privilegia o caminho tradicional de resolução de conflitos, por meio do aparato judicial existentes.

O apurado conhecimento de direito seria dispensável a um mediador? A situação atual do Poder Judiciário é suficiente para sensibilizar os centros de produção de conhecimentos jurídicos?

As metodologias utilizadas para a confecção deste artigo foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental, tendo por base, de forma mais frequente, artigos científicos que tratem, de forma majoritária, de solução alternativa de conflitos, que é um tema consideravelmente novo no direito pátrio.

2. DESENVOLVIMENTO

Para analisar a viabilidade atual quanto ao uso de solução alternativa nos conflitos que envolvem a matéria tributária, torna-se necessário demonstrar o panorama histórico da implementação do comum acordo, o funcionamento da administração pública tributária, bem como as características da Lei da Mediação no Brasil, comparando-a com a Lei da Arbitragem no Direito Tributário de Portugal.

2.1 PANORAMA HISTÓRICO DO COMUM ACORDO

A prática da busca direta do acordo para um conflito entre as partes, cada vez mais necessária, é usada desde muito tempo na história da humanidade. Sempre com o mesmo objetivo: intervir diante de um conflito para que fosse possível ajudar os conflitantes a chegar a um comum acordo.

Na China, a partir do ideal de Confúcio, pensador e filósofo Chinês do século II a.c, era defendida a intervenção de um terceiro para auxiliar as pessoas na construção de soluções para seus conflitos.

Na civilização judaica, a função era direcionada ao rabino.

Trazendo a aplicação para o Brasil, os primeiros indícios estão na cultura dos índios que utilizavam da figura do pajé e do cacique como terceiros interventores diante de um conflito existente.

O processo de institucionalização do comum acordo ocorreu por volta de 1960 e 1970, na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, onde pesquisadores da área de Direito iniciaram a implementação de técnicas de negociação a partir de um terceiro interventor para auxiliar na matéria empresarial, com acordos comerciais, as quais, atualmente, ramificam-se em três escolas com modelos diferentes: o Modelo Tradicional-Linear (de Harvard), o Modelo Transformativo (de Bush e Folger) e o Modelo Circular-Narrativo (proposto por Sara Cobb, mentora formada em Harvard). Todos harmônicos entre si.²

O Modelo Tradicional-Linear é tratado a partir de um terceiro, mediador, que irá ter como objetivo a facilitação da comunicação a partir do estabelecimento de um diálogo.

A crítica comum a esse modelo é ausência de subjetividade, já que é tratado como foco principal apenas o acordo, sem estabelecer resolução quanto aos problemas oriundos de questões sentimentais, as quais não resolvidas, podem criar um novo conflito no futuro.

O Modelo Transformativo concentra-se em trabalhar a relação entre as partes, contribuindo para que haja uma reflexão sobre as suas atitudes favoráveis a terem incentivado a existência e manutenção do conflito, criando histórias alternativas àquelas compartilhadas inicialmente e elaborando, por fim, um acordo.

O Modelo Circular-Narrativo privilegia tanto a estabilidade nas relações quanto o acordo.

Fundamenta-se a partir da, segundo a criadora, comunicação circular, havendo a preocupação com a circularidade e interdependência das pessoas, estimulando, portanto, a compreensão entre as partes que irão analisar além dos motivos que ensejaram o conflito, mas

sim conjunto de causas que podem ter contribuído para que houvesse a procura de um terceiro para solucionar. Privilegiando, também, as relações tanto quanto o acordo.

O primeiro marco existente no Brasil quanto ao comum acordo origina-se das Ordenações Filipinas – Código legal Português – e, logo após, da Carta Constitucional do Império de 1824, com a regulamentação de uma atuação objetivada pela conciliação do conflito, regido através do Juiz de Paz.

Atualmente, Portugal possui a Lei nº 78 de 13 de julho de 2001, a qual, inspirada no Juiz de Paz, busca regular o direcionamento na busca de resolução de conflito entre as próprias partes.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, a partir da redemocratização do país, impulsionou o deslocamento do centro de decisões do Poder Executivo e Poder Legislativo ao Poder Judiciário, passando este a ser visto pelos cidadãos, que estavam diante de uma constituição que buscava a garantia dos direitos e fundamentais, como a única maneira de garantir que esses direitos fossem, de fato, cumpridos.

O Judiciário nunca teve tanta procura e visibilidade para a população como a partir da implementação da Carta Constitutiva de 88, associada como conduto de cidadania. Em compensação, por esse motivo, e outros como a falta de legislação processual adequada aos novos desafios institucionais, houve a queda da qualidade dos serviços prestados pelo judiciário.

Diante de tal problema, criaram-se meios para amenizar o déficit de acesso à justiça, como a lei da Ação Popular (4.717/65), a lei da Ação Civil Pública (7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90), a lei dos Juizados Especiais (9.099/95) e a lei da Arbitragem (9.307/96).

Ainda que criados os meios acima citados, visando estimular a solução extrajudicial dos conflitos, a busca dos cidadãos pelo cumprimento e reivindicações dos seus direitos e garantias, atrelada ao aumento da complexidade das relações, ocasionou um aumento progressivo de demandas ao poder judiciário, que não suportou a procura, resultando em uma crise ao próprio acesso à justiça, que é a garantia básica em uma sociedade democrática de direito.

Nesse sentido, dados foram apresentados no artigo de Perlingeiro (2015, p. 294-295), O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar?

O Judiciário brasileiro está sobrecarregado. De 83,4 milhões de feitos em 2009, atingiu a marca de 92,2 milhões em 2012, total de que 28,2 milhões (31%) eram casos novos e 64 milhões (69%) encontravam-se pendentes de

anos anteriores. Ainda em 2012, todo magistrado sentenciou, em média, 1.450 processos, 1,4% a mais que em 2011. Embora os magistrados julguem mais processos a cada ano, o aumento do total de sentenças (1 milhão - 4,7%) foi inferior ao aumento de casos novos (2,2 milhões - 8,4%), o que resultou no julgamento de 12% de processos a menos que o total ingressado. (PERLINGEIRO, 2015, p. 294-295)

O autor também demonstra que a sobrecarga do judiciário tem parcela expressiva de processos de execuções fiscais:

Não há como precisar o percentual das causas que envolvem autoridades públicas, porém estima-se que seja a maioria, acima de 50%. Há quatro dados que levam a essa conclusão: (a) em 2012, do total de 64 milhões de processos pendentes de anos anteriores, 39,9% eram de execuções fiscais, ao passo que, em 2013, dos 66,7 milhões pendentes, 41,4% consistiam em execuções fiscais; (b) nos últimos 20 anos, dos 90% do total dos processos judiciais em curso no Supremo Tribunal Federal/STF (Corte Constitucional), consta a presença de autoridades públicas como uma das partes; (c) dos 693 processos com repercussão geral no STF, 498 deles, isto é, 71%, versavam sobre direito público (direito administrativo, tributário e previdenciário); (d) dos 721 recursos de efeito repetitivo no Superior Tribunal de Justiça/STJ (Corte Suprema), 360 dizem respeito a direito público, o que corresponde, portanto, a 50% do total. (PERLINGEIRO, 2015, p. 295)

Diante dessa demonstração, torna-se evidente a necessidade de que sejam tomadas medidas em relação às demandas que possuem a Administração Pública Tributária como uma das partes, motivo pelo qual abordaremos suas características adiante.

2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA

O Direito Tributário está intimamente ligado ao bom funcionamento de um Estado Moderno, o qual visa assegurar a implementação e a garantia dos direitos fundamentais.

O Estado, por meio de sua administração tributária, controla e fiscaliza o cumprimento das normas tributárias em prol da arrecadação e gestão das receitas tributárias, tendo como principais órgãos a Secretaria da Receita Federal (SRF), em âmbito federal, as Secretarias Estaduais de Fazenda e as Secretarias Municipais de Fazenda.

Além do controle e fiscalização do cumprimento das normas, a administração tributária possui outras três funções importantes, quais sejam a tributação (elaboração de normas tributárias), a arrecadação (controle da entrada da receita tributária nos cofres públicos) e o controle de informações econômico-fiscais, tais como o cadastro dos contribuintes e a emissão de documentos fiscais.

Esse conjunto de funções resultará em atos administrativos que, apesar do seu poder de império, estão sujeitos a questionamentos pelos seus destinatários, fazendo surgir nesse momento o que chamamos de litígios administrativos tributários.

Conforme abordado anteriormente, o entendimento imediato da sociedade foi que a Carta Magna impulsionou o deslocamento do centro de decisões do Poder Executivo ao Poder Judiciário, ocasionando a sua sobrecarga e a conseqüente insatisfação em relação ao exercício da sua função.

Perlingeiro (2015, p. 295) expressa, assim, seu entendimento quanto às insatisfações em relação aos processos judiciais:

No que concerne aos processos judiciais envolvendo autoridades administrativas, as insatisfações partem de todos os lados. Os interessados reclamam da morosidade e da falta de efetividade das decisões judiciais, notadamente quanto à sua qualidade e à execução forçada de decisões e medidas cautelares contra autoridades públicas. Por sua vez, as autoridades alegam que os juízes interferem indevidamente nos Poderes Discricionários, com ofensa ao princípio da separação de Poderes, e que proferem decisões judiciais sem considerar que as autoridades administrativas devem observar a necessidade de tratamento igualitário em relação a todos os interessados, ainda que não sejam demandantes judiciais (PERLINGEIRO, 2015, p. 295)

A situação crítica do Poder Judiciário, fomenta a busca de soluções, ainda que utópica, como a autotributação, defendida por Calmon (2007, p. 16), que a entende como detentora de papel fundamental e relevante, a criar concordância do cidadão aos tributos que paga e direitos e garantias do contribuinte.

Ao mesmo tempo, é importante também destacar que a eficiência econômica não pode ser confundida com a eficiência administrativa.

Ainda que a atividade estatal seja norteada por princípios (dentre eles o da eficiência) não se deve subordinar a atividade administrativa à perspectiva econômica que é gerada a partir da busca do lucro e acumulação de riqueza.

Como o objetivo da administração tributária não pode ser apenas a arrecadação, mas também, e principalmente, a garantia de que os direitos fundamentais serão implementados e protegidos, incumbe ao Estado – que desempenha as funções exercidas no exercício da Administração Tributária - observar o cumprimento de tais direitos e garantias constitucionais (JUSTEN FILHO, 2006, p. 86-87).

Diante do quadro preocupante do Poder Judiciário, um conjunto de propostas normativas foram efetivamente incentivadas pelo próprio Estado, em busca da solução

alternativa para os litígios administrativos tributários, com vistas a atingir um quadro de justiça administrativa.

Essa justiça administrativa é a forma de contribuir para o Brasil, diante de sua estrutura federativa de organização política, aumentar a abrangência do alcance do resultado justo em litígios iniciados na esfera administrativa.

A busca do diálogo e os acordos são técnicas que, pelas vias administrativas, tendem a reduzir a litigiosidade no âmbito judicial e diminuir a insatisfação do contribuinte quanto aos tributos.

Se antes de ser ajuizada uma cobrança fosse possível estabelecer acordos prévios relativos à base de cálculo, correção dos erros praticados pelos contribuintes de boa-fé ou até mesmo a não cobrança de multas, poder-se-ia gerar uma melhor relação entre Estado e contribuinte.

A proposta normativa que será tema principal do presente trabalho é a possibilidade do uso da mediação nos litígios administrativos tributários, conforme será comentado a seguir.

2.3 A LEI DE MEDIAÇÃO

A Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação) é decorrente da necessidade de o Poder Judiciário reduzir a, já ciada, alta demanda existente desde a promulgação da Constituição de 1988, associada como referência quanto a cidadania.

Os princípios previstos na Lei da Mediação fazem remissão a princípios constitucionais, princípios processuais e de conduta. São eles a imparcialidade, a isonomia, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé.

A Lei 13.140/15 pode ser analisada a partir de um viés otimista, geralmente oriundo do sonho ideológico com um natural acordo entre as partes, assim como a partir de um olhar mais crítico, já que a aplicação da lei pode ser inviabilizada pela falta de fundamentação normativa objetiva.

Segundo o art. 11 da Lei de Mediação, *in verbis*, os critérios previstos para a qualificação de um mediador judicial, por exemplo, podem resultar em um procedimento inócuo, já que não há obrigatoriedade de um especialista em Direito para a mediação, subordinando o terceiro interveniente no conflito, para que possa agir em sua função, somente

à capacitação em cursos reconhecidos pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais.

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Não há, sequer, qualquer previsão de qualificação relacionada a um desenvolvimento do trabalho de mediação no futuro.

Considerando que o foco do presente trabalho está na solução de conflitos em que uma das partes é a administração pública tributária, a inviabilidade do uso de mediadores sem especialização em Direito, em especial o direito administrativo, fica mais evidente.

O mesmo cenário também ocorre em relação aos mediadores extrajudiciais, previstos no art. 9º da Lei de Mediação, *in verbis*, para os quais somente é exigido que sejam de confiança das partes e capaz, não sendo primordial nenhuma capacitação, fazer parte do Conselho ou entidade referente à mediação, suprimindo, mais uma vez, a necessidade de busca de qualificação específica para o mediador.

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Não bastando a carência de fundamentação para a efetividade do uso da mediação nos litígios envolvendo a administração pública tributária, aos casos de controvérsia jurídica relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do artigo 32 (artigo 38, inciso I da Lei de Mediação), *in verbis*.

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

- I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

[...]

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32;

Persiste a impossibilidade e a resistência de mediação nos executivos fiscais federais, enquanto incontáveis processos se avolumam nos foros da Justiça Federal, sem perspectiva de solução, impactando negativamente nas taxas de congestionamento dessa Justiça, que nada pode fazer de imediato para resolver o problema.

O aprimoramento das técnicas de solução alternativas de conflito necessita que a cultura brasileira reformule determinados paradigmas.

Desde a graduação até a prática da advocacia, há pesados incentivos à utilização de solução processual tradicional e raros incentivos quanto ao estudo e uso de soluções alternativas diante da existência de conflitos.

A busca pela solução é estudada, normalmente, dentro da esfera judiciária.

A aplicação da mediação como um método para chegar a um acordo, necessita que os requisitos expostos pela lei estejam claros quanto à aplicação, evitando, por fim, o mau uso da opção pela solução alternativa de conflitos. Em vez disso, a tendência parece ter sido tratá-la como saída insatisfatória.

É indispensável que se analise a Lei 11.140/2015 diante da cultura em que será aplicada.

Há obstáculos, tanto culturais quanto teóricos no Brasil, para a sua aplicação como o temor da corrupção, processos penais e a improbidade administrativa a partir da má gestão, necessitando, ainda, que sejam impostos, a partir da sua aplicação, controles rigorosos.

Dessa forma, é necessário que haja a taxatividade, no sentido de estipular as situações da mediação em os detalhes fundamentais cabíveis nas regulamentações, a fim de proporcionar o êxito pretendido.

Uma forma interessante de desenvolver o uso de soluções alternativas de conflitos no Brasil pode ser o uso do direito comparado, permitindo identificar cuidados que os demais países implementam para que suas legislações tenham efetividade.

Abordaremos a seguir o uso da arbitragem em Portugal, destacando os pontos importantes para o uso dessa ferramenta.

2.4 A ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO DE PORTUGAL

A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos onde há a intervenção de um terceiro imparcial, que pode ser escolhido pelas partes ou designado, no caso de Portugal, pelo CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa)¹.

Em 20 de janeiro de 2011 foi introduzido, em Portugal, o Decreto-Lei 10/2011, que estabelecia o regime da arbitragem tributária, objetivando diminuir o número de processos pendentes no tribunal tributário.

O árbitro possui uma função autônoma quanto as suas decisões, que possuem o mesmo valor daquelas dadas pelos tribunais, isso para garantir a celeridade – por não existir as formalidades processuais normais do curso do tribunal – e o princípio da autonomia.

As sentenças desses árbitros são, em geral, irrecorríveis, podendo haver recurso quando ela recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou nos casos em que a decisão arbitral esteja em oposição à mesma questão fundamental de direito existente em acórdão proferido pelos Tribunais Centrais Administrativos ou do Supremo Tribunal Administrativo.

Existem órgãos competentes para auxiliar quanto à arbitragem: A Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) e Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

A APA estimula e concentra formação e especificação daqueles que pretendem trabalhar na área de solução de conflitos alternativos, possuindo como objeto de estudos a melhora quanto aos requisitos formais e eficácia jurídica, analisando, portanto, constantemente o direito português.

O CAAD é o órgão onde as decisões proferidas estão em igualdade com as sentenças dos tribunais na esfera tributária.

Advindo de uma associação privada e sem fins lucrativos, com constituição promovida pelo Ministério da Justiça, possui um conselho (Conselho Deontológico) que visa resguardar que o processo arbitral seja transparente e neutro.

O Código Deontológico vai trazer enumerações sobre os deveres e requisitos a serem cumpridos pelos árbitros, conforme segue:

Artigo 2.º - Requisitos dos árbitros

1. Os árbitros devem ser pessoas singulares, plenamente capazes, com comprovada competência técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público.

¹ O CAAD é um centro de arbitragem de carácter institucionalizado, que funciona a partir de uma associação privada sem fins lucrativos, cuja constituição foi promovida pelo Ministério da Justiça.

2. Os árbitros devem ser independentes, imparciais, isentos e objectivos.
3. Por regra, os árbitros devem ser escolhidos de entre juristas que, pelas suas qualificações formais e pela sua experiência profissional no domínio do direito público, ofereçam garantias de competência para o exercício das respectivas funções.
4. O árbitro, ainda que designado pela parte, tem uma obrigação de independência, imparcialidade e isenção, não sendo nem representante, nem mandatário, da parte que o designa.
5. Os árbitros têm um dever de lealdade para com o processo arbitral, as partes e, no caso de um tribunal colectivo, para com os co-árbitros.
6. O árbitro não deve permitir que qualquer tipo de preconceito, interesse pessoal, pressão externa, directa ou indirecta, ou receio de crítica afecte o sentido da sua decisão.
7. Quer durante, quer depois de concluída a arbitragem, o árbitro e os seus familiares imediatos não podem aceitar oferta, favor ou herança, provenientes, directa ou indirectamente, de qualquer uma das partes.
8. No decurso da arbitragem, o árbitro não pode negociar ou aceitar quaisquer ofertas de emprego ou novas relações profissionais com qualquer das partes ou seu representante legal.
9. O árbitro deve respeitar os princípios deontológicos estabelecidos neste Código, enquanto princípios inerentes ao exercício das suas funções, e deve recusar a sua designação quando ocorra circunstância pela qual se possa razoavelmente suspeitar da sua independência, imparcialidade e/ou isenção.
10. Incumbe ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa exonerar o árbitro ou árbitros em caso de incumprimento dos requisitos previstos nos números anteriores.

Os conselhos do CAAD são instrumentos que controlam o desempenho do árbitro, promovendo um ambiente seguro para que as decisões sejam tomadas de maneira qualitativa, ou seja, que busque de forma gradual a qualificação do árbitro, além de criar a responsabilidade de cumprirem os deveres que norteiam o papel desses.

Apenas a Direção Geral dos Impostos (DGCI) e a Direção Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC) são correlacionadas aos Tribunais Fiscais Arbitrais, de acordo com o CAAD.

As Câmaras Municipais ou a Segurança Social não possuem procedimento arbitral, ainda que estejam dentro do conceito de Administração Tributária.

As sentenças arbitrais possuem ainda mais credibilidade decorrente de seus métodos de uniformização, a partir da jurisprudência arbitral.

As jurisprudências podem ser buscadas no próprio site do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) quanto ao processo e quanto ao tipo de imposto, auxiliando, dessa forma, na clareza, publicidade e uniformidade das decisões.

O instituto de arbitragem pode contribuir para uma melhor justiça fiscal.

A celeridade por meio do uso de processos administrativos e a autonomia do árbitro, baseada a partir de órgãos especializados já citados, estimula a competência dos técnicos, e por consequência, a busca de decisões justas por contribuintes insatisfeitos ou com direitos violados na matéria tributária.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação possui um papel fundamental na busca da efetiva justiça na solução de litígios, proporcionando, entre outras características, a celeridade da resolução de conflitos quando comparada ao trâmite do Poder Judiciário.

Analisando a forma como foi instituído, em Portugal, o uso da arbitragem para a solução dos conflitos em que uma das partes é a administração pública tributária, nota-se a criação de órgãos com competência de regular e manter a qualificação dos árbitros, a fim de que seja possível sua real atuação na eliminação do litígio.

Trazendo o modelo para o Brasil, é necessário descentralizar os órgãos de controle para que houvesse a fiscalização e a regulação do mediador, visando garantir que a função estivesse sendo cumprida de forma legal e justa.

Além disso, não existem, no Brasil, planejamento que vise garantir o aumento de qualificação do mediador com o passar do tempo. Dessa forma, os órgãos descentralizados poderiam garantir cursos ou formas de manter o mediador sempre capacitado, a cada vez melhor, solucionar os conflitos.

Nunca demais destacar que a ausência de qualificação vai de encontro ao objetivo da Lei de Mediação, já que o conflito, sem solução em sua forma alternativa, faria crer que somente seria resolvido por meio do Poder Judiciário, reduzindo a importância da mediação e, conseqüentemente, mantendo o ritmo de aumento das demandas processuais.

Ainda que o presente artigo trate da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), observar como foi aplicada a arbitragem no âmbito tributário (ainda que a forma seja diferente aqui em relação a Portugal), pode ser razoável para que seja ponderada a forma que essa Lei foi estabelecida no Brasil e quais são as possíveis melhoras na sua regulamentação para alcançar o objetivo pretendido.

A mudança quanto à qualificação do mediador como especialista em Direito é primordial, já que não se deve esquecer que a mediação compõe um processo jurídico, com suas questões processuais.

Essa mesma qualificação visa aumentar o nível de capacidade do mediador, por ter sido levado a estudar as disciplinas tipicamente jurídicas que asseguram uma melhor compreensão para as lides, de maneira geral.

Por último, é importante que seja observada a Lei de Mediação frente à cultura brasileira de ensino.

O aprimoramento das técnicas de solução alternativas de conflito necessita que haja a reformulação de determinados paradigmas.

Desde a preparação do profissional até a sua prática da advocacia, há pesados incentivos à utilização de solução processual tradicional e raros incentivos quanto ao estudo e uso de soluções alternativas diante da existência de conflitos.

A busca pela solução é estudada, normalmente, dentro da esfera judiciária.

A aplicação da mediação como um método para chegar a um acordo, necessita que os requisitos expostos pela lei estejam claros quanto à aplicação, evitando, por fim, o mau uso da opção pela solução alternativa de conflitos. Em vez disso, a tendência parece ter sido tratá-la como saída insatisfatória.

É indispensável que se analise a lei 11.140/2015 diante da cultura em que será aplicada.

Há obstáculos, tanto culturais quanto teóricos no Brasil, para a sua aplicação como o temor da corrupção, processos penais e a improbidade administrativa a partir da má gestão, necessitando, ainda, que sejam impostos, a partir da sua aplicação, controles rigorosos.

Dessa forma, é necessário que haja a taxatividade, no sentido de estipular as situações da mediação em os detalhes fundamentais cabíveis nas regulamentações, a fim de proporcionar o êxito pretendido.

4. REFERÊNCIAS

AGRELLOS, M. D. **O regime de arbitragem tributária português**. Disponível em: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3084/documento/articuloUM.pdf?id=2990>. Acesso em: 24 out. 2016

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA NETO, A. **Mediação: uma volta às origens**. Jan. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/getulio/article/viewFile/61674/59849>. Acesso em: 24 out. 2016

BRASIL. **Lei nº 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. Acesso em: 24 out. 2016

CALMON, S.; ABREU, M. **Por uma administração tributária forte e um sistema tributário justo. A importância da administração tributária no Estado democrático de Direito. Análise da Emenda Constitucional nº 42/03.** Belo Horizonte: 2007. Disponível em: http://www.sinfrefj.com.br/sites/default/files/a_importancia_da_adm_tributaria_no_estado_de_m_direito.pdf. Acesso em: 24 out. 2016

CAMARGO, A. L. C. **Culpabilidade e reprovação penal.** São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (CAAD). **Código deontológico do CAAD.** Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/documentos/CAAD-Codigo_Deontologico-2013-01-09.pdf. Acesso em: 24 out. 2016

CHAVES, E. C. **Obrigações tributárias acessórias: aspectos positivos e negativos de sua instituição.** Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150867.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016

DI PIETRO, M. S, Z. **Direito Administrativo.** 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, R. M. F.; FURTADO, F. C.; ALMEIDA, M. M.; et al. **Obrigações tributárias acessórias: aspectos positivos e negativos de sua instituição.** Disponível em: http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2011/Junho/IF-_A_Arbitragem_Tributaria_em_Portugal.pdf. Acesso em: 24 out. 2016

FRANCISCO, A. M. C. **A arbitragem tributária.** Disponível em: http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_ARBITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf. Acesso em: 24 out. 2016

GOULARD, J.R.; GONÇALVES, J. **Principais modelos de mediação de conflitos.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/conheca-os-principais-modelos-de-mediacao-de-conflitos-por-juliana-ribeiro-goulart-e-jessica-goncalves>. Acesso em: 24 out. 2016

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, F. M. D. de A.; ALMEIDA, M. V. S. **A mediação harvardiana e a mediação transformativa.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8622&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 24 out. 2016

MARTÍNEZ, S. R. **Mediação para a paz.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6863/mediacao-para-a-paz>. Acesso em: 24 out. 2016

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUNES, R. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERELMAN, C. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGEIRO, Ricardo. **O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar?**. Revista de Processo, São Paulo, v. 239, p. 293-331, Jan. 2015. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2511545>. Acesso em: 24 out 2016.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro**. Regula o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, no uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis. Acesso em: 24 out. 2016

PORTUGAL. **Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho**. Regula a competência, organização e funcionamento dos julgados de paz e a tramitação dos processos da sua competência. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=724&tabela=leis. Acesso em: 24 out. 2016

SALOMÃO, L. F. **O marco regulatório para a mediação no Brasil**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221467,101048-O+marco+regulatorio+para+a+mediacao+no+Brasil>. Acesso em: 24 out. 2016

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, C. C. de O. **Breve análise acerca da Administração Tributária Brasileira**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,breve-analise-acerca-da-administracao-tributaria-brasileira,35222.html>. Acesso em: 24 out. 2016

TRIBUNA ARBITRAL DE CONSUMO (CICAP). **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.cicap.pt/jurisprudencia/>. Acesso em: 24 out. 2016