

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANTONIO ALBERTO DE MENEZES

**ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: EXPERIÊNCIA PORTUGUESA, POSSIBILIDADE NO
BRASIL E O DOGMA DO INTERESSE PÚBLICO**

MARÍLIA

2020

ANTONIO ALBERTO DE MENEZES

**ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: EXPERIÊNCIA PORTUGUESA, POSSIBILIDADE NO
BRASIL E O DOGMA DO INTERESSE PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Marília como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação
do Prof. Dr. André Luiz Costa-Correa.

MARÍLIA

2020

(01) Menezes, Antonio Alberto de.

(02) Arbitragem tributária: experiência portuguesa, possibilidade no Brasil e o dogma do interesse público. / Antonio Alberto de Menezes -

(04) Marília, (05) UNIMAR, (06) 2020.

(07) 169 f.

(08) Dissertação – (09) Mestrado em Direito -- Universidade de Marília, 2020.

(10) Administração Pública. Arbitragem tributária. Juízo arbitral.

(11) Universidade de Marília. Mestrado em Direito.

(12) II. Arbitragem tributária: experiência portuguesa, possibilidade no Brasil e o dogma do interesse público.

ANTONIO ALBERTO DE MENEZES

**ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: EXPERIÊNCIA PORTUGUESA, POSSIBILIDADE NO
BRASIL E O DOGMA DO INTERESSE PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social sob a orientação do Prof. Dr. André Luiz Costa-Correa.

Aprovado pela banca examinadora em ____/____/____

Prof. Dr. André Luiz Costa-Correa

Orientador

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita

Prof. Dr. Edison Carlos Fernandes

Dedico este trabalho aos meus pais, esposa, filhos, Antonio Alberto de Menezes Filho e Juliana Madeiro de Menezes (*in memoriam*), irmãos, minha nora, os quais sempre me deram incentivo e amor, que são os bens mais preciosos neste mundo.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Juscilene, que esteve sempre ao meu lado, entendendo minhas ausências nos momentos de dedicação ao estudo.

Aos meus pais, filhos, nora e a todos os meus irmãos, em especial à minha filha Juliana, que mesmo não presente entre nós, sempre foi motivo de incentivo para eu não desistir dos estudos.

A todos os professores e professoras da Unimar, que fizeram parte do programa, pelo conhecimento repassado, ao longo desses anos, em especial ao professor André, meu orientador, pela paciência e pelo humor *sui generis*.

Tudo posso naquele que me fortalece.
(Filipenses 4:13)

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: EXPERIÊNCIA PORTUGUESA, POSSIBILIDADE NO BRASIL E O DOGMA DO INTERESSE PÚBLICO

Resumo: Esta pesquisa teve como tema a viabilidade do emprego da arbitragem como método de resolução de litígios em matéria tributária. A ineficiência da jurisdição estatal diante do represamento de processos jurisdicionais, a participação do Estado na grande maioria dos litígios e a enorme quantidade de processos relacionados a controvérsias tributárias fazem com que a jurisdição tributária judicial apresente uma enorme dificuldade para que os contribuintes consigam defender seus direitos e com que as Fazendas Públicas possam receber seus créditos tributários em menor tempo.

Em face disso, a presente dissertação teve como objetivo geral de pesquisa analisar a arbitragem em matéria tributária, possibilidade de sua aplicabilidade no Brasil, considerando o dogma do interesse público à luz do princípio da legalidade e utilizando como referência a experiência portuguesa. Em especial, porque a arbitragem tem como objetivo a efetiva solução das controvérsias, em tempo hábil. Para dar conta da investigação, traçou-se os seguintes objetivos específicos: (I) analisar se a instituição da arbitragem tributária no Brasil seria um mecanismo viável, eficaz, eficiente célere e satisfatório de resolução de conflitos de natureza fiscal e (II) se proporciona maior segurança jurídica aos Fiscos e aos contribuintes. Foi utilizado no presente estudo o método crítico e dialético, linha de pesquisa qualitativa, com análise de normas constitucionais e infraconstitucionais, bibliográfica e material extraído da internet. Em que pese a Lei n. 13.129/2015 já ter admitido indefinidamente a aplicabilidade da arbitragem pelo Estado para solucionar controvérsias envolvendo direito patrimonial disponível, § 1º do artigo 1º da Lei n. 9.307/1996, sua aplicabilidade, contudo, em matéria tributária, ainda é palco de grandes controvérsias. Assim, compreendeu-se que a arbitragem seria capaz de resolver possíveis litígios entre contribuintes e as Fazendas Públicas e de proporcionar mais celeridade na arrecadação dos tributos, criando maior segurança e estabilidade jurídica na relação tributária e, sobretudo, serviria de mola impulsadora para o desenvolvimento econômico e social do País, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Administração Pública. Arbitragem tributária. Juízo arbitral.

Tax arbitration: Portuguese experience, possibility in Brazil and the dogma of the public interest.

Abstract: This research had as a theme the feasibility of the use of arbitration as a method of settling disputes in tax matters. The inefficiency of state jurisdiction in the face of jurisdictional process repression, State participation in the vast majority of disputes and the enormous amount of tax controversy processes make the judicial tax jurisdiction.

Confronting this, the present dissertation was aimed at examining the arbitration in tax matters, possibility of its applicability in Brazil, considering the dogma of the public interest in the light of the principle of legality and using as a reference to Portuguese experience. In particular, because arbitration aims at the effective solution of controversies, in a timely manner. In order to account for the investigation, the following specific objectives have been drawn: (i) to analyze whether the institution of tax arbitration in Brazil would be a viable, effective, efficient and satisfactory mechanism of fiscal conflict resolution and (ii) The critical and dialectical method, a qualitative research line, analyzing constitutional and infraconstitutional standards, bibliographic and material extracted from the Internet was used in the present study. Whereby the law n. 13.129 / 2015 already admitted indefinitely the applicability of State arbitration to solve controversies involving available equity law, § 1 of Article 1 of Law no. 9.307 / 1996, its applicability, however, in tax matters, is still the stage of major controversies. Thus, it was understood that arbitration would be able to resolve possible disputes between taxpayers and public farms and to provide fastness in the collection of taxes, creating greater security and legal stability in the tax relation and, overall, it would serve as a driving spring for the country's economic and social development as set out in the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Public Administration. Tax arbitration. Arbitral judgment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 JUÍZO ARBITRAL, ARBITRAGEM NO BRASIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MOVIMENTOS ADRs E ACESSO À JUSTIÇA	17
1.1 Da natureza jurídica da arbitragem.....	19
1.1.1 Das características da lei de arbitragem no Brasil.....	22
1.2 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS.....	24
1.3 OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS O NCPC/2015 E O ACESSO À JUSTIÇA.....	30
1.4 CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E TRANSAÇÃO NO BRASIL.....	34
1.4.1 Da mediação e a lei nº 13.140.....	34
1.4.2 Da conciliação.....	42
1.4.3 Da transação e a lei nº 13.988/2020.....	46
1.5 ARBITRABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA.....	51
1.6 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM.....	55
1.7 ARBITRAGEM DE DIREITO E DE EQUIDADE.....	59
2 APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO E O DOGMA DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	61
2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM.....	61
2.2 DIREITO TRIBUTÁRIO E ARBITRAGEM: PROCURA PELA JUSTIÇA FISCAL, ÉTICA DE MEIOS E FINS NO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	66
2.3 ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: RENOVAÇÃO ESTATAL COMO PROPOSIÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.....	73
2.4 ARBITRAGEM COMPREENDIDA A PARTIR DO DOGMA DO INTERESSE PÚBLICO.....	79

2.5 O ROMPIMENTO DO MODELO CLÁSSICO DE INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.....	90
2.6 O EXAME DA LIGAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA COMO ARGUMENTO PARA O EMPREGO DA ARBITRAGEM.....	93
2.7 A EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	95
2.8 COMPREENSÃO SOBRE DISPONIBILIDADE E INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A ABDICAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL.....	97
2.9 DA NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA PARA INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL.....	104
2.9.1 Câmara de arbitragem na administração pública federal.....	107
3 EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL COMO FERRAMENTA DE CONFIRMAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	110
3.1 A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO.....	110
3.2 A INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS, SUPERAÇÃO FISCAL E CRESCIMENTO ECONÔMICO.....	115
3.2.1 Arbitragem tributaria no ordenamento jurídico português.....	117
3.3 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: ESTABILIDADE FISCAL E SUA RELAÇÃO COM A RESTAURAÇÃO DO ACÚMULO TRIBUTÁRIO.....	128
3.4 A REALIDADE DO PROCESSO TRIBUTÁRIO.....	129
3.5 CONSERVAÇÃO, ESTABILIZAÇÃO DE DIREITOS E TRIUNFOS SOCIAIS EM UM HORIZONTE DE ESTAGNAÇÃO DE RECOLHIMENTO E INEFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A URGENTE NECESSIDADE DE RUPTURA COM O MODELO DE SISTEMA ATUAL.....	131
4 ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI 4.257/19.....	138

4.1 Características do PL 4257/2019.....	138
4.2 DAS POSSÍVEIS INCONSISTÊNCIAS DO PROJETO NA AVALIAÇÃO DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM.....	141
4.3 DAS INCONSISTÊNCIAS NOS LIMITES PARA ATUAÇÃO DO ÁRBITRO NOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E DESPESAS NA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA.....	145
4.4 PROJETO LEI 4468/2020.....	150
CONCLUSÃO.....	153
REFERÊNCIAS.....	157

INTRODUÇÃO

A presente dissertação discorrerá sobre a viabilidade do emprego da arbitragem como método de resolução de litígios em matéria tributária e procurará evoluir nos argumentos desse tema ao analisar, de forma pormenorizada, o juízo crítico de pontos relevantes para a formação de uma viável referência de arbitragem tributária no Brasil.

A solução de litígios pelas vias extrajudiciais, com destaque para mediação conciliação e arbitragem, vem ganhando importância no âmbito nacional e internacional, ocorrendo um avanço de seu emprego em matérias em que especificamente não se imaginava sua utilização. O direito não deve ficar estático, deve procurar se inovar e, acima de tudo, se adaptar para lidar com as novas formas negociais e contemplar as necessidades disponíveis no mercado.

Essas transformações têm provocado debates acadêmicos em diversas instituições e, principalmente, no âmbito do Poder Judiciário em âmbito nacional¹. Foi exatamente para evitar os excessos de demanda existente no judiciário norte americano que surgiram novas técnicas ou métodos alternativos de resolução de litígios, conhecidos como ADR (*alternative dispute resolution*),² que atualmente são conhecidos como MASC (meios adequados de solução de conflitos), que compreendem os métodos e mecanismos de resolução de conflitos diferentes dos utilizados nos âmbitos jurisdicional estatal. É um campo de ampliação que não se restringe à conciliação e à arbitragem, ou seja, engloba todas as técnicas ou mecanismos de resolução de litígios que sejam diversos dos solucionados pelo juízo estatal. Esse direcionamento promoveu alterações significativas no campo legislativo, ocasionando o nascimento do Código Processo Civil de 2015, e, dentre outros corpos legislativo, da Lei n. 9.099/1995 e incentivou a conciliação, mediação, transação e a arbitragem no País. Assim, a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu incentivo para a consensualidade e técnicas alternativas de resolução de conflitos para combater a crise avassaladora presente no Poder Judiciário, visando a resolução dos litígios de interesses, que acontecem no âmbito público e privado por meio de mecanismos alternativos de autocomposição e heterocomposição.

¹ STF. Notícias. *Seminário discute pontos de contato entre o Judiciário e a arbitragem*. 02 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178485>. Acesso em 10 jul. 2020.

² BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 17.

Assim, os meios alternativos de resolução de conflitos atualmente denominados MASC (meios adequados de solução de conflitos) são apresentados não mais como uma alternativa apenas, mas, de forma complementar, para ser empregado em uma determinada espécie de litígio, seja na mediação, conciliação ou arbitragem. Desse modo, visa-se quebrar um paradigma no usual panorama de que o Poder Judiciário seria o único capaz de proferir decisões e solucionar conflitos. Ressalte-se que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão responsável pela Política Judiciária Nacional, no texto da Resolução n. 125/2010, emprega a expressão “meios adequados”.

Ante a ineficiência do Poder Público em solucionar os litígios, nasce a necessidade de busca por novos e adequados meios para o alcance desse ofício. Assim, no Brasil tem ocorrido, ao longo desses anos, uma significativa busca de solução de conflitos nas mais diferentes áreas e situações, inclusive no âmbito externo à jurisdição estatal. Dessa forma, o juízo arbitral no Brasil tem conquistado cada vez mais adeptos e tem se mostrado cada vez mais eficiente, sobretudo após o advento da Lei n. 9.307/1996 e da Lei n. 13.129/2015, vindo efetivamente a ser utilizado e estudado como importante método adequado de solução de conflitos.

Esses meios adequados de solução de conflitos, dentre os quais o sistema arbitral, estavam presentes já na Antiguidade, com o povo hebreu, descritos no *Pentateuco*, no qual já se relatavam conflitos decididos por árbitros, ocorrendo uma presença mais significativa em 1922, após a ocorrência do primeiro Congresso da Câmara Internacional de Comércio, no qual decidiu-se pela criação de um corpo de árbitro para resolver os conflitos desse órgão.

A evolução e as transformações ocorridas no âmbito da Administração Pública e o clamor social por maior participação popular nos atos e nas decisões ocorridas no âmbito do Poder Público, atrelados também à procura pela melhor forma de acesso à justiça, são os motivos apresentados para argumentar o movimento de desjudicialização. Para Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil e Lídia Maria Ribas, “o acesso à justiça tem sofrido expressiva ressignificação nos últimos tempos”³.

Ademais, segundo informações levantadas no *Relatório justiça em número*, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva e mais da metade desses processos - 53% - se refere à

³ BRASIL, Guilherme Maciulevicius Mungo; RIBAS, Lídia Maria. Mediação de conflitos coletivos: adequando o acesso à justiça aos conflitos pós-modernos. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 19, n. 35, p. 59-78, set./dez. 2019, p.65.

fase de execução⁴. Esse número significa que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 demandaram judicialmente no ano de 2017⁵. As despesas totais do Poder Judiciário com assistência judiciária gratuita foram equivalentes a 0,62% e os Tribunais Regionais Federais apresentaram os maiores gastos, proporcionalmente às suas despesas, e os Tribunais de Justiça os maiores gastos por habitante⁶.

Os dados do mencionado relatório revelam que ingressam no Poder Judiciário duas vezes mais casos de ação de conhecimento do que de execução, contudo, a execução é 34,6% maior⁷. E a maior parte dos processos de execução é formada pelas execuções fiscais, que representam 74% do estoque em execução⁸. Essas demandas processuais são as responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário - 92% no ano de 2017 - e representa aproximadamente 39% do total de casos pendentes⁹.

Há uma aferição da existência de 4 trilhões de reais de créditos tributários em discussão nas esferas judiciais e administrativas, sendo de interesse dos entes federativos encontrar solução para reduzir a sobrecarga que essa situação representa para a sociedade¹⁰. Ao final do ano de 2017, as execuções fiscais representavam um acervo pendente de 74% das execuções em curso no Judiciário, o equivalente a 31,2 milhões de processos¹¹.

A justiça Estadual apresenta um acúmulo de 79,3% de processos pendentes de julgamento, seguidos da Justiça Federal - 12,9% - e da Justiça do Trabalho - 6,9%¹².

As ações de execuções fiscais representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com um acúmulo de 91,7%¹³. Isso significa que a cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas 8 foram solucionados.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

⁵ *Op. cit.*

⁶ *Op. cit.*

⁷ *Op. cit.*

⁸ *Op. cit.*

⁹ *Op. cit.*

¹⁰ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 5.

¹¹ *Op. cit.* p. 5.

¹² *Op. cit.* p. 25.

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

O maior efeito das execuções fiscais está na Justiça Estadual, 85% das ações, seguidas da Justiça Federal, 14%, Justiça do Trabalho, 0,31%, e da Justiça Eleitoral, 0,01%. E a maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal, responsável por 94% das demandas, seguidas da Justiça Estadual 91%, e do Trabalho 87%¹⁴.

Foi nesse cenário que nasceram, também, os debates da possibilidade da arbitragem tributária como meio tecnológico jurídico capaz de resolver situações relacionadas aos problemas tributários envolvendo o contribuinte e o Fisco, assim colaborando para um ambiente favorável ao desenvolvimento econômico e social do País.

A presente dissertação tem como objeto de pesquisa a percepção de que a Administração Pública pode figurar como parte na arbitragem para a resolução de litígios de natureza tributária, tornando, assim, concreta e mais eficaz, proporcionando uma solução rápida com qualidade e técnica. E, ainda, podendo promover maior proximidade entre os contribuintes e os Fiscos, sujeitos passivos e ativos, respectivamente, da obrigação tributária. E, ao mesmo tempo, servindo como ferramenta para impulsionar o desenvolvimento econômico e social do País nos moldes estabelecidos pela CRFB/1988.

Dessa forma, o presente estudo levantou as seguintes perguntas: (I) a arbitragem pode ser empregada pela administração pública como mecanismo de resolução de litígios envolvendo a matéria tributária? (II) caso possível, quais seriam os limites? (III) sob a ótica da legalidade haveria necessidade de instituição de lei? (IV) e qual lei seria a mais apropriada, a Ordinária ou a Complementar? (V) quem teria a competência legislativa? (VI) quais os limites da Lei n. 9.307/1996? (VII) e, caso efetivada a arbitragem tributária, seria viável para contribuir com o desenvolvimento econômico e social do Brasil? (IX) e qual o perfil das causas que serão julgadas? (X) e se vai substituir o processo judicial e administrativo?

Dessa forma, o objetivo geral de pesquisa é analisar a arbitragem em matéria tributária, em especial, a possibilidade de sua aplicabilidade no Brasil, considerando o dogma do interesse público à luz do princípio da legalidade e utilizando como referência a experiência portuguesa. Em especial, porque a arbitragem tem como objetivo a efetiva solução das controvérsias, em tempo hábil. Para dar conta da investigação, traçou-se os seguintes objetivos específicos: (I) analisar se a instituição da arbitragem tributária no Brasil seria um mecanismo viável, eficaz,

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

eficiente, célere e satisfatório de resolução de conflitos de natureza fiscal e (II) se proporciona maior segurança jurídica aos Fiscos e aos contribuintes.

Para dar conta da pesquisa, a principal forma de abordagem é o método qualitativo, crítico e dialético para concluir se a experiência portuguesa poderá ser aproveitada no Brasil, atentando para as particularidades do sistema brasileiro. Dessa forma, os debates sobre processos tributários judicial e administrativos e a discussão sobre (in) - disponibilidade do crédito tributário e o dogma do interesse público no Brasil será de extrema importância para o desenvolvimento do trabalho.

Assim, foram realizadas pesquisa bibliográfica, análise documental e levantamento de dados relacionados às matérias pertinentes ao tema e material extraído da internet para dar suporte ao estudo.

Vale destacar que vários autores renomados escreveram sobre o assunto entre os quais podem ser destacados: Bruno Bastos de Oliveira¹⁵, Leonardo Rocha Hammoud¹⁶, Maria Odete Duque Bertasi, Oscavo Cordeiro Corrêa Neto¹⁷, Jonathan Barros Vita e Patrícia Silva Almeida¹⁸, André Luiz Costa Corrêa¹⁹, Marcelo Ricardo Escobar²⁰, Fernando Machado²¹, Fernanda Drummond Parisi²², Nuno Vilas Lobos²³, entre outros que são referências neste estudo. Vale ressaltar que o livro de Bruno Bastos de Oliveira²⁴ foi fonte de inspiração para elaboração do presente estudo.

¹⁵ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹⁶ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹⁷ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁸ ALMEIDA, Patrícia Silva; VITA, Jonathan Barros. Recuperação dos créditos fazendários: métodos alternativos de solução as controvérsias tributárias. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP. v. 19. n. 8. p. 107 – 121. Jan./abr. 2018.

¹⁹ COSTA-CORRÊA, André Luiz. Considerações sobre eficiência tributária para uma tributação no século XXI. *Revista Brasileira de Direito e Justiça*, V. 1, N. 1, jul./dez. 2017.

²⁰ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem Tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017.

²¹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016.

²² PARISI, Fernanda Drummond. *Transação Tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário*. Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. Doutorado em Direito. São Paulo, 2016.

²³ VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mônica Brito (Coord). *Guia da arbitragem tributária*. Coimbra: Almeida, 2013.

²⁴ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Afim de tratar o tema e se estruturar análise proposta, a presente dissertação será dividida em 4 capítulos, com seus respectivos subtópicos. No capítulo 1 discorrer-se-á sobre a definição e a natureza jurídica da arbitragem; convenção de arbitragem; sua evolução no Brasil; acesso à justiça e a movimentos de ADRs; mediação e conciliação no Brasil. Dando continuidade, no segundo capítulo analisar-se-á arbitragem e administração pública a aplicabilidade da arbitragem na seara tributária, fazendo uma análise mais profunda sobre o dogma da indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade. No capítulo 2 analisar-se-á, também, se há ou não necessidade de instituição de lei para regulamentar a arbitragem tributária no Brasil e qual seria a lei mais adequada e, por fim, discorrer-se-á sobre a Câmara de Arbitragem da Administração Pública Federal. Dando seguimento, no capítulo 3 será feita uma análise do sistema de arbitragem fiscal instituído em Portugal, que é referência mundial em arbitragem tributária, que pode servir de referência para ser aplicado no Brasil. Será feita ainda uma análise de como a arbitragem tributária pode contribuir para o desenvolvimento econômico e social do Brasil, conforme determina a CRFB/1988, e serão abordados, também, temas relevantes, como a capacidade de melhoria no acúmulo da dívida ativa e a necessidade de garantir a manutenção dos direitos sociais consagrados na CRFB/1988. Por fim, no capítulo 4 será feita uma análise do Projeto de Lei nº 4257/2019, que modifica a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980) e cria a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária no Brasil, com enfoque nos principais objetivos do referido Projeto e nas recomendações da nota técnica apresentada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) e no Projeto de Lei nº 4468/2020 de autoria da senadora Daniella Ribeiro, que também almeja instituir arbitragem especial tributária, na esfera federal.

1 JUÍZO ARBITRAL, ARBITRAGEM NO BRASIL, MOVIMENTOS ADRs E ACESSO À JUSTIÇA

No presente capítulo será realizada uma abordagem acerca do conceito, natureza jurídica e característica da arbitragem no Brasil, juízo arbitral, movimentos ADRs e de desjudicialização dos litígios, acesso à justiça, conceito e característica de jurisdição. O objetivo é demonstrar que a arbitragem, assim como o Poder judiciário, é um importante mecanismo de apaziguamento social no Brasil.

No silêncio do contrato, as partes têm plena libertada para recorrer à jurisdição estatal. Contudo, podem também aderir a outras formas alternativas de resolução de litígios, não estatal, sendo a mais tradicionais a mediação e a arbitragem²⁵.

A arbitragem é um meio institucional pelo qual as partes capazes de contratar confiam ao árbitro ou tribunal arbitral, indicados por elas ou não, o julgamento de seus conflitos concernentes a direitos suscetíveis de transação²⁶.

Assim, arbitragem é um equivalente jurisdicional privado, considerado não muito moderno, de resolução de conflitos no qual os litigantes acessam uma terceira pessoa imparcial, objetivando a resolução amigável de suas controvérsias pela heterocomposição²⁷. Cláudia Sofia Melo Figueiras assevera que, “na *Ilíada* de Homero, há referências a formas de composição de litígios que podem reconduzir-se à figura arbitral.²⁸”.

Trata-se, portanto, de uma técnica de resolução de conflitos confiada às pessoas capazes e aptas quando incluem direitos patrimoniais disponíveis²⁹. É, portanto, heterocomposição, pois se refere a um negócio jurídico por meio do qual as partes envolvidas abdicam da jurisdição

²⁵ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 15.

²⁶ *Op. cit.* p. 15.

²⁷ A heterocomposição é o método pelo qual os litigantes escolhem uma terceira pessoa para resolver seus litígios. As duas principais formas são: Arbitragem e a Jurisdição (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

²⁸ FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo*. Universidade do Minho. 2011, p.26.

²⁹ Direito patrimonial disponível tem como definição os que apresentam expressão econômica, no qual as pessoas podem dispor livremente, possuindo ausência de regras de caráter cogente e tendo como objetivo blindar os interesses coletivos.

estatal mesmo que os fatos sejam reputados urgentes. E a sentença proferida no juízo arbitral, a partir da Lei n.º 9.307/1996,³⁰ equipara-se à sentença judicial em processo de conhecimento³¹.

Essa técnica de resolução de conflitos, no Brasil, foi regulamentada pela Lei n. 9.307/1996, a qual sofreu algumas alterações com a instituição da Lei n. 13.129/2015. Esta última ampliou o âmbito da aplicação da arbitragem, com destaque para a aplicabilidade da arbitragem pela Administração Pública para solucionar conflitos envolvendo direito patrimonial disponível, conforme inteligências da interpretação do § 1º do artigo 1º da Lei n.º 9.307/1996³².

A arbitragem é instituída pelas partes por meio da convenção arbitral, podendo ocorrer antes da existência do conflito, (pela inserção, nos acordos, da cláusula compromissória ou cláusula arbitral), bem como, no caso de já instalado o conflito, pelo compromisso³³.

O Supremo Tribunal Federal (STF) no recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206)³⁴ já se manifestou asseverando que a arbitragem não ofende o artigo 5º, XXXV, da CRFB/1988, que trata do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, não existe justificativa plausível para se falar em monopólio do Poder Público na prestação jurisdicional.

Existe, atualmente, uma busca ocorrendo simultaneamente ao aumento das demandas judiciais e, conseqüentemente, um avanço no movimento de desjudicialização dos litígios. Para Isis de Almeida Silva e Marcelo Benacchio, “esse fenômeno não se deu instantaneamente, pelo

³⁰Art. 31. 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. (BRASIL. Lei n.º 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

³¹ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 15.

³² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão se valer 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. (BRASIL. Lei n.º 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

³³ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 17.

³⁴ STF. Notícias. *Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação)*. 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em: 08 set. 2020.

contrário, é possível notar que as demandas pleiteando respostas do Judiciário tiveram essa crescente pós-constituição de 1988³⁵.

Dessa forma, o juízo arbitral está posto à disposição de todas as pessoas para a resolução de litígios relacionados a direitos patrimoniais e que as partes possam dele dispor³⁶.

Desse modo, a arbitragem é, confiantemente, o método adequado de resolução de conflitos mais difundido no direito brasileiro atualmente³⁷. Isso se deu porque a arbitragem deixou de ser regulada pelo Código Civil e ganhou remodelagem com a instituição da Lei de Arbitragem³⁸.

Sua aplicabilidade poderia ser mais incentivada, especialmente no âmbito do direito tributário para dirimir conflito entre os contribuintes e os Fiscos. Considerando que o crescimento do estoque fiscal é diretamente proporcional à ineficiência da Administração Pública na arrecadação dos tributos, essa situação pode trazer reflexo no desenvolvimento econômico e social do País³⁹.

1.1 Da natureza jurídica da arbitragem

Exposto o conceito de arbitragem, faz-se necessário esclarecer alguns pontos sobre a natureza jurídica do instituto, em especial no tocante à temática que amplia a ideia do conceito de jurisdição.

É indispensável admitir que, sob a perspectiva introdutória do instituto da arbitragem, um dos pontos mais controvertidos, cientificamente, está exatamente na problemática da natureza jurídica em virtude da admiração conservadora da ideia clássica de que a jurisdição é exclusividade do poder estatal, exercida por meio do Poder Judiciário⁴⁰.

Nesse contexto, Bruno Bastos de Oliveira asseverou que:

³⁵ SILVA, Isis de Almeida; BENACCHIO, Marcelo. A conceituação da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial: reflexos para a concretização da desjudicialização. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 2018, p. 62.

³⁶ CAMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 51.

³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

³⁸ *Op. cit.* p. 91.

³⁹ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 13.

⁴⁰ *Op. cit.* p. 48.

Entende parte da doutrina que a arbitragem é parte de um compromisso arbitral, por conseguinte de natureza iminentemente privada, sendo, pois, impossível reconhecer a existência de atividade jurisdicional pelos árbitros, posição defendida pelos privatistas. Por outro lado, os publicistas defendem que há, sim, outras formas de exercício da atividade jurisdicional além da tradicionalmente exercida pelo estado⁴¹.

Assim, doutrina privatista sustenta que a arbitragem é fruto de um compromisso arbitral e de natureza eminentemente privada, defendendo com afinco ser impossível ratificar a atividade jurisdicional exercida por árbitros.

Em uma outra perspectiva, os publicistas defendem que existem outros métodos de atividade jurisdicional, além da tradicional exercida pelo Estado por meio do Poder Judiciário. Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que: “a arbitragem é uma opção por jurisdição”⁴².

A Lei de n. 9.307/1996 é categórica ao afirmar o árbitro como juiz de fato e de direito e o testifica a pronunciar sentença arbitral. Assim, o poder jurisdicional dos árbitros não decorre unicamente dos litigantes, por meio do contrato, e sim, igualmente da lei, que rege o exercício da atividade arbitral e a eficácia da decisão que surge dela⁴³.

Nesse contexto Fernando Machado declara que:

[...] embora a arbitragem não seja um método em que as partes cheguem por si só à conclusão pacífica, não se pode deixar de reconhecer o caráter autocompositivo da arbitragem, pois ainda que haja um terceiro decidindo o conflito, não será jurisdição estatal, e sim um árbitro investido na função por meio da livre vontade das partes, legitimado pelo pacto arbitral prévio⁴⁴.

No entendimento do autor todos os dispositivos que irão fundamentar a sentença arbitral partem da livre autonomia das partes e nenhuma pode se sobrepôr a outra, sendo assim, inquestionável o caráter autocompositivo da arbitragem⁴⁵. Nesse ambiente importa esclarecer que a sentença não é exclusividade do Poder Judiciário.

⁴¹ *Op. cit.* p. 48.

⁴² BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 16.

⁴³ *Op. cit.* p. 17.

⁴⁴ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 54-55.

⁴⁵ *Op. cit.* p. 54-55.

Apesar de o Poder Público ser uno, os poderes foram divididos em três partes (tripartição). Com garantia de independência e harmonia entre si, conforme se depreende do artigo 2º da, CRFB/1988⁴⁶, determinou-se que esses poderes desenvolveriam funções típicas e atípicas no desempenho de suas funções.

Vale ressaltar que o termo atípico está sendo empregado no sentido de excepcional, o que não significa que é uma atividade contrária ao Ordenamento Jurídico Brasileiro; pelo contrário: o exercício dessa função desempenhada pelos Poderes Executivo e Legislativo tem amparo constitucional.

O Poder Executivo, por exemplo, vai desenvolver funções atípicas/excepcional autorizado pelo artigo 41, § 1º, inciso II⁴⁷ da Constituição Federal de 1988.

Ao passo que o Poder Legislativo também está autorizado a desenvolver funções atípicas/excepcional amparado nos artigos 49, inciso X,⁴⁸ e 52, inciso I,⁴⁹ da Carta da República de 1988.

Assim, os textos acima deixam claro que a atividade jurisdicional também pode ser exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo no âmbito de suas respectivas competências. O

⁴⁶ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

⁴⁷ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

⁴⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁴⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - Processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

Poder Legislativo age nos casos de julgamento das contas do Presidente da República e em caso de *impeachment*.

Desse modo, percebe-se que a função jurisdicional, quando exercida pelo Estado, é uma atividade necessariamente não exclusiva do Poder Judiciário, cabendo, também, aos demais poderes aplicar o direito ao caso concreto.

Esses debates por mudanças no direito não ocorrem somente no Brasil. Portugal, por exemplo, foi o primeiro país na Europa a instituir a arbitragem no âmbito do direito tributário, seguido pelos Estados Unidos da América, o que mostra seu destaque no cenário internacional, e, sobretudo, nos países de língua portuguesa, que têm pretensão de instituir a arbitragem tributária⁵⁰.

Ao enfrentar a matéria, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

Esse cenário de persecução por meios alternativos não é exclusividade no sistema jurídico brasileiro, obviamente. Nomeadamente quanto à arbitragem em matéria tributária, tem-se, no direito português, uma fonte valiosa para o entendimento de algumas questões, no qual também são encontrados os fundamentos justificadores da quebra do monopólio estatal de jurisdição⁵¹.

Evidente a necessidade de quebrar de paradigma e, sobretudo, fomentar o emprego de métodos alternativos que impulsionem o desenvolvimento econômico e social do País, garantindo o acesso ao cidadão aos direitos e garantias fundamentais que foram instituídos na Constituição Federal de 1988.

1.1.1 Das características da lei de arbitragem no Brasil

⁵⁰ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 67.

⁵¹ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 55.

Efetivamente, a Lei n. 9.307/1996 ratifica a natureza jurisdicional da arbitragem, ao equiparar no artigo 31⁵² os efeitos da sentença arbitral semelhante às sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário⁵³.

As mudanças inseridas no instituto quando da instituição da Lei de Arbitragem transformaram inequivocamente o caráter jurisdicional da arbitragem ao anexar uma série de características.

Dessa maneira, o artigo 8^o⁵⁴, parágrafo único, anexou competência do árbitro para decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. O artigo 7^o⁵⁵ da Lei n.º 9.307/1996 anexou a obrigatoriedade do emprego da arbitragem caso as partes o tenham escolhido previamente.

O artigo 18⁵⁶ determinou que não há mais necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Judiciário. O artigo 31⁵⁷ ratifica que a sentença tem natureza de título executivo judicial. O artigo 32⁵⁸ trouxe rigor nos casos de anulação da sentença arbitral em juízo.

⁵²Lei 9307/1996, (...) Art. 31. 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. (BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁵³ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 15.

⁵⁴ Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. (BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁵⁵ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. (BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁵⁶Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. (BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁵⁷ Art. 31. 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. (BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁵⁸ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nula a convenção de arbitragem;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

Dessa forma, a arbitragem apresenta os principais atributos da atividade jurisdicional, o que ratifica sua natureza de equivalente jurisdicional.

O árbitro possui atributos e competência para empregar o direito nos casos concretos, o mérito da sentença arbitral não poderá ser discutido no Judiciário, caracterizando a substitutividade. A sentença arbitral ocasiona a coisa julgada, assim presente mais uma característica da arbitragem, que é a imutabilidade de suas decisões.

O procedimento na arbitragem somente terá início por meio dos litigantes, o que demonstra que o juízo arbitral também é inerte.

Assim, o juízo arbitral, ainda que seja externo ao Estado, se caracteriza como um equivalente jurisdicional e se mostra como mecanismo adequado de solução de apaziguamento social.

1.2 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

O artigo 3º⁵⁹ da Lei n.º 9.307/1996 dispõe que as pessoas interessadas poderão se sujeitar ao juízo arbitral na resolução de seus conflitos por meio da convenção de arbitragem, gêneros dos quais são espécies o compromisso arbitral e a cláusula compromissória. O primeiro acontece depois do surgimento do litígio; o segundo ocorre antes do conflito⁶⁰. Vale ressaltar que após ser convencionado entre as partes, o Poder Judiciário não pode mais ser invocado para a resolução do conflito.

Nesse contexto, Leonardo Carneiro assevera que: “(...) tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral produzem o chamado efeito vinculante, submetendo efetivamente as partes à arbitragem”⁶¹.

Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que: “na ausência de uma cláusula compromissória, qualquer das partes poderá recusar a arbitragem e recorrer

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁵⁹ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁶⁰ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 103.

⁶¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 667.

diretamente à jurisdição estatal.”⁶² Segundo os mencionados autores, na prática, é indispensável definir a cláusula compromissória e, as partes, ao fazê-la, devem ser tão rigorosas quanto possível⁶³.

Na cláusula compromissória as partes têm o dever de firmar o compromisso por escrito e inseri-lo no contrato, ou, ainda, por meio de um documento separado, desde que seja referenciado.

O artigo 8º⁶⁴ da Lei n.º 9.307/1996 dispõe sobre a autonomia da cláusula compromissória no tocante ao contrato. Assim, mesmo diante de uma nulidade ou qualquer vício no contrato não há, obrigatoriamente, nulidade da cláusula compromissória.

Independentemente da diferença conceitual existente entre as espécies de convenção de arbitragem, a verdade é que esta tem a incumbência de demarcar o alcance do litígio.⁶⁵

A Lei n.º 9.307/1996 apresenta duas espécies de compromisso arbitral: o judicial e o extrajudicial.⁶⁶ O primeiro refere-se a conflitos em andamento na justiça ordinária, cumprido por meio de termo nos autos onde estiver em tramitação a demanda, pode ser assinado por mandatário com poderes especiais ou pelas partes, conforme se depreende dos artigos 851⁶⁷ e 661, § 2º,⁶⁸ ambos do Código Civil.

Vale ressaltar que, após a realização do compromisso, as atribuições do magistrado são interrompidas, ficando a demanda sob responsabilidade dos árbitros, os quais decidirão o conflito.

⁶² BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 19.

⁶³ *Op. cit.* p. 19.

⁶⁴ Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. (BRASIL. Lei n.º 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁶⁵ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 104.

⁶⁶ Art. 9. 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.

§ 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. (BRASIL. Lei n.º 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁶⁷ Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. (BRASIL. Lei n.º 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁶⁸ Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 2º, o poder de transigir não importa o de firmar compromisso. (BRASIL. Lei n.º 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

No tocante à segunda espécie (extrajudicial), ocorre na ausência de processo, celebrado por meio de escritura pública ou particular sinalada pelos litigantes e por duas testemunhas.

Dessa forma, percebe-se que a vontade das partes confirmando seus desejos é requisito indispensável para a instituição da arbitragem, além da capacidade para decidir sobre seus atos.

Faz-se necessário que o pacto ocorra de forma escrita, ainda que estejam presentes testemunhas. A finalidade é afastar qualquer objeção acerca da real formalização da convenção. A Lei n.º 9.307/1996 ratifica essa afirmação nos artigos 4º, §§ 1º e 2º, 9º, §§ 1º e 2º,⁶⁹ respectivamente.

Essas medidas objetivam a proteção das partes a fim de prevenir que possíveis ilícitos ocorram na instituição da cláusula compromissória, invalidando sua instituição.

A situação parece ficar mais complicada quando se menciona a necessidade da exteriorização da convenção de arbitragem quando se trata de resolução de litígios envolvendo órgãos do Poder Público, em especial matéria de natureza tributária⁷⁰.

Ao comentar a matéria, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

Como já defendido, em caso de arbitragem tributária faz-se necessária expressa autorização legal que permita a pactuação da convenção de arbitragem; porém, surge a dúvida se está se efetivaria por meio de cláusula compromissória ou do compromisso arbitral⁷¹.

⁶⁹ Art. 4º, §§ 1º e 2º, art. 9º, §§ 1º e 2º, respectivamente, [...] 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.

§ 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 Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (BRASIL. Lei n.º 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

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.

§ 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. (BRASIL. Lei n.º 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁷⁰ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 48.

⁷¹ *Op. cit.* p. 104.

Na arbitragem tributária, seria indispensável expressa autorização legal para pactuação da convenção de arbitragem. Porém, existe dúvida se essa efetivação ocorreria por meio de cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

A arbitragem de natureza tributária de modo algum poderia ocorrer antes da existência do conflito, mas sim anteriormente à constituição do crédito tributário, por meio do lançamento e, no caso de instituição da arbitragem tributária, seria necessário estabelecer o compromisso arbitral com fundamentação legal instituída por lei, estabelecendo regras e procedimentos que estejam organizados e convencionados⁷².

Deve-se estabelecer na cláusula compromissória a lei admissível ao mérito, as regras do procedimento, o lugar da arbitragem, onde se pronunciará a decisão ou o laudo arbitral, a quantidade de árbitros e como se dará as respectivas nomeações, o idioma do procedimento e estipular prazo para imissão da sentença.

As partes podem convencionar pela aplicação da lei nacional de uma delas, bem como o local de execução das obrigações contratuais e, caso queiram, podem inclusive, escolher pela aplicação da lei de um terceiro País.

Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que “a escolha de uma lei diferente da do local onde se desenvolve a arbitragem pode trazer um complicador, qual seja a necessidade de análise das normas aplicáveis por meio de peritos-profissionais do direito”⁷³.

As partes podem convencionar pela aplicação aos seus contratos dos princípios UNIDROIT ou podem referir-se mais genericamente a Lex Mercatoria, ou podem ainda autorizar os árbitros a decidirem com base na equidade, atuando como “amiable compositeurs”⁷⁴. Vale ressaltar que a Lei n.º 9.307/1996, em seu artigo 11, inciso II,⁷⁵ autoriza esta opção⁷⁶.

⁷² OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 104- 105.

⁷³ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 19.

⁷⁴ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 19.

⁷⁵ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁷⁶ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 19.

No tocante às regras processuais disciplinadoras da arbitragem as partes podem optar pela arbitragem *ad hoc* e podem também escolher qualquer centro de arbitragem disponível, nesse caso adotarão suas respectivas normas internas⁷⁷.

O lugar do procedimento arbitral é extremamente relevante, sobretudo, em se tratando de contratos internacionais.

Nesse contexto Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que:

O local da arbitragem é importante de três pontos de vista: (i) a aplicação subsidiária da lei processual do local, em caso de omissão do regulamento de arbitragem; (ii) a competência dos tribunais locais para conceder medidas cautelares e incidentais; (iii) a exigência da lei brasileira de arbitragem, de homologação (antes pelo Superior Tribunal Federal, hoje pelo Superior Tribunal de Justiça) das sentenças arbitrais estrangeiras, assim consideradas aquelas proferidas fora do território nacional⁷⁸.

A escolha do local de emissão da sentença é definida na Lei n. 9.307/1996 e é exigência obrigatória para a validade do compromisso arbitral, conforme artigo 10, inciso IV.

No tocante ao número de árbitros e a forma de escolha, geralmente os centros de arbitragem admitem o julgamento por árbitro único ou por um tribunal arbitral composto por três árbitros.

A Lei n. 9.307/1996, no artigo 13º, § 1º⁷⁹, sinaliza pela escolha entre as partes de um ou mais árbitros admitindo sempre a composição em número ímpar, podendo ser superior a três⁸⁰. O § 4º⁸¹ do mesmo dispositivo dispõe que, sendo nomeados vários árbitros, a escolha do presidente do tribunal arbitral será feita pela maioria deles e, no caso de controvérsia, será designado como presidente o mais idoso.

⁷⁷ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 20.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 22.

⁷⁹ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁸⁰ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 22.

⁸¹ Art. 13 § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso. (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

A supracitada lei autoriza as partes, desde que em comum acordo, definir o processo de escolha dos árbitros ou aderir às regras de uma instituição arbitral ou entidade especializada, (nesse sentido ver o, artigo 13º, § 3º⁸² da Lei nº 9.307/1996).

A lei de arbitragem dispõe que quando as partes nomearem árbitros em número par estes poderão, desde logo, nomear mais um árbitro e, no caso de controvérsia, as partes poderão requerer pela intervenção do Poder Judiciário, que colocaria fim na controvérsia, artigo 13º, § 2º⁸³.

Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que:

Embora sejam conhecidas decisões de excelente qualidade proferidas por árbitro único, um tribunal de três árbitros estará, em princípio, melhor aparelhado para decidir sobre questões comerciais complexas, que normalmente exigirão a produção de grande quantidade de documentos, e diversas testemunhas⁸⁴.

No tocante ao prazo para a prolação da sentença, a Lei n. 9.307/1996 dispõe que na ausência de convenção das partes, o prazo para emissão da sentença será de 6 meses, conforme artigo 23, *caput*⁸⁵.

Vale ressaltar que a prolação da sentença arbitral fora do prazo é causa de nulidade da sentença, conforme a previsão do artigo 32, inciso VII⁸⁶, da lei brasileira de arbitragem. Assim, é necessário que as partes estabeleçam, na convenção de arbitragem, prazo realista para a emissão da sentença.

⁸²Art. 13 § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

(BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁸³ Art. 13 § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei. (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁸⁴ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 23.

⁸⁵ Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

⁸⁶ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e. (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

1.3 OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS O NCPC/2015 E O ACESSO À JUSTIÇA

Denominam-se ADRs (*alternative dispute resolutions*) o nascimento das técnicas alternativas de resolução de litígios, a conciliação, mediação e a arbitragem. Análise mais recente revela que tais mecanismos não seriam alternativos, mas, sim, integrados e constituiriam um padrão de sistema de justiça multiportas⁸⁷ denominado de métodos adequados de solução de conflitos – MASC.

Lídia Maria L. R. Ribas e Maria De Fátima Ribeiro asseveram que o, “Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de mecanismos aptos a assegurar a cada cidadão a confiança nas relações jurídicas⁸⁸”.

Esses mecanismos têm como objetivo ampliar as possibilidades para as pessoas resolverem seus litígios com maior celeridade, efetividade e qualidade e, assim, se desvencilharem da morosidade do Poder Judiciário, promovendo autonomia e reconhecimento das pessoas, que nessa sistemática são as verdadeiras protagonistas em um Estado Democrático de Direito.

Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que:

[...] foi exatamente para evitar os excessos de demanda existente no judiciário norte americano que surgiu novas técnicas ou métodos alternativos de resolução de litígios, conhecidos como ADR (*Alternative Dispute Resolution*)⁸⁹.

O emprego de um novo sistema de resolução de litígios, embora impulsionado pela crise da jurisdição tradicional de apaziguamento social, tem como objetivo, além de reduzir as

⁸⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 665.

⁸⁸ RIBAS, Lídia Maria L. R.; RIBEIRO, Maria De Fátima. Segurança jurídica: o processo administrativo tributário e a proteção da confiança. *ARGUMENTUM* - Revista de Direito n. 13 - 2012 – UNIMAR. P. 02.

⁸⁹ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 17.

demandas do Judiciário, prover qualidade, celeridade e efetividade, entre as partes, na resolutividade dos seus problemas⁹⁰.

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta alta taxa demanda e congestionamento, ocasionada pela morosidade na entrega da prestação jurisdicional⁹¹. Contudo, o emprego desses novos métodos de resolução de conflito não deve ser apresentado como solução imposta para eliminar a atuação estatal, que é indispensável no Estado Democrático de Direito, mas, sim, servir como reforço na resolução dos conflitos.

A proposta de evolução, pelo emprego desses mecanismos adequados de solução de conflitos, tem como objetivo essencial descongestionar as demandas no Poder Judiciário, assegurar a manutenção do interesse público, solucionar os graves problemas relacionados ao estoque fiscal e trazer segurança jurídica para essa relação.

A ineficiência no Brasil tornou-se um obstáculo difícil de ser rompido. Administração Pública, ao longo dos anos, tem apresentado graves problemas que comprometem a confiança nas instituições e na justiça⁹².

Nesse ambiente de insatisfação surge a procura por outros métodos adequados de solução de conflitos com vários encaminhamentos objetivando promover a resolução adequada dos conflitos. Assim, para cada situação apresentada existe um método próprio de resolução adequado.

Leonardo Carneiro Cunha confirma esse entendimento. Vejamos.

Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal⁹³.

Dessa forma, há os conflitos que seriam solucionados pela conciliação ou mediação, enquanto que outros alcançariam melhores resultados pela arbitragem. As partes para encontrar a melhor forma de resolver suas pendências seriam encaminhadas para aquele mecanismo que

⁹⁰ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 20.

⁹¹ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 401.

⁹² HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 148.

⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 665.

melhor se adequasse a seus respectivos conflitos e que seus pleitos fossem atendidos em tempo hábil, com alto índice de satisfação. Assim, o Poder Judiciário não seria mais um lugar de julgamento, mas sim um ambiente solução de disputas⁹⁴.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 instituiu uma série de dispositivos fomentando a adesão das práticas de conciliação, mediação e arbitragem como técnica eficiente na resolução dos conflitos.

Assim, ao iniciar o capítulo abordando as normas fundamentais, agrega orientações que informam de um padrão processual solidário, determinando que as partes processuais cooperem no curso do processo, devendo o magistrado assegurar o equilíbrio das partes e o contraditório.

O aludido Código apresenta a arbitragem como possibilidade de resolução de conflito, instituída pela vontade das partes, artigo 3, § 1º⁹⁵, do supracitado Código. Confirmando o projeto de instituição e promoção dos métodos consensuais de solução de conflitos como sendo um dos sustentáculos do processo civil no Brasil.

Alexandre da Silva de Oliveira e Liciane Barroso Guerra, asseveram que, “o Código de Processo Civil reforça o que explica a doutrina no §1º de seu Art. 3º, quando tornou permitida a arbitragem, na forma da lei”⁹⁶.

Leonardo Carneiro da Cunha declara que:

Efetivamente, caberá aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, estimular o uso da conciliação, da mediação e dos demais mecanismos consensuais de resolução de conflitos, sendo dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos⁹⁷.

Resta claro que o Estado terá que fomentar a adesão desses mecanismos alternativos de resolução de conflitos e os operadores do direito precisarão incentivar sua aplicabilidade. Essa situação vai requerer um empenho na capacitação de pessoal, espaço físico estruturado,

⁹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 664.

⁹⁵ § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. (BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 jul. 2020).

⁹⁶ GUERRA, Liciane Barroso; OLIVEIRA, Alexandre da Silva de. Arbitragem e a justiça em conflitos de ordem tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 2019, p. 54.

⁹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 680.

promoção de informações para a população e capacitação dos servidores do meio jurídico em geral⁹⁸.

Os meios alternativos de resolução de conflitos devem ser estimulados por todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os quais deverão proporcionar meios para efetivar essas técnicas.

Dessa forma, haverá formação e fortalecimento de um verdadeiro sistema de solução de conflitos composto pelo Judiciário e organizações públicas e privadas empenhadas no desenvolvimento da conciliação, da mediação e da arbitragem.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos deixam de ser alternativos e passam a compor um cenário efetivamente integrado de resolução de disputas e cooperação, com foco na solução dos conflitos e apaziguamento social⁹⁹.

O desígnio do processo não se restringe ao simples fato de acesso ao Judiciário e julgamento da lide, mas, sim, na solução do conflito com um olhar mais humanizado em todas as fases.

Com essa nova roupagem, o processo civil no Brasil ingressa no ciclo processual como espaço de conversa e procura das melhores alternativas na busca de solução do conflito.

Esses mecanismos adequados de resolução de conflitos estão classificados na terceira onda de acesso à justiça, exatamente pelo fato de proporcionarem um menor formalismo e maior aproximação das partes.

Os métodos de mediação e conciliação são procedimentos diferentes da arbitragem. A arbitragem é heterocompositiva: nela, o julgador resolve o processo, que lhe é sujeito, semelhantemente ao que ocorre no Judiciário.

Na mediação e na conciliação uma terceira pessoa é chamada não para sentenciar a lide, mas sim para servir de facilitadora entre os litigantes, visando que estes cheguem a um denominador comum; portanto, são técnicas de autocomposição.

Leonardo Carneiro Cunha assevera que:

[...] a mediação é a medida mais adequada aos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, a exemplo do que ocorre em matéria societária de direito de família, tendo em vista que o mediador não sugere qualquer solução para o conflito¹⁰⁰.

⁹⁸ *Op. cit.* p. 680.

⁹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 680.

¹⁰⁰ *Op. cit.* p. 682.

Fica a cargo do mediador promover meios para auxiliar as partes, para que elas possam alcançar, com independência, uma solução mútua na resolução da lide. Os litigantes, necessariamente, no momento da exposição de seus atos, devem estar livres de qualquer situação humilhante, vexatória ou constrangedora, confidenciando a direção invulnerada com serenidade e discrição das atividades de trabalhos, que têm como objetivo a autocomposição.

Não restam dúvidas acerca da relevância do emprego dos métodos alternativos de resolução de conflitos. O compromisso, na atualidade, parece ser pela inclusão e concretização da arbitragem no âmbito tributário para solucionar conflitos de natureza fiscal¹⁰¹.

1.4 CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E TRANSAÇÃO NO BRASIL

O CNJ, Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, que regula a política judiciária nacional de tratamento adequado dos litígios, considera a mediação, conciliação e a arbitragem como mecanismos legítimos de apaziguamento social.

A implementação e aplicabilidade desses mecanismos no Brasil efetivamente têm diminuído o excesso da judicialização dos litígios de interesses e reduzido uma quantidade expressiva de recursos e de execução de sentenças¹⁰².

A Resolução n. 125/2010 do supracitado conselho, em seu artigo 4º¹⁰³, dispõe que compete ao CNJ organizar programas objetivando pela promoção de ações de incentivo à autocomposição de conflito e de apaziguamento social.

Fernando Machado afirma que:

[...] a denominada pacificação social tem tomado lugar de destaque nas reflexões jurídicas contemporâneas, justamente pelas discursões do escopo da jurisdição, que no plano do dever-ser, representa o instrumento de resolução dos litígios advindos da sociedade¹⁰⁴.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 104-105.

¹⁰² CNJ. *Resolução n° 125/2010*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 04 jun. 2020.

¹⁰³ Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. (CNJ. *Resolução n° 125/2010*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 04 jul. 2020).

¹⁰⁴ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 95-96.

Na visão do autor essas mudanças estão relacionadas com a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e da sensação de perpetuidade das relações jurídicas, motivada pela enorme quantidade de recursos disponíveis na jurisdição estatal¹⁰⁵.

Para a efetivação e implementação desses serviços no âmbito do Poder Público devem ocorrer a centralização das estruturas judiciárias, a efetiva formação e treinamento dos servidores, e, sobretudo, o acompanhamento estatístico específico, devendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) auxiliar os tribunais na organização¹⁰⁶, podendo, no entanto, para o alcance desse objetivo, firmar parcerias com entidades ligadas ao Poder Público e com a iniciativa privada¹⁰⁷.

A instituição desses mecanismos tem como objetivo proporcionar meios de acesso na solução dos conflitos, considerando que no Brasil é alta a litigiosidade no âmbito do Poder Judiciário e que essa situação tem acarretado uma quantidade expressiva de demanda, intensificando um problema que já é gravoso¹⁰⁸.

Nesse ambiente de insegurança, na maioria das vezes, a solução encontrada pelos tribunais do País nem sempre é a mais eficaz e satisfatória para os litigantes, acarretando resultados indesejados.

Faz-se necessário promover estímulo e orientação às partes litigantes e à sociedade em geral para que possam solucionar seus conflitos através de outros métodos alternativos, tais como: a conciliação, transação, mediação e arbitragem, sempre buscando a aplicabilidade dessas ferramentas de maneira mais adequada na resolução de suas respectivas controvérsias.

A história tem mostrado, ao longo dos anos, que as transformações ocorridas na sociedade não implicam, necessariamente, o fim dos litígios, mas, sim, na necessidade de procura por mecanismos que se mostrem mais adequados com os avanços e complexidade desses conflitos¹⁰⁹, por ser a litigiosidade característica intrínseca do ser humano. Já afirmava o autor clássico do Leviatã, Thomas Hobbes (1588-1679), que "o homem é o lobo do homem"¹¹⁰.

¹⁰⁵ *Op. cit.* p. 96.

¹⁰⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 678.

¹⁰⁷ *Op. cit.* p. 678.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 17.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Bruno Basto de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 138.

¹¹⁰ FUKS, Rebeca. *Cultura Genial. Frase O homem é o lobo do homem*. Disponível em: <https://www.culturagenial.com/o-homem-e-lobo-do-homem/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Sálvio de Figueiredo Teixeira assevera que “o homem um animal político, cívico (zoon politikon), mais social que as abelhas e outros animais que vivem juntos”.¹¹¹ Danilo Garnica Simini, Lucas Pereira Araújo e Diego da Mota Borges asseveram que “é cediço que o convívio em sociedade gera inúmeros conflitos de interesse”¹¹².

Apesar dos avanços e transformações que ocorrem constantemente na sociedade, essa situação não contribuiu para a eliminação ou diminuição dos litígios. O que deve ocorrer é uma procura por mecanismos que se mostrem mais célere e eficaz na resolução de conflitos.

O Brasil tem, ao longo dos anos, fomentado e instituído ferramentas alternativas de resolução de litígios, objetivando proporcionar celeridade e eficácia para alta litigiosidade enfrentada pelo País.

Ministro Ricardo Lewandowski assevera que:

O novo CPC incentiva a conciliação e a mediação em substituição à litigiosidade, à essa cultura de conflituosidade que impera no País e que faz com que tenhamos mais de cem milhões de processos em tramitação¹¹³.

A Lei n.º 13.105/2015 tem como um de seus compromissos a resolução pacífica dos conflitos, tendo como um de seus atributos possibilitar significativa abertura para autonomia da vontade dos litigantes.¹¹⁴ Essas ferramentas, antes alternativas, passam a ser estimuladas pelo mencionado código.

O artigo 3º, § 2º¹¹⁵ incorpora dupla dimensão na persecução da resolução pacífica dos litígios, incumbindo ao Estado o encargo de buscar, sempre que possível, a solução consensual nos processos; enquanto que o § 3º¹¹⁶ do referido artigo atribui responsabilidade pelo fomento da cultura da autocomposição a todos os aplicadores do direito.

¹¹¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *BDJur.* p. 01.

¹¹² SIMINI, Danilo Garnica; ARAÚJO, Lucas Pereira; BORGES, Diego da Mota. Análise da conciliação em matéria tributária à luz da indisponibilidade do interesse público. *Nucleus*, v.12, n.1, abr.2015, p. 242.

¹¹³ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.062. Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux, p.205.

¹¹⁴ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 95-96.

¹¹⁵ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. (BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 10 set. 2020).

¹¹⁶ Art. 3º § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive

Fernando Machado declara que: “enquanto forma de resolução de conflitos, a autocomposição vem se destacando, sobretudo, pela considerável capacidade de realização eficaz do escopo da jurisdição”¹¹⁷.

A conciliação, transação, mediação e a arbitragem não devem ser encaradas somente como indicadores destinados a descomprimir os órgãos do Judiciário, e sim como mais uma opção adequada de solução de conflitos disponível para a sociedade.

Há conflitos que se desenvolvem com maior eficácia na mediação, outros que apresentam maior eficiência na conciliação, ao passo que outros são resolvidos mais satisfatoriamente pela arbitragem. E existem, ainda, os que são solucionados satisfatoriamente pela jurisdição estatal, ou seja, através do Judiciário.

Leonardo Carneiro da Cunha reforça esse entendimento ao afirmar que:

A mediação e a conciliação não devem ser encaradas como alternativas a quem não foi bafejado com as melhores condições de aguardar um desfecho demorado de um processo judicial. Constituem, na realidade, medidas aptas e adequadas a resolver conflitos em determinados casos. Há, efetivamente, casos que são mais bem resolvidos por esses meios¹¹⁸.

A mediação e a conciliação são mecanismos efetivos de resolução de conflitos e, portanto, instrumentos de apaziguamento social e contribuem na redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses¹¹⁹.

1.4.1 Da mediação e a Lei n. 13.140/2015

Com o movimento de acesso à justiça no Brasil, a partir da década de 70, a mediação começa a ganhar força, tendo apresentado excelentes exemplos originados da mediação

no curso do processo judicial. (BRASIL. *Lei n° 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10/09/2020).

¹¹⁷ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 42.

¹¹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em júzo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 682.

¹¹⁹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 52.

trabalhista e comunitária, com resultados significativos, seja na diminuição dos custos dos conflitos, seja na reparação das relações sociais das partes envolvidas¹²⁰.

Assim, no dia 26 de junho do ano de 2015 foi sancionada a Lei n. 13.140, objetivando dispor sobre mediação entre particulares como método de resolução de litígios, bem como sobre a auto composição de litígios no âmbito do Poder Público.

A mencionada lei trouxe algumas inovações, entre as quais pode-se destacar a) a permissão para os entes federativos criem câmara de prevenção e resolução administrativa dos litígios, objetivando o alcance dos acordos (nesse sentido vide o, artigo 32, incisos I¹²¹); b) a possibilidade do emprego da mediação para resolução dos litígios entre órgãos do Poder Público, bem como entre a Administração Pública e particulares (vide o inciso II¹²² do artigo 32, podendo inclusive ser feita à distância, desde que pactuado entre as partes, conforme previsto, no artigo 46¹²³ da mencionada lei).

A referida lei dispõe como objetos da mediação direitos disponíveis ou indisponíveis, desde que admitam transação e impõe como exigência a participação do Ministério Público para que ocorra a homologação, que deve ser realizada em juízo (vide o, artigo 3º, § 2º¹²⁴).

¹²⁰ VITA, Jonathan Barros; BUFFON, Marciano (coordenadores). *Direito tributário e financeiro I [Recurso eletrônico on-line]*. Organização CONPEDI/ UNISINOS: Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 148.

¹²¹ Lei 13.140/2015, (...), 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; (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹²² Lei 13.140/2015, (...), 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; (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹²³ Lei 13.140/2015, (...), Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹²⁴ Lei 13.140/2015, (...), Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

Ademais, o procedimento na mediação pode ocorrer somente para solucionar parte do litígio, não necessariamente sua integralidade (nesse sentido, vide o § 1º¹²⁵ do artigo 3º).

Outro destaque é a possibilidade, desde que esteja pactuado na cláusula de mediação, das partes comparecerem à primeira reunião de mediação (conforme previsto no, artigo 2º, § 1º¹²⁶).

O mediador poderá ser extrajudicial ou judicial. Sendo o primeiro qualquer pessoa capaz que goze de confiança das partes e seja capacitada para mediação, independentemente de ser membro de associação, conselho ou entidade de classe (vide o, artigo 9º¹²⁷ da Lei n. 13.140/2015).

Dessa forma, o mediador poderá ser escolhido pelas partes ou designado pelo Tribunal, devendo conduzir o procedimento de comunicação entre os litigantes, procurando o entendimento e o consenso e facilitando a solução do litígio (nesse sentido, vide o artigo 4º, § 1º¹²⁸ da Lei n. 13.140/2015).

Já o mediador judicial deve ser pessoa capaz, graduada no mínimo há dois anos em curso reconhecido de ensino superior e que tenha obtido capacitação pelos tribunais, escola ou instituição de formação de mediadores, aprovada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (conforme previsto no, artigo 11º¹²⁹ da citada lei).

¹²⁵ Lei 13.140/2015, (...), § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹²⁶ Lei 13.140/2015, (...), Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹²⁷ Lei 13.140/2015, (...), 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. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹²⁸ Lei 13.140/2015, (...), Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹²⁹ Lei 13.140/2015, (...), 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. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

Vale destacar que se aplicam aos profissionais de mediação as mesmas regras de impedimento e suspeição dos magistrados, além das elencadas nos artigos 6º¹³⁰ e 7º¹³¹ da Lei de Mediação. E o mediador e todos os que assessoram no procedimento de mediação são equiparados a servidores públicos, quando no exercício de suas funções (conforme o, artigo 8º¹³² do mesmo diploma legal).

Vale ressaltar que, ainda que exista procedimento arbitral ou judicial em curso, os litigantes ainda poderão submeter-se ao procedimento de mediação, razão pela qual devem solicitar ao magistrado ou árbitro a suspensão do procedimento por período necessário para a resolução consensual do conflito, artigo 16 da Lei de Mediação.

Contudo, a suspensão do procedimento não inviabiliza a concessão de medidas de urgência pelo árbitro ou magistrado (segundo a previsão do, § 2º¹³³, do artigo 16), bem como da decisão que o suspendeu não será passível de recurso (nos termos do art. 16, § 1º¹³⁴). E enquanto transcorrer a mediação ficará suspenso o prazo prescricional, o qual será contado a partir da data da primeira reunião (segundo previsão do artigo 17, parágrafo único¹³⁵).

¹³⁰ Lei 13.140/2015, (...), Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹³¹ Lei 13.140/2015, (...), Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹³² Lei 13.140/2015, (...), Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹³³ Lei 13.140/2015, (...), 16, § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹³⁴ Lei 13.140/2015, (...), Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecurável a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹³⁵ Lei 13.140/2015, (...), Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

O profissional de mediação pode reunir-se com os litigantes, separadamente ou em conjunto, e ainda solicitar informações que entender como pertinentes e necessárias, objetivando facilitar o diálogo entre as partes (nesse sentido vide o, artigo 19^o¹³⁶ da Lei de Mediação). Para Elon Kaleb Ribas Volpi, o mediador “não cabe impor, ou sequer propor, uma resposta, por isso ela é considerada uma forma de autocomposição¹³⁷”.

Assim, mediação pode ser entendida como método de resolução de litígios que consiste na inserção de uma terceira pessoa imparcial para auxiliar as partes a encontrarem um fim para suas controvérsias.

Nesse contexto, Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que:

[...] trata-se, porém, de função de mero aconselhamento, não tendo os mediadores qualquer poder decisório e frustrada a mediação, nada impede que qualquer das partes se dirija ao Poder Judiciário¹³⁸.

A mediação, conciliação e a transação são métodos de autocomposição e não se confundem com a arbitragem, que é um método heterocompositivo de resolução de litígios.

A mediação é a técnica mais apropriada nos conflitos onde exista vínculo anteriormente entre as partes, conforme dispõe o artigo 165, § 3^o¹³⁹ do CPC/2015. Eis como exemplo: nos conflitos envolvendo matéria societária e direito de família.

O profissional de mediação não apresenta nenhuma solução para os litigantes, sua função é somente auxiliá-los na compreensão do problema e dos interesses em discussão, fazendo com que os próprios litigantes, pelo restabelecimento da comunicação, identifiquem, autonomamente, os meios consensuais que acarretem vantagens para ambas as partes¹⁴⁰.

¹³⁶ Lei 13.140/2015, (...), Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas. (BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹³⁷ VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na justiça federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. Revista da PGFN, p. 142.

¹³⁸ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 15.

¹³⁹ Art. 165 § 3^o O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹⁴⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 682.

1.4.2 Da conciliação

A conciliação incorpora a política de resolução consensual de conflitos incentivada pela Lei n. 13.105/2015, por ser parte do projeto a ser desenvolvido pelos centros de resolução consensual de litígios, que devem ser criados pelos tribunais, sem prejuízo do fomento a programas destinados auxiliar, orientar e estimular a autocomposição¹⁴¹.

O método conciliatório é uma política legitimada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a instituição do Movimento pela Conciliação em agosto de 2006. Desde então o mencionado Conselho promove as denominadas Semanas Nacionais pela Conciliação, oportunidade em que os tribunais são incentivados a promover acordos.

Por meio da Resolução n. 125/2010 do citado Conselho foram instituídos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, bem como os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, (CEJUSCs) e (NUPEMEC), respectivamente, os quais têm como objetivo o fortalecimento e estruturação das unidades atendimento conciliatório.

Segundo dados levantados no *Relatório Justiça em Números*, no final de 2017, na Justiça Estadual, existiam 982 CEJUSCs instalados, esse número tem aumentado todos os anos¹⁴². No ano de 2014 eram apenas 362, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros¹⁴³. No ano de 2016 o número de unidades era 808 e saltou para 982 em 2017¹⁴⁴.

No ano de 2017 foram realizadas 12,1% de sentenças homologatórias e acordos, números que têm crescido, considerando que em 2015 e 2016 esses números eram de 11,1% e 11,9%, respectivamente¹⁴⁵.

Em 2017, na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo apresentavam 6,0%, e na fase de conhecimento 17,0%¹⁴⁶. E a Justiça Trabalhista é a que mais faz conciliação:

¹⁴¹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 49.

¹⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

¹⁴³ *Op. cit.*

¹⁴⁴ *Op. cit.*

¹⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

¹⁴⁶ *Op. cit.*

solucionou 25% de seus processos através de acordo, sendo que esse percentual aumentou para 38%, quando leva em consideração apenas a fase de conhecimento de primeiro grau¹⁴⁷.

O TRT23 foi o tribunal que teve maior índice de conciliação, com 31% de sentenças homologatórias de acordo¹⁴⁸. E considerando somente a fase de conhecimento do 1º grau, o maior percentual é apresentado no TRT9, com 49%¹⁴⁹.

Nos juizados especiais, na fase de conhecimento, o índice de conciliação foi de 16%, sendo 10% na Justiça Federal e 18% na Estadual.¹⁵⁰ No 1º grau, a conciliação obteve 13,8%. E praticamente inexistente no 2º grau, com índices muito baixos em todos os segmentos da justiça¹⁵¹.

No ano de 2017, as sentenças homologatórias de acordo obtiveram um percentual de 0,7% do total de processos julgados e o TJPA foi o tribunal que apresentou alto índice de acordos no 2º grau 18,1%¹⁵².

Assim, a conciliação consiste em um negócio jurídico de natureza processual, envolvendo direitos disponíveis, onde as partes, provocadas pelo juiz, realizam a autocomposição da controvérsia, ajuizada por uma das partes e submetida à apreciação do Judiciário.

Vale destacar que, além do juiz, poderá essa função ser atribuída a um conciliador judicial, reconhecido como auxiliar da justiça, conforme previsão do caput do artigo 149¹⁵³, do CPC/2015, na medida em que auxiliando as partes proporá soluções alternativas, orientando o diálogo entre as partes¹⁵⁴.

Dessa forma, o conciliador deve operar, preferencialmente, nas controvérsias, onde não exista afinidade entre as partes, conforme se depreende do artigo 165, § 2º¹⁵⁵ do CPC/2015. Eis

¹⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

¹⁴⁸ *Op. cit.*

¹⁴⁹ *Op. cit.*

¹⁵⁰ *Op. cit.*

¹⁵¹ *Op. cit.*

¹⁵² *Op. cit.*

¹⁵³ Código de Processo Civil. (...), art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias. (BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10/09/2020.

¹⁵⁴ *Op. cit.* p. 51.

¹⁵⁵ Art. 165 § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer

como exemplo: nos casos de incidentes envolvendo veículo automotor ou em situações que envolvam danos extrapatrimoniais, em geral.

O profissional de conciliação pode recomendar alternativas para uma eventual resolução do conflito, não sendo admitido o emprego de qualquer situação constrangedora e intimidatória para que as partes cheguem a um consenso.

Corroborando com esse posicionamento, Leonardo Carneiro da Cunha declara que:

O CPC prevê, em seu art. 166, que ‘a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada’¹⁵⁶.

O princípio da confidencialidade também merece ser evidenciado. Os litigantes necessitam estar à vontade para externalizar seus problemas, objetivos e perspectivas. Indispensável que as partes gozem de uma confiança segura no profissional de mediação e conciliação.

A confidencialidade, insculpida no § 1º do artigo 166¹⁵⁷ do CPC/2015, abrange todos os relatos realizados no curso do processo e seu conteúdo jamais poderá ser objeto de fins diversos daqueles previstos por expressa deliberação dos litigantes.

O profissional de conciliação tem obrigação de sigilo, não podendo divulgar ou depor em juízo, seja na condição de parte ou como testemunha, sobre o que foi confessado/declarado nas sessões feitas com os litigantes. O dever de sigilo estende-se, inclusive, aos integrantes das equipes dos conciliadores¹⁵⁸.

Os profissionais de conciliação devem desenvolver suas atividades com independência, zelando sempre pelo bom desempenho de suas funções e respeitando o princípio da autonomia da vontade das partes.

tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹⁵⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 682.

¹⁵⁷ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. (BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10/09/2020.

¹⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 683.

O artigo 165¹⁵⁹ do CPC/2015 dispõe que os tribunais devem proporcionar locais adequados para a resolução consensual dos litígios. Conforme já mencionado, tais locais são centros voltados para a solução de conflitos e serão encarregados das audiências de conciliação e mediação, incumbidos também de promover o desenvolvimento de programas que tenham como objetivo o auxílio, orientação e estímulo à autocomposição¹⁶⁰.

Importante destacar que com a instituição da Lei n. 13.105/2015, ocorreu um significativo direcionamento no sistema jurídico processual no sentido de fomentar o emprego dos meios adequados de resolução de conflitos, com uma crescente valorização da utilização da mediação, conciliação e arbitragem, conforme já mencionado.

Para Fernando Machado, o “ Código de Processo Civil de 2015, atendendo a excessiva judicialização de demandas e da morosidade da prestação jurisdicional, atentou para a mediação e outros métodos de resolução consensual dos conflitos”¹⁶¹.

O aludido Código apresenta em seu artigo 334¹⁶² a oportunidade da ocorrência da realização da audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias, antes da manifestação do réu.

Esse procedimento é exclusivo para que ocorra a solução pacífica da controvérsia, sendo dispensado em caso de manifestação expressa das partes. Caso uma das partes demonstre interesse na audiência de conciliação, esta será designada prevalecendo a vontade da parte interessada¹⁶³.

Assim, os métodos alternativos de resolução de conflitos são apresentados, dentro da sistemática processual, como de grande relevância, por se mostram mais adequados, baratos e, sobretudo, eficientes.

¹⁵⁹ Art. 165 Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹⁶⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁶¹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 48.

¹⁶² Código de Processo Civil. (...), art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10/09/2020.

¹⁶³ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 48.

Fernando Machado declara que “tais meios evitam a substituição autoritária da vontade privada pela decisão pelo Estado-juiz, privilegiando o bom-senso das partes e contribuindo para a pacificação social”¹⁶⁴.

Essas inovações demonstram uma preocupação do legislador em definir orientações para superar a cultura demandante, retirando o sentimento de primazia do jurisdicionado no País, pela sentença de mérito¹⁶⁵.

O artigo 174, incisos de I a III¹⁶⁶ do CPC/2015, incentiva a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem câmaras de mediação e conciliação, objetivando dirimir, avaliar e promover a resolução de litígios envolvendo os órgãos e entidades ligados ao Poder Público.

Essa inovação legislativa serviu de parâmetro para a instituição da Lei n. 13.129/2015, com autorização expressa para a participação da Administração Pública na seara arbitral desde que o direito seja patrimonial e disponível.

Dessa forma, as câmaras podem ajudar na resolução dos litígios em quando órgãos ligados ao Poder Público forem partes do processo arbitral, inclusive na resolução dos conflitos no âmbito interno da própria Administração Pública.

14.3 Da transação e a Lei n. 13.988/2020

Outro destaque previsto no direito brasileiro é a transação, que consiste no método de pacificação de litígios e tem como efeito processual a extinção do litígio com resolução de mérito (nos termos da alínea b do artigo 487¹⁶⁷ do CPC/2015 porque, conforme a previsão dos

¹⁶⁴ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 48.

¹⁶⁵ *Op. cit.* p. 173.

¹⁶⁶ Código de Processo Civil. (...), art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10 set. 2020).

¹⁶⁷ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

b) a transação; (BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 set. 2020).

incisos I e II¹⁶⁸, do artigo 515 do CPC/2015, a decisão homologatória da transação é um título executivo judicial.

A transação pode ser judicial, quando ocorre no curso do processo, ou extrajudicial, antes da instauração da ação. Tem como objetivo resolver as controvérsias, possibilitando a antecipação da satisfação anteposta pelos litigantes, ou pode impedir que seja instaurada a ação¹⁶⁹.

Admite-se, a princípio, nas controvérsias possíveis de transação, a realização de acordos envolvendo direitos que, em tese, sejam indisponíveis. E que não poderiam ser objetos de controversas em matéria tributária, na medida em que versem sobre o interesse público.

Para Fernando Machado,

[...] o argumento de impossibilidade de transação em demandas que versem sobre o interesse público torna-se insubsistente, pois até mesmo o direito penal a permite, quando o resultado prático da sentença condenatória for mais prejudicial que o próprio interesse protegido pela persecução criminal¹⁷⁰.

Segundo o autor, “permite-se a transação, sem se discutir a inegável natureza indisponível do direito do menor nas ações de alimentos”¹⁷¹.

Na visão de Bruno Bastos de Oliveira, “há expressa previsão legislativa para que seja utilizada a transação em controvérsias tributárias no art. 171 do CTN, na medida em que é colocada como causa extintiva do crédito tributário”¹⁷².

Assim, não vigora no sistema atual a impossibilidade de o Poder Público e o contribuinte, através de concessão mútuas, atingirem um consenso acerca do crédito tributário devido¹⁷³.

¹⁶⁸ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; (BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 set. 2020).

¹⁶⁹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 173.

¹⁷⁰ *Op. cit.* p. 92.

¹⁷¹ *Op. cit.*, p. 93.

¹⁷² OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 140.

¹⁷³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 140

Ademais, foi instituída a Lei n. 13.988/2020 que dispõe sobre a transação tributária na esfera federal estabelecendo as hipóteses de ocorrências. O artigo 2º, incisos de I a III¹⁷⁴, da referida legislação estabelece duas modalidades de transação, a individual ou por adesão. A primeira compreende problemas específicos analisados em relação a determinados contribuintes em processos administrativos ou judiciais¹⁷⁵.

A segunda atinge problemas jurídicos e fáticos análogos, onde os critérios são antes determinados pela administração tributária, com destaque especial nas controvérsias envolvendo pequeno valor¹⁷⁶. Vale ressaltar que o alcance da transação é bem amplo, sendo facultada no contencioso judicial, administrativo e na fase de execução fiscal.

O artigo 1º, § 4º, inciso I¹⁷⁷ da Lei de n. 13.988/2020 dispõe acerca da viabilidade de transacionar créditos tributários não judicializados que estejam sob a administração da Secretaria Especial da Receita Federal.

O artigo 23, incisos I e II¹⁷⁸, da Lei n. 13.988/2020 viabiliza a transação na controvérsia fiscal por adesão na esfera administrativa no valor de até 60 (sessenta) salários mínimos, com

¹⁷⁴ Lei 13.988/2020. (...), Art. 2º Para fins desta Lei, são modalidades de transação as realizadas:

I - por proposta individual ou por adesão, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, ou na cobrança de créditos que seja competência da Procuradoria-Geral da União;

II - por adesão, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário; e

III - por adesão, no contencioso tributário de pequeno valor. (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

¹⁷⁵ ADAMS, Luís Inácio. Conjur. Opinião. Lei de transação tributária deve ser comemorada, mas ainda há muito a caminhar. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/luis-inacio-adams-lei-transacao-tributaria>>. Acesso em 20 set. 2020).

¹⁷⁶ *Op. cit.*.

¹⁷⁷ ¹⁷⁷ Lei 13.988/2020 (...), art. 1º Esta Lei estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

§ 4º Aplica-se o disposto nesta Lei:

I - aos créditos tributários não judicializados sob a administração da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

¹⁷⁸ Lei 13.988/2020 (...), art. 23. Observados os princípios da racionalidade, da economicidade e da eficiência, ato do Ministro de Estado da Economia regulamentará:

I - o contencioso administrativo fiscal de pequeno valor, assim considerado aquele cujo lançamento fiscal ou controvérsia não supere 60 (sessenta) salários mínimos; (Vigência).

possibilidade de concessão de desconto de até 50% (cinquenta por cento) do montante do crédito, obedecendo o prazo máximo de quitação de 60 (sessenta) meses (nesse sentido vide o, artigo 25, I e II¹⁷⁹ da referida legislação).

Vale ressaltar que nos casos de transação envolvendo pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte, a concessão de descontos pode alcançar o limite de 70%, ampliando o prazo de quitação para até 145 (cento e quarenta e cinco) meses – nos termos do, - artigo 11, §3º¹⁸⁰, da mencionada lei.

O artigo 5º, incisos I, II alíneas “a” e “b” e III¹⁸¹, da supracitada lei, dispõe acerca das vedações à concessão da transação tributária que reduza multas de natureza penal; autorize descontos de créditos relativos a Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, na ausência de lei complementar; e relacionadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), enquanto não autorizado pelo seu Conselho Curador.

II - a adoção de métodos alternativos de solução de litígio, inclusive transação, envolvendo processos de pequeno valor. (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

¹⁷⁹ Lei 13.988/2020 (...), art. 25. A transação de que trata este Capítulo poderá contemplar os seguintes benefícios:

I - concessão de descontos, observado o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do valor total do crédito;

II - oferecimento de prazos e formas de pagamento especiais, incluídos o diferimento e a moratória, obedecido o prazo máximo de quitação de 60 (sessenta) meses; (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

¹⁸⁰ Lei 13.988/2020 (...), art. 11. A transação poderá contemplar os seguintes benefícios:

§ 3º Na hipótese de transação que envolva pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte, a redução máxima de que trata o inciso II do § 2º deste artigo será de até 70% (setenta por cento), ampliando-se o prazo máximo de quitação para até 145 (cento e quarenta e cinco) meses, respeitado o disposto no § 11 do art. 195 da Constituição Federal. (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

¹⁸¹ Lei 13.988/2020 (...), art. 5º É vedada a transação que:

I - reduza multas de natureza penal;

II - conceda descontos a créditos relativos ao:

a) Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), enquanto não editada lei complementar autorizativa;

b) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), enquanto não autorizado pelo seu Conselho Curador;

III - envolva devedor contumaz, conforme definido em lei específica. (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

Vale destacar que a proposta de transação e sua eventual adesão por parte do devedor, prevista no artigo 7º¹⁸² da lei em comento, não autoriza a restituição ou a compensação de valores pagos, compensados ou incluídos em parcelamentos admitidos antes da celebração do respectivo termo bem como o requerimento pela adesão, disposto no artigo 19, §5º¹⁸³ da referida legislação, não suspende a exigibilidade dos créditos tributários definitivamente constituídos aos quais se refira.

A Lei 13.988/2020, em seu artigo 28¹⁸⁴, inseriu o artigo 19-E na Lei n. 10.522/2002, que dispõe que, em caso de empate no julgamento de processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o artigo 25, § 9º¹⁸⁵, do Decreto n. 70.235/1972, resolvendo a controvérsia favoravelmente ao contribuinte, sem necessidade do voto de desempate. Vale ressaltar que o Decreto n. 70.235/1972 dispõe que o voto de desempate deve ser dado pelo representante do Estado.

É forçoso evidenciar a importância da instituição dessa legislação. Contudo, vale ressaltar que a transação tributária não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em

¹⁸² Lei 13.988/2020 (...), art. 7º A proposta de transação e a sua eventual adesão por parte do sujeito passivo ou devedor não autorizam a restituição ou a compensação de importâncias pagas, compensadas ou incluídas em parcelamentos pelos quais tenham optado antes da celebração do respectivo termo. (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

¹⁸³ Lei 13.988/2020 (...), art. 19. Atendidas as condições estabelecidas no edital, o sujeito passivo da obrigação tributária poderá solicitar sua adesão à transação, observado o procedimento estabelecido em ato do Ministro de Estado da Economia.

§ 5º A apresentação da solicitação de adesão não suspende a exigibilidade dos créditos tributários definitivamente constituídos aos quais se refira. (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

¹⁸⁴ Lei 13.988. (...) Art. 28. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 19-E:

“Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte.” (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 30 set. 2020).

¹⁸⁵ Decreto nº 70.235/1972. Art. 25, § 9º Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009). (BRASIL. *Decreto nº 70.235/1972*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm. Acesso em: 10 set. 2020).

vista as hipóteses previstas os artigos 156, inciso III¹⁸⁶ e 171¹⁸⁷, ambos do CTN como causas extintivas do crédito tributário¹⁸⁸.

Contudo, as mudanças inseridas na Lei n. 13.988/2020 se harmoniza com as transformações constantes na sociedade e apresenta uma postura mais aberta no tocante à possibilidade de transação em seu bojo.

1.5 ARBITRABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Conforme já mencionado, a Lei de Arbitragem determina que somente será possível figurar como parte da arbitragem pessoas que sejam capazes de contratar no tocante a direitos patrimoniais possíveis de transações.

Assim, são apresentadas duas exigências como condições para a arbitragem: que o direito seja patrimonial e disponível e que as partes apresentem capacidade de fato ou de exercício.

Compreende-se como arbitrabilidade a peculiaridade de um determinado caso específico que permita constatar se o litígio que se apresenta pode ser solucionado pela arbitragem, considerando que nem todos os conflitos são passíveis de resolutividade pela via arbitral, devendo esta determinação, via de regra, ser instituída por lei, como ocorreu no direito em Portugal¹⁸⁹.

Passou-se a compreender que arbitrabilidade é requisito necessário para que seja instituída a arbitragem e classificou-se como sendo objetiva e subjetiva.

¹⁸⁶Lei nº 5.172/1966. (...), Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

III - a transação;

(BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 11 de set. 2020).

¹⁸⁷ Lei nº 5.172/1966. (...) Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário. (BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 11 de set. 2020).

¹⁸⁸ ADAMS, Luís Inácio. Conjur. Opinião. Lei de transação tributária deve ser comemorada, mas ainda há muito a caminhar. Revista *Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/luis-inacio-adams-lei-transacao-tributaria>>. Acesso em 20 set. 2020, p. 115.

¹⁸⁹ ADAMS, Luís Inácio. Conjur. Opinião. Lei de transação tributária deve ser comemorada, mas ainda há muito a caminhar. Revista *Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/luis-inacio-adams-lei-transacao-tributaria>>. Acesso em 20 set. 2020, p. 114.

Esses requisitos são adequados para determinar as pessoas e o conflito que podem ser submetidos ao juízo arbitral e pela arbitrabilidade subjetiva se identificam as pessoas que podem ser parte na arbitragem.

O legislador originário se utiliza da expressão “pessoas capazes”. A expressão empregada não inclui as entidades desprovidas de personalidade. Assim, as sociedades de fato, o espólio e o condomínio, por exemplo, em que pesem serem entes despersonalizados, contudo gozam de capacidade¹⁹⁰.

Ao abordar o tema, Leonardo Carneiro Cunha confirma o exposto ao afirmar que:

Não são poucos os doutrinadores que consideram a capacidade como a nota definidora do conceito jurídico de pessoa. Com efeito, para muitos, o direito, ao se referir a ‘pessoa’, não utiliza o sentido ético da palavra, identificando-a com a capacidade jurídica. Por isso, a quem se confere personalidade, outorga-se igualmente capacidade jurídica¹⁹¹.

As pessoas dotadas de personalidade têm, por esse motivo, a faculdade jurídica. É exatamente por isso que o artigo 1º¹⁹² do Código Civil de 2002 preconiza que todas as pessoas são capazes de contrair direitos e deveres na ordem civil.

A personalidade não se assemelha à capacidade. Ainda que se declare que a capacidade seja um ingrediente da personalidade, não é verdade que sempre que haja capacidade seja obrigatório existir, forçosamente, personalidade¹⁹³.

Assim, se esses entes são portadores de capacidade jurídica, podendo obter direitos e avocarem obrigações, bem como podem, ainda, compor o polo ativo ou passivo em processo judicial, não pode haver razão para que se lhes imponha qualquer obstrução ao acesso à arbitragem, inclusive em matéria tributária.

¹⁹⁰ ADAMS, Luís Inácio. Conjur. Opinião. Lei de transação tributária deve ser comemorada, mas ainda há muito a caminhar. Revista *Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/luis-inacio-adams-lei-transacao-tributaria>>. Acesso em 20 set. 2020, p. 672.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 671.

¹⁹² Artigo 1º, *caput* [...] toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. (BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 672.

No tocante ao dogma da disponibilidade do crédito tributário faz-se imperioso destacar que não existe vedação expressa na Constituição Federal de 1988 para a instituição da arbitragem tributária.

Nesse contexto Bruno Bastos salienta que “ademais, o artigo 3º¹⁹⁴ do CTN apresenta o conceito de tributo, destacando que a atividade administrativa é plenamente vinculada, o que faz com que muitos entendam pela indisponibilidade do crédito tributário”¹⁹⁵. O autor ainda sustenta que o interesse do Estado, na forma absoluta, não é, forçosamente, o interesse da sociedade¹⁹⁶.

Para Rinaldo Braga “o conceito de tributo é um tema que se confunde com a própria essência do Direito Tributário.”¹⁹⁷

Assim, o dispositivo mencionado relata que indisponível é a atividade de arrecadação, fiscalização e de lançamento do crédito tributário¹⁹⁸. Vale destacar, ainda, que o CTN tem previsão expressa para anistia, transação, remissão ou parcelamento do crédito tributário,

¹⁹⁴ Artigo 3º. [...] tributo é 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. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

¹⁹⁵ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 144.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, p. 145.

¹⁹⁷ BRAGA, Rinaldo. Ainda um conceito constitucional de tributo? Uma análise a partir da lógica. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 2020, p. 254.

¹⁹⁸ *Op. cit.*, p. 145.

conforme se depreende dos seus artigos 151¹⁹⁹, 156²⁰⁰, 171²⁰¹ e 180²⁰². A escolha pela arbitragem tributária não é sinônimo de renúncia ao crédito tributário.

Leonardo Rocha Hammoud assevera que:

A realidade complexa das demandas tributárias em um mundo globalizado, com a população em constante crescimento, num Estado que nunca está suficientemente equipado para atendê-las, torna urgente encontrar vias alternativas para a solução das pendências e do insucesso arrecadatário²⁰³.

Assim, considerando as mudanças do mundo globalizado, que está em constante desenvolvimento, faz-se indispensável buscar mecanismos alternativos para solucionar as pendências do insucesso na arrecadação fiscal.

¹⁹⁹ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001) (BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 11 set. 2020).

²⁰⁰ Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001) (Vide Lei nº 13.259, de 2016) (BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 11 set. 2020).

²⁰¹ Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário. BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 11 set. 2020).

²⁰² Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando. (BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 11 set. 2020).

²⁰³ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 142.

Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que “além disso, como um dos efeitos da globalização da economia existe a tendência, sempre crescente, de adoção de cláusulas – padrão nos contratos”²⁰⁴.

A ineficiência da Administração Pública, especialmente a relacionada com o recolhimento tributário, traz reflexos negativos para toda a sociedade, que precisa da presença de um Estado forte e capaz de promover políticas públicas viáveis para efetivação de direitos constitucionais expressos na CRFB/1988.

A solução dos conflitos que ocorrem no seio da sociedade não é matéria reservada, de forma absoluta, ao Poder Judiciário. Faz-se indispensável que ocorra uma ruptura com o sistema atual e, sobretudo que ocorram mudanças na cultura enraizada da litigiosidade, marcante no País, que acaba por afetar o contribuinte e o Fisco, criando barreiras na arrecadação²⁰⁵.

Nesse contexto Leonardo Rocha Hammoud, alerta que: “(...) afinal, não é pertinente ficar aguardando a piora do sistema tributário em seu sentido holístico quando se vislumbra meios para se buscar uma justiça melhor”²⁰⁶.

Assim, faz-se necessário abandonar o modelo de comportamento agressivo da litigiosidade e adotar o novo modelo da consensualidade e purificar as relações entre contribuintes e Fisco, almejando um objetivo maior que é uma arrecadação eficiente seguidas de políticas eficientes que sejam capazes de garantir os direitos fundamentais e sociais do povo brasileiro.

1.6 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

Especificamente, interpreta-se equivocadamente que o Estado tem exclusividade e incumbência na prestação jurisdicional e representa as pessoas na resolução dos litígios que os circunda, aplicando o direito material por meio do processo.

²⁰⁴ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 15.

²⁰⁵ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 142-143.

²⁰⁶ *Op. cit.* p. 143.

A conclusão teórica que reputa a jurisdição exclusiva do Estado tem como fundamento o artigo 5.º, XXXV, da CRFB/1988²⁰⁷, dispositivo jurídico da inafastabilidade da defesa jurisdicional exercida pelo Estado por meio do Poder Judiciário.

Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama asseveram que “no curso das discussões sobre a constitucionalidade da Lei da Arbitragem, muito se falou de suposta usurpação do poder jurisdicional do Estado”.²⁰⁸

Efetivamente, o juízo arbitral é considerado como um equivalente jurisdicional, exercido de forma externa ao âmbito estatal, com previsão constitucional expressa no artigo 3º, § 1º do CPC/2015²⁰⁹, desde que as pessoas sejam capazes de pactuar e a controvérsia verse sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A escolha pelo juízo arbitral pode ser útil para as pessoas e pode afastar prejuízos ou atrasos na resolução de seus conflitos. As partes são livres para conciliar e pactuar motivadas pelo princípio da autonomia da vontade e estatuir pela resolução de suas controvérsias por meio da arbitragem.

Sem dúvida a instituição da Lei n. 9.307/1996 se apresenta como um dos principais marcos legislativos para o reconhecimento e crescimento da arbitragem no Brasil.

Declarada constitucional, no julgamento proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206)²¹⁰, a ação movida no ano de 1995, portanto, uma empresa de origem estrangeira queria homologar um laudo de sentença arbitral proferida na Espanha, visando os efeitos da sentença no Brasil.

²⁰⁷ Artigo 5º, inciso XXXV: [...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11. jun 2020).

²⁰⁸ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *REVISTA DIREITO GV*, SÃO PAULO 4(1), p. 015-028, JAN-JUN 2008. P. 23.

²⁰⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem na forma da lei. (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

²¹⁰ STF. Notícia. *Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação)*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em: 10 jul. 2020.

O ministro Marco Aurélio, que era o presidente do tribunal, comentou a decisão, após o término do julgamento, “dizendo esperar que fosse dada credibilidade ao instituto da arbitragem e, a exemplo do que ocorreu em outros países, que essa prática pegue no Brasil também”²¹¹.

Segundo o ministro supracitado, “presume-se uma atuação de boa-fé por parte dos árbitros, que devem ser credenciados para tanto”²¹². Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, que é a mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro e que elucida os preceitos constitucionais, concluiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Com isso, as pessoas podem se valer do Poder Judiciário e apresentar suas demandas, ou podem, caso queiram, por força do princípio da autonomia da vontade, definir a arbitragem como mecanismo para eliminar conflitos decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis.

Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa afirmam que: “assim, após, o advento da Lei n. 9307/1996, cuja constitucionalidade atualmente se pode ter como incontroversa, implicou a alforria da denominada jurisdição arbitral, livrando-a do então indispensável controle do Poder Judiciário”²¹³. Contudo, segundo os autores, essa separação não é absoluta²¹⁴.

O artigo 5º, XXXV da CRFB/1988, que trata do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dispõe, na verdade, que nenhuma lei poderá afastar da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Percebe-se que este dispositivo não direciona, em hipótese alguma, as pessoas para somente acessar o Poder Judiciário na resolução de seus conflitos. Assim, nos conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, a arbitragem é legítima, constitucional e recomendável para as partes.

Vale ressaltar que o conceito de indisponibilidade do interesse público tem sido um obstáculo para a efetivação na arbitragem no direito tributário, conforme será demonstrado neste estudo.

É lícito que as partes renunciem à jurisdição estatal e procurem resolver seus conflitos no juízo arbitral se assim entenderem relevante. O resultado da sentença será semelhante

²¹¹ STF. Notícia. *Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação)*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²¹² *Op. cit.*

²¹³ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 110.

²¹⁴ *Op. cit.* p. 110.

àquelas prolatadas nas decisões oriundas do Judiciário e ainda poderá ter um procedimento mais célere e satisfatório.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe no artigo 114, § 1º²¹⁵, ao tratar dos conflitos coletivos no âmbito trabalhista, a preclusão em caso de fracasso nos acordos coletivos, que as pessoas poderão constituir árbitros. Assim, fica evidente que a nossa Carta Maior sinaliza para a real existência da arbitragem.

Não há nada de inconstitucional na Lei de Arbitragem. Trata-se, na verdade, não de uma afronta ao artigo 5º, XXXV, da Carta da República (princípio do acesso à justiça), mas, sim, de prover mecanismos adequados necessários de resolução de litígios²¹⁶.

A inafastabilidade da tutela compreende que a lei não pode vedar ao Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, fica claro que a jurisdição estatal é um direito e não uma obrigação²¹⁷.

Dessa forma, a Lei n. 9.307/1996 não cria nenhum obstáculo para as pessoas, caso queiram, acessarem os Tribunais do País para a resolução de seus conflitos. Pelo contrário, acrescentou-se mais uma possibilidade de as partes resolverem suas controvérsias, uma vez que são livres para pactuar.

Assim, em respeito ao princípio da autonomia da vontade, as partes estão livres para submeter suas controvérsias ao juízo arbitral, desde que se moldem aos requisitos impostos pela Lei de Arbitragem, a qual já foi declarada constitucional pela mais alta corte do País.

Nesse contexto, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

Não é possível separar a autonomia da vontade do instituto da arbitragem, sendo este o primeiro princípio norteador na medida em que há a escolha livre pelas partes envolvidas em determinada relação jurídica, que será objeto de apreciação pelo juízo arbitral²¹⁸.

Dessa forma, revela ser imprescindível que esteja presente o desejo das partes de submeter seus conflitos pela via arbitral. Sendo este fundamento que norteia a relação jurídica

²¹⁵ Artigo 114, § 1º: Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

²¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 216.

²¹⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 158.

²¹⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 49.

da escolha livre pelas partes envolvidas na controvérsia, que necessariamente será objeto de apreciação pelo árbitro ou tribunal arbitral.

Assim, as partes estão livres para propor suas demandas no Poder Judiciário. Contudo, depois da assinatura da cláusula compromisso ou do compromisso arbitral, as partes estarão vinculadas para solucionar seus pleitos pela via arbitral, pois essa situação gera um dever a ser cumprido.

1.7 ARBITRAGEM DE DIREITO E DE EQUIDADE

A critério das partes e considerando o princípio da autonomia da vontade, a arbitragem pode ser de direito ou de equidade. As partes também podem, ainda, assentar pelas normas de direito que serão empregadas ou pactuar para que o processo ocorra fundamentado nos princípios gerais do direito, costumes, usos e nas normas internacionais de comércio²¹⁹.

As partes podem escolher a norma que querem ver aplicada pelo Tribunal ou pelo árbitro para a resolução do seu litígio. Caso contrário, o árbitro solucionará o conflito com base na lei nacional. Neste caso, não há que se falar em afronta à ordem pública nacional.

As partes poderão, ainda, determinar, no compromisso arbitral, a lei nacional ou as regras corporativas que entenderem adequadas para a resolução da controvérsia. Bem como podem escolher o lugar onde será desenvolvido o procedimento, a fixação dos honorários dos árbitros e autorização para que o árbitro julgue por equidade, se for o caso, entre outras situações, previstas no artigo 11, incisos de I a V,²²⁰ da Lei n. 9.307/1996.

O compromisso arbitral poderá conter uma série de determinações que devem ser observadas pelas partes litigantes. A opção pelo direito que será aplicado na solução da controvérsia encontra fronteira nos direitos indisponíveis.

²¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 667.

²²⁰ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem;

e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. (BRASIL. *Lei nº 9.307/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

Para Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa, “indisponível, portanto, são os direitos cujo exercício por seu titular seja obrigatório ou os bens ou direitos insuscetíveis de apropriação individual ou os que a lei impede sejam transferidos de um patrimônio a outro”²²¹. É admissível a implementação de mecanismos externo ao Estado, nas hipóteses de litígios envolvendo o próprio Poder Público.

Para Fernando Machado,

[...] engessar a solução de conflitos pela não utilização de meios alternativos, pela alegação de um pretensão “intocável” interesse público, seria sufocar o desenvolvimento de um eficiente método de pacificação social, por meio de um instrumento quase dogmático da ciência jurídica²²².

Assim, a arbitragem tributária poderá ocorrer nas controvérsias, onde o interesse público esteja presente, havendo possibilidade, dentro do limite legal, de arranjos que não impeça o direito material, é válido ao administrador encontrar alternativas consensual²²³.

²²¹ BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 46.

²²² MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 90

²²³ *Op. cit.* p. 94.

2 APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO E O DOGMA DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O presente capítulo tem como objetivo discutir a ratificação das hipóteses de que há ampla uniformidade da aplicabilidade entre a arbitragem fiscal e o direito no Brasil, desde que seja instituída Lei Complementar delimitando todas as possíveis possibilidades de sua ocorrência e, sobretudo, ocorra uma evolução nos conceitos de legalidade e indisponibilidade do interesse público. Assim, abordar-se-ão temas relevantes tais como: arbitragem na administração pública, apresentando argumentos acerca da finalidade e necessidade da tributação e tecer-se-ão comentários sobre a busca pela justiça fiscal na arbitragem tributária; apresentar-se-á ideia da arbitragem tributária como proposta para concretização do princípio da eficiência administrativa e buscará se apresentar um novo conceito para compreender e desconstruir o dogma da indisponibilidade do interesse público; fazendo-se, para tanto, uma reflexão acerca da necessidade de ruptura com o modelo clássico, afim de se apresentar os possíveis limites da disponibilidade e indisponibilidade do crédito tributário, bem como a necessidade de renúncia da jurisdição estatal. E por fim, discorrer-se-á sobre a Câmara de Arbitragem na Administração Pública Federal.

2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM

A prática da arbitragem pela Administração Pública, especialmente, sempre foi, ao longo dos anos, e ainda é, em determinadas matérias, principalmente na tributária, palco de grandes controvérsias.

Ao longo dos anos, sempre ocorreu resistência pela aplicabilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Sempre existiu posicionamento radicalmente contrário à arbitragem quando envolve o Poder Público²²⁴.

²²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 674.

Leonardo Carneiro da Cunha afirma que tem, também, os que admitem sempre o instituto da arbitragem em matéria tributária, mesmo que na ausência de lei específica, sendo necessária apenas a lei de arbitragem²²⁵. E, também segundo o autor, “tem os que admitem, desde que seja instituída lei específica”²²⁶.

Os argumentos da primeira corrente firmam-se no pressuposto da indisponibilidade do interesse público, contrário à segunda que fundamenta suas ideias alegando que o interesse público não consiste necessariamente com o interesse da sociedade²²⁷. E, por fim, a terceira corrente doutrinária fundamenta-se no princípio da legalidade – em especial, com fulcro no *caput* do, artigo 37²²⁸, da CRFB/1988²²⁹.

Nesse contexto, Fernando Machado declara que “o principal, e até certo ponto, natural, argumento contrário à possibilidade de disposição do interesse público em juízo, decorre da própria indisponibilidade do objeto”²³⁰.

Contudo, segundo o autor,

[...] mesmo diante da concepção restritiva do Direito Penal, de absolver somente as condutas mais gravosas, é permitido pela Constituição Federal que se transacione em matéria penal nos termos do art. 98, I, provocando uma mitigação na incidência do direito penal²³¹.

No ano de 2015, com a instituição da Lei n. 13.129, ocorreu uma alteração na Lei de Arbitragem que passou a estabelecer a possibilidade da arbitragem envolvendo o Poder Público nas controvérsias relativas a direito patrimonial disponível. Contudo, a controvérsia sobre a matéria ainda persiste, sobretudo, quando se fala em arbitragem tributária.

²²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 674.

²²⁶ *Op. cit.* p. 674.

²²⁷ *Op. cit.* p. 674.

²²⁸ CF/1988 (...), art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

²²⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 674.

²³⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 90.

²³¹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 91.

Vale destacar que já existiam dispositivos normativos que davam azos pela adoção da arbitragem com o Poder Público, antes mesmo da instituição das Leis n. 9.307/1996 e n. 13.129/2015²³².

Ao comentar sobre o assunto, Eros Roberto Grau assevera que:

Aliás, os anais do Supremo Tribunal Federal dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como "caso Lage", no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicavam a navegação, estaleiros e portos.²³³

Pode-se mencionar o Decreto-Lei n. 9.521/1943, que regulamentava a destinação dos bens do empresário Henrique Lage²³⁴, quando fora reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1973, “ (STF AI 52.181/GB), a legalidade do juízo arbitral, para julgamento das empresas da Organização Lage, com a União²³⁵.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já admitia o emprego da arbitragem em controvérsias decorrentes de contratos e ajustes pactuados por sociedades de economia mista e empresas públicas, mesmo à míngua de dispositivo legal específico.²³⁶

Vale ressaltar que alguns desses dispositivos, abaixo mencionados, inclusive, já sofreram algumas alterações exatamente para se adequarem à Lei de Arbitragem.

Assim, a Lei n. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos, foi alterada pela Lei n. 11.196/2005, afim de acrescentar-lhe o artigo 23-A, o qual autorizou expressamente, nos contratos de concessão, o emprego de mecanismos privados de resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. Vejamos:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos

²³² *Op. cit.*, p. 674.

²³³ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, Março/2002. p.142.

²³⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 58.

²³⁵ OLIVERIA, Gustavo Justino. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. *Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, ed. 1, abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em 09 set. 2020.

²³⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STRATZ, Murilo; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Arbitragem tributária: perspectivas para o direito brasileiro*. *RJLB*, Ano 6 (2020), no 4, p.1.448.

termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)²³⁷.

No mesmo sentido, a Lei n. 9.472/1997, que regula os parâmetros dos serviços de telecomunicações, em seu artigo 93, também determina a instituição do foro e a forma amigável para a resolução extrajudicial dos litígios nos contratos de concessão²³⁸.

A Lei n. 9.478/1997, que regula sobre a política energética ao dispor acerca do contrato de concessão, no inciso X de seu artigo 43²³⁹, determina expressamente que as cláusulas essenciais devem constar sobre a resolução de conflitos relativos ao contrato e sua execução e dar exclusividade para a instituição da arbitragem internacional.

Na mesma senda, a Lei n. 10.233/2001, que regula os transportes aquaviário e terrestre, ao dispor acerca dos contratos de concessão, institui a arbitragem nas controvérsias relativas ao contrato.

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013).

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem²⁴⁰.

A Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, que regula a comercialização de energia elétrica, autoriza as sociedades de economia mista, as empresas públicas e suas subsidiárias ou controladas que sejam titulares de concessão e permissão para integrar a CCEE (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica) e aderir à arbitragem, bem como determina que os integrantes da CCEE tratem do mecanismo da convenção de arbitragem em seus respectivos

²³⁷ BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

²³⁸ Art. 93. O contrato de concessão indicará:
XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais. (BRASIL. Lei nº 9.472/1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 04 jun. 2020).

²³⁹ Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:
X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional. (BRASIL. Lei nº 9.472/1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 04 jun. 2020).

²⁴⁰ BRASIL. Lei nº 10.233/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

estatutos, em respeito à Lei n. 9.307/1996, conforme se observa no artigo 3º parágrafos 5º e 6º²⁴¹.

Do mesmo modo, a Lei n. 11.079/2004, que dispõe sobre as normas gerais para contratação e licitação de parceria público-privada no âmbito do Poder Público, nos incisos I e III de seu artigo 11²⁴², dispõe expressamente pelo emprego da arbitragem, que se desenvolverá no Brasil em língua portuguesa para a resolução de conflitos decorrentes de contratos, em total observância à Lei nº 9.307/1996.

Por fim, a Lei n. 12.815/2013, que regula sobre exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, no artigo 62, § 1º,²⁴³ determina expressamente o emprego da arbitragem para a resolução de conflitos.

Dessa maneira, percebe-se que já existem vários dispositivos normativos legais que autorizam a arbitragem com órgãos ligados ao Poder Público. Assim, a Lei n. 9.307/1996 tem

²⁴¹ Art. 3º O Poder Concedente homologará a quantidade de energia elétrica a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, bem como a relação dos novos empreendimentos de geração que integrarão, a título de referência, o processo licitatório de contratação de energia.

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo. (BRASIL. *Lei nº 10.848/2004*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm. Acesso em: 03 jun. 2020).

²⁴² Artigo 11, incisos I e III: O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. (BRASIL. *Lei nº 11.079/2004*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 04 jun. 2020).

²⁴³ Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Regulamento). (BRASIL. *Lei nº 12.815/2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em: 03 jun. 2020).

previsão expressa pela aplicabilidade da arbitragem, com o Estado, quando a controvérsia envolver direito patrimonial disponível.

Portanto, já resta superada a possibilidade dos órgãos ligados ao Poder Público se submeterem ao processo arbitral, contudo o debate, agora, está pautado no conceito de interesse público²⁴⁴.

A instituição da arbitragem no sistema jurídico passa por necessárias mudanças de compreensão, igual ao que ocorreu em relação aos contratos públicos²⁴⁵. Acrescenta-se a isso, que os conhecimentos jurídicos vão se amoldando conforme as necessidades sociais e que se faz imprescindível uma mudança nos conceitos clássicos do direito²⁴⁶.

A arbitrabilidade nas relações fiscais se apresenta, atualmente, como mecanismo de concretização da busca pela justiça fiscal, indispensável para que a Administração Pública possa atingir um nível de maior eficácia no recolhimento dos tributos e, conseqüentemente, acelere o desenvolvimento econômico e social do País²⁴⁷.

A instituição da arbitragem tributária, além de ser um direito do contribuinte, é também uma necessidade estatal para superar as graves crises enfrentadas pelo Brasil, no tocante à arrecadação tributária. Assim, faz-se necessária a quebra de alguns paradigmas e a adoção de algumas medidas que serão discutidas nos próximos tópicos.

2.2 DIREITO TRIBUTÁRIO E ARBITRAGEM: PROCURA PELA JUSTIÇA FISCAL, ÉTICA DE MEIOS E FINS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Os direitos e deveres do cidadão, visualizados a partir do campo da ciência política e do direito tributário, inspiram a convicção de cidadania tributária, que compreende o nível de conhecimento que o contribuinte tem sobre as responsabilidades e complexidade estatal e o tamanho da carga tributária arrecadada para a manutenção e equilíbrio do Estado.

É de fundamental importância que ocorra uma cobrança efetiva dos tributos e que sua distribuição ocorra de forma equilibrada e igualitária em todas as camadas sociais, considerando a proporcionalidade e a capacidade contributiva das pessoas, assim, seja física ou jurídica.

²⁴⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 59.

²⁴⁵ *Op. cit.* p. 60.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 60

²⁴⁷ *Op. cit.* p. 60.

Nesse contexto, Fernanda Drummond Parisi assevera que:

A exigência de tributo da sociedade é medida lúdima da administração pública no que tange à gestão de bens públicos, haja vista, ao menos em tese ou idealmente, que as receitas provenientes da arrecadação tributária são destinadas ao custeio das atividades do Estado desenvolvida em prol da sociedade.²⁴⁸

No Brasil, a carga tributária gira em torno de 35,07% do PIB (Produto Interno Bruto), média dos países desenvolvidos que compõem a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), e está acima da média dos países da América Latina ²⁴⁹. Equivalente a 2,39 trilhões, isso demonstra que cada pessoa recolheu o equivalente a R\$ 11.494 em impostos, tendo que trabalhar 128 dias para quitar seus tributos²⁵⁰.

Contudo, o retorno para a sociedade em serviços públicos, tais como saúde, educação e segurança, assistência social e outros serviços, não é satisfatório²⁵¹.

Esse retorno por parte do Estado seria de grande relevância para a promoção da justiça fiscal, garantia dos direitos fundamentais e, sobretudo, impulsionar o desenvolvimento econômico e social do País e, assim, promover uma convivência harmônica entre os Fiscos e os contribuintes.

Nesse ambiente de crise, a arbitragem pode ser instituída como mecanismo de resolução da alta litigiosidade, amenizando os problemas na arrecadação fiscal existente nos Fiscos, podendo servir como mecanismo impulsionador para a efetivação da justiça fiscal, promovendo ambiente mais favorável ao desenvolvimento do País²⁵².

É indiscutível que a arrecadação dos tributos seja um fenômeno indispensável para a manutenção e equilíbrio das despesas públicas. Por isso, o efeito lógico da relevância da política fiscal, inserido na concepção de busca implacável por métodos alternativos e eficazes de

²⁴⁸ PARISI, Fernanda Drummond. *Transação Tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário*. Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. Doutorado em Direito. São Paulo, 2016, p.19.

²⁴⁹ ESTADÃO CONTEÚDO. Carga tributária bate recorde de 35% do PIB, mesmo com a economia fraca. *EXAME*. 29/07/2019. Disponível em: <https://exame.com/economia/carga-tributaria-bate-recorde-de-35-do-pib-mesmo-com-a-economia-frac/>. Acesso em: 10 set. 2020.

²⁵⁰ *Op. cit.*

²⁵¹ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 19.

²⁵² OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 61.

arrecadação tributária para amenizar o conflito estatal, ocorre, em especial, no âmbito jurídico e político²⁵³.

Dessa forma, a incumbência dos entes federativos é de apresentar o formato de estruturação ideal e eficiente do sistema tributário nacional, visualizando a complexidade dos tributos, meios empregados de recolhimento e a vigilância das exações tributárias, além de propor os métodos de como o Estado seja capaz de solucionar os conflitos que se originam da relação jurídica tributária²⁵⁴.

Atualmente, a lentidão na resolução dos processos, a ausência de especialização na matéria pelo Judiciário e as decisões seriadas no Supremo Tribunal Federal são fortes argumentos para que seja instituída a arbitragem tributária no Brasil²⁵⁵.

Nuno Filipe Jesus Henriques assevera que a “atividade tributária no âmbito dos tribunais tributários tem sido, ao longo dos tempos, claramente afetada pela falta de magistrados judiciais²⁵⁶”.

Dados do CNJ, revelados por Leonardo de Andrade Rezende, demonstram que os processos estão demorando para serem julgados, em média, sete anos e onze meses na Justiça Federal e, especificamente no Tribunal Regional Federal da terceira região, esse lapso temporal é ainda mais elevado, em torno de 9 anos e sete meses, segundo informações levantadas pelo autor²⁵⁷.

Vale ressaltar que a maior parcela das demandas de execuções, no âmbito do Judiciário, segundo informações reveladas por Leonardo Rocha Hammoud, é representada pelas execuções fiscais em torno de 70% do estoque²⁵⁸.

Essa situação, segundo o autor, acaba afetando a eficiência, a paz social e, sobretudo, o desenvolvimento econômico e social do País²⁵⁹.

É nesse contexto que Bruno Bastos de Oliveira declara que:

²⁵³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 62.

²⁵⁴ *Op. cit.* p. 62.

²⁵⁵ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 401.

²⁵⁶ HENRIQUES, Nuno Filipe Jesus. *Arbitragem tributária: um contributo para a realização da justiça tributária?* Mestrado Forense. Faculdade de Direito. Lisboa, 2013, p.05.

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 401

²⁵⁸ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 30-31.

²⁵⁹ *Op. cit.* p. 30-31.

A reflexão que aqui se propõe deve ensejar a base fundamental para um novo modelo de sistema tributário, a partir de reforma pautada em elementos éticos, de modo a permitir que a justiça fiscal possa ser alcançada de maneira efetiva. Entende-se que qualquer proposta de reforma tributária deva acompanhar não só a maneira como os tributos estão regulamentados, mas, essencialmente, mecanismos que desburocratizem o Estado e tornem mais eficiente a solução dos inúmeros litígios fiscais²⁶⁰.

Assim, fica evidente que a arrecadação tributária, além de ser um direito, é também um dever imposto à Administração Pública e deve necessariamente respeitar os limites dos direitos e garantias fundamentais do contribuinte, conforme estabelecido na CRFB/1988.

É evidente que esse modelo atual, tradicional de jurisdição não colabora em nada para uma eficiente arrecadação tributária, muito menos para a solidificação dos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, particularmente no tocante à efetividade na prestação jurisdicional por meio do Judiciário, visto que esse tem se mostrado incapaz de resolver os problemas da alta litigiosidade no País e tampouco, tem eficazmente auxiliado no desenvolvimento econômico da sociedade brasileira por que a demora na resolução dos litígios implica em postergação de escolha por parte dos agentes econômicos o que gera diminuição no ritmo de crescimento econômico²⁶¹

O Supremo Tribunal Federal tem um acervo de 70.085 processos para apenas onze julgadores, se não ocorrer nenhuma mudança, o Poder Judiciário permanecerá ineficaz por décadas²⁶².

A sociedade contemporânea envolvida em uma complexa relação social (imposta pela industrialização, urbanização, globalização e consumo das massas) manifesta um elevado grau de conflitos.

O índice elevado de complexidade social é, de modo direto, proporcional ao número que está, por sua vez, relacionado ao crescimento das ações interpostas no âmbito do Poder Judiciário²⁶³.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 62.

²⁶¹ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 27.

²⁶² PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 401.

²⁶³ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 91.

Esse elevado número de processos acaba acarretando prejuízos de ordem econômica, aumento da litigiosidade, compromete a segurança jurídica, por falta da uniformização de precedentes no âmbito do Judiciário brasileiro, e, sobretudo, acarreta desconfiança no modelo de sistema imposto.

Outra preocupação é a existência de uma imensidão de instrumentos regulatórios instituídos diariamente para garantir o poder de intervenção da Administração Pública sobre o particular.

Essas medidas, além de aumentarem a litigiosidade, acarretam diferentes interpretações, sejam no âmbito dos processos administrativos, sejam dos judiciais, o que acaba criando problemas na arrecadação tributária, trazendo reflexo negativo para o desenvolvimento econômico e social do País e, sobretudo, da justiça fiscal.

Ao abordar o tema, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

Esse processo leva a que se aceite uma justificativa ‘ilegal’, mas legítima do Estado, no objetivo único e desvirtuado da arrecadação, ao invés de diretrizes embasadas no desenvolvimento político, econômico e social, impresso nos direitos geracionais constitucionais²⁶⁴.

Assim, percebe-se que o Poder Público é visto como mau investidor por ausência de diretrizes embasadas no desenvolvimento político, econômico e social, que foram consagradas na CRFB/1988.

É grande a quantidade de pessoas que vivem com a ausência de suportes materiais sem perspectiva de qualidade de vida digna e humanizada e com a existência de rendimentos desiguais. Essa situação tem ocasionado uma constante preocupação nas sociedades contemporâneas, posto que incitam questões relevantes concernentes à justiça social²⁶⁵.

A Constituição brasileira vigente consagrou, também, para todas as pessoas, no âmbito judicial ou administrativo, a duração razoável dos processos no seu artigo 5º, inciso

²⁶⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 63.

²⁶⁵ BARRADA, Cristela; MARTINS, António. Uma nota sobre a justiça fiscal em Portugal. *Economia Global e Gestão*, Lisboa, v. 13, n. 3, p. 39-69, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442008000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 dez. 2020.

LXXVIII²⁶⁶. Essa situação também é confirmada no artigo 4º do CPC/2015²⁶⁷. Assim, esses dispositivos refletem a compreensão de um novo processo e se associam profundamente com a instituição de projetos de lei para o emprego da arbitragem no direito tributário, sendo, de fato, horizonte a ser trilhado para que se busque o ideal de justiça fiscal²⁶⁸.

Ao mencionar os possíveis caminhos para se alcançar a justiça fiscal, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

No Brasil, falar em reforma tributária é caminho obrigatório para pensar em efetivação de justiça fiscal, desestabilizando, dessa forma, o ciclo das desigualdades em todos os entes da federação e fornecendo redistribuição de renda, liberdade de transação, redução do estoque fiscal, desburocratização do sistema de julgamento das lides fiscais, entre outras medidas já citadas, as quais convergem progressivamente para interações das garantias constitucionais²⁶⁹.

A divisão dos impostos sujeita-se ao princípio da igualdade tributária que se materializa na universalidade e igualdade²⁷⁰. Dessa forma, todas as pessoas estão sujeitas a cobranças de impostos, sem preconceito ou diferença de classe, por força do princípio da generalidade, obedecendo os mesmos critérios na divisão dos impostos.

Para Cristela Bairrada e António Martins “a Revolução Francesa tornou gerais os impostos, ao abolir as isenções que os nobres e o clero desfrutavam no antigo regime, uma conquista da igualdade tributária”.²⁷¹ Na visão dos autores mencionados, a justiça fiscal tem como respaldo, além do econômico, o critério ético, assim, envolve, forçosamente, juízos de valor²⁷².

²⁶⁶ Artigo 5º, LXXVIII: [...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

²⁶⁷ Artigo 4º: As partes têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jun 2020).

²⁶⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 63-64.

²⁶⁹ *Op. cit.* p. 64.

²⁷⁰ BARRADA, Cristela; MARTINS, António. Uma nota sobre a justiça fiscal em Portugal. *Economia Global e Gestão* Lisboa, v. 13, n. 3, p. 39-69, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442008000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 dez. 2020.

²⁷¹ *Op. cit.*

²⁷² *Op. cit.*

A obrigatoriedade no pagamento dos impostos, independentemente das particularidades e da forma concreta, reflete um vínculo significativo entre contribuinte e a coletividade e também de justiça social²⁷³.

Dessa forma, a divisão dos impostos pelos contribuintes deve ser feita conforme sua capacidade econômica e independe do grau de satisfação que cada contribuinte possa alcançar da utilização dos bens e serviços prestados pelo Estado.

Para Maria de Fátima Ribeiro e Lucas Pires Maciel, “a justa repartição do total da carga tributária entre os cidadãos é imperativo ético para o Estado Democrático de Direito²⁷⁴”.

Sem dúvidas uma reforma tributária no Brasil seria de fato o caminho obrigatório para se pensar em efetivação de justiça fiscal e desestabilizar o ciclo de desigualdades existente, fornecendo distribuição de renda, diminuição do acúmulo tributário, simplificação no julgamento dos processos fiscais nas esferas judiciais e administrativas e outras medidas que promovam a efetivação e garantias dos direitos fundamentais do cidadão/contribuinte.

Assim, faz-se imprescindível absorver e, acima de tudo, compreender a concepção de que as arrecadações tributárias que ocorrem no âmbito da Administração Pública não são medidas que têm como objetivo suprimir das pessoas a dignidade de subsistência.

Ao contrário, seu objetivo fundamental é exatamente contribuir com o Poder Público para a manutenção e equilíbrio de encargos que são voltados para o benefício de toda a sociedade, visando, ainda, preestabelecer diretrizes para promover e efetivar os direitos fundamentais das pessoas e, assim, contribuir para atenuar as desigualdades sociais e regionais²⁷⁵.

Resta esclarecer que o tributo é responsável pela manutenção e equilíbrio do Estado, que, por outro lado, é responsável pelos encargos públicos e pela própria garantia dos direitos fundamentais de toda a sociedade, através da prestação dos serviços públicos. Assim, por ser responsável pelo fundamento e subsistência do Estado, logo deveria ser o direito tributário o de maior atenção, tendo em vista sua relevância no contexto social.

²⁷³ *Op. cit.*

²⁷⁴ RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro; MACIEL, Lucas Pires. Um olhar sobre a efetividade das políticas públicas tributárias na busca da justiça social. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 23 - 44, jul/dez. 2017.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 64.

Dessa forma, os debates na seara tributária deveriam ser instituídos de forma ética e democrática, uma vez que são os contribuintes quem ajudam na manutenção do Estado, o qual deveria retribuir com prestação eficaz e satisfatório de serviços públicos.

2.3 ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: RENOVAÇÃO ESTATAL COMO PROPOSIÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Ao se mencionar acerca da normatização e concretização da arbitragem no direito tributário brasileiro conjectura-se observar as transformações que ocorreram e que vêm ocorrendo no âmbito da sociedade e da Administração Pública e como a regulamentação do instituto converge com a necessidade de atualização dos mecanismos estatais²⁷⁶.

Para Rafael Carvalho, a interferência do Estado na economia passou por três fases distintas ao longo dos anos²⁷⁷. Isso ocorreu, segundo o autor, devido às mudanças na concepção do Estado, em especial pela próxima relação entre o Estado e a economia²⁷⁸.

As transformações ocorridas se refletiram na forma do sistema econômico do Estado, com destaque para o Estado Liberal. Instituído no século XVIII, foi uma resposta ao sistema absolutista, pautado na defesa dos direitos políticos e individuais, com destaque para a área econômica, liberdade econômica e propriedade privada, ocorrendo ausência de interferência do Estado na economia e a forte influência do mercado privado²⁷⁹.

Fernando Machado declara que “o Estado, como é conhecido hoje, foi concebido à sombra da Bastilha, com a derrocada do regime monárquico francês, símbolo maior da onipotência do soberano absolutista”²⁸⁰.

Segundo o autor “a burguesia recém constituída politicamente iniciou a construção de um Estado capaz de lhes assegurar a implementação dos ideais liberais que inspiraram a Revolução”²⁸¹.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 65.

²⁷⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013, p. 1.342.

²⁷⁸ *Op. cit.* p. 1.342.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013, p. 1.342.

²⁸⁰ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 15.

²⁸¹ *Op. cit.* p. 15.

O liberalismo econômico teve seu expoente em Adam Smith, considerado o pai da economia moderna e o mais importante teórico do liberalismo. Suas obras tiveram reflexo na economia, na educação, na ética, entre outras áreas²⁸².

O Direito Administrativo surgiu alicerçado ao Estado Liberal, onde se desenvolveram os princípios do individualismo em todas as suas formas, inclusive o jurídico, marcados com traços de autoridade, de supremacia sobre as pessoas objetivando alcançar fins de interesse geral²⁸³.

Assim, iniciou-se o mundo moderno exigindo a concepção de livre mercado na conjuntura de uma atividade estatal meramente observadora, com interferência mínima possível sobre o domínio econômico.

Assim, o liberalismo prezava pelo zelo do individualismo e pela valorização da iniciativa privada. Contudo, o Estado era solicitado a intervir garantindo a mínima intervenção na economia²⁸⁴.

Assim, a ideologia liberal da efetividade e a hegemonia do capital fazem com que o Estado passe a atuar no interesse deste e não da sociedade²⁸⁵. As questões sociais de interesses da sociedade não estariam no centro das atenções do Estado²⁸⁶.

Nesse contexto Fernando Machado declara que:

Diferentemente dos pressupostos fundamentais de igualdade e autonomia da vontade do direito privado, o regime jurídico-administrativo adotou desde logo uma série das referidas prerrogativas, que o colocavam em situação de superioridade hierárquica com o particular, tendo em vista que uma vez investido de forma legítima no poder, o representante político poderia (deveria) agir de modo unilateral para consecução das finalidades estatais²⁸⁷.

Constitui-se essencial diferença nas relações praticadas entre particulares e as executadas entre particulares e o Estado, as primeiras se desenvolvem de forma horizontal entre

²⁸² SUNO. *Adam Smith*. Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/tudo-sobre/adam-smith/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

²⁸³ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 15.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 65.

²⁸⁵ *Op. cit.*, p. 65.

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 65.

²⁸⁷ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 15.

as partes, enquanto a segunda se desenvolve de forma vertical, marcada pela supremacia do interesse público.

Assim, o sistema liberal se desenvolve com bastante deficiência, fazendo com que o Estado fosse, aos poucos, avocado para novas atribuições ante o declínio do fenômeno da autorregulação do mercado. Assim, outro modelo de sistema deveria ser implementado²⁸⁸.

Nesse contexto, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

Esses ideais revolucionários, de fato, não eram consagrados ao povo que, em sua grande maioria, permanecia refém do capital, com suas liberdades tolhidas e sem qualquer indício de igualdade ou fraternidade nas relações sociais, econômicas e políticas²⁸⁹.

Contudo, o liberalismo foi responsável por grandes transformações no tocante aos direitos individuais, mesmo que para tal fim tenha, também, permitido a construção de um pauperismo social assombroso, com uma clara divisão entre os mais privilegiados economicamente e os excluídos da sociedade²⁹⁰.

Assim, o sistema liberal entra em declínio a partir de alguns episódios históricos, principalmente em virtude da crise financeira de 1929 em Nova York, quando o Estado foi avocado para salvar o mercado e o próprio sistema capitalista, sendo necessário instituir mudanças no âmbito do Estado²⁹¹.

Nesse contexto, Fernando Machado declara que “a ascensão da burguesia a partir das revoluções liberais marcou o auge do individualismo-liberal no século XIX, que após seu declínio em 1929, abriu caminho para a consolidação dos direitos sociais no século XX”²⁹².

Ocorreu a mudança do modelo capitalista concorrencial liberal para o capitalismo controlado. Nesse novo formato não é a pessoa em si a destinatária das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, mas, sim, todo o grupo social, essa situação em determinado momento vai ocasionar controvérsias entre o interesse público e o interesse do particular²⁹³.

²⁸⁸ *Op. cit.* p. 66.

²⁸⁹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 66.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 66

²⁹¹ *Op. cit.*, p. 67.

²⁹² MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 23.

²⁹³ *Op. cit.*, p. 23.

Efetivamente, fica perceptível que os efeitos da política liberal colocaram em risco a preservação do capitalismo patrimonialista e, dessa forma, o mercado avocou pela atuação estatal para obter a manutenção do capital no centro dos debates, atuando para preservar o sistema capitalista²⁹⁴.

Assim, o constitucionalismo econômico e social começou a ganhar espaço primeiramente no México, em 1917, e na Alemanha, em 1919, dando início ao que se denominou de “capitalismo social”²⁹⁵.

O Estado Social, após atingir seu apogeu, entrou também em decadência depois de ser atingido por um violento desequilíbrio fiscal ocasionado por um forte dinamismo na prestação de serviços à sociedade.

A carga na conjuntura fiscal, a internacionalização das relações e a integração regional interestatal com projetos políticos e econômicos devem estar em harmonia com o crescente processo de globalização²⁹⁶.

O fenômeno da globalização e a crise do Estado social levaram ao enfraquecimento do Estado, acarretando, conseqüentemente, o fortalecimento do mercado e limitações na atuação estatal²⁹⁷.

Assim, ocorreu uma diminuição do aparato estatal, que devolveu as atividades econômicas e delegação de serviços públicos ao mercado privado, que passou a ser impulsionado e organizado por órgãos ou entidades regulatórias, limitando a intervenção do Estado, que passou a ser prestada de forma indireta²⁹⁸.

Dessa maneira, o neoliberalismo se fortalece na conjuntura da globalização, em especial nos campos econômico e financeiro, com o capital se movimentando sem obstáculos concretos, frustrando a fiscalização do Estado e comprometendo a atuação estatal na promoção e efetivação dos direitos fundamentais das pessoas e conseqüentemente no desenvolvimento econômico e social do País²⁹⁹.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 66.

²⁹⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 67.

²⁹⁶ *Op. cit.* p. 68.

²⁹⁷ *Op. cit.* p. 68.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013, p. 1.343.

²⁹⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 68.

Para Fernando Machado, “com a assunção de um sem número de atribuições constitucionais pelo Estado, após-1988, a participação do Estado nas mais diversas atividades foi ampliada em escala geométrica”³⁰⁰.

Assim, o Estado necessita de uma maior carga tributária para fazer frente às despesas e essa situação, conjuntamente com a complexidade das relações econômico-sociais, tem provocado um crescimento da litigiosidade de contribuintes que passam a contestar as políticas e o aumento da própria complexidade da legislação tributárias.

Discorrendo acerca desse ambiente de quebra de monopólio e do princípio da eficiência Fernando Machado declara:

Previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, a eficiência administrativa não é fruto do trabalho do legislador constituinte originário, pois resulta do movimento reformador do final dos anos 90, momento em que o aparato estatal brasileiro passou por uma série de reformas estruturais decorrentes, entre outros fatores, da quebra do monopólio da prestação de serviços públicos e da privatização de empresas públicas³⁰¹.

O princípio da eficiência tem previsão no artigo 37, *caput*³⁰², da Constituição Federal, determinando que o Poder Público, através de seus órgãos da administração direta ou indireta, deve atentar para os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Tem como objetivo promover prerrogativas à coletividade usuária dos serviços prestados pelo Poder Público ou por uma de suas empresas delegatárias de serviços públicos e de estabelecer deveres efetivos aos prestadores³⁰³.

³⁰⁰ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 71.

³⁰¹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 103.

³⁰² CF/1988 (...), art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 out. 2020).

³⁰³ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 103.

Para Fernando Machado, “a inserção do princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiência da prestação dos serviços públicos, que intocáveis prejuízos já causaram aos usuários”³⁰⁴.

A inserção do princípio da eficiência enquanto mandamento constitucional configura uma ação contra o sistema burocrático moroso, caro, ineficaz e desviado das finalidades de atendimento ao cidadão, adotado pela Administração Pública. Sua ascensão, a princípio constitucional como valor edificador nas ações do Poder Público, retrata o ápice de uma série de mudanças na Administração Pública realizadas no País, no ano de 1990.

Assim, Administração Pública deverá adotar meios tecnológicos modernos e sistematizar as atividades, os procedimentos adotados para alcançar a máxima qualidade na execução a seu cargo, desenvolvendo, uma nova estrutura organizacional em que se destaquem as funções gerenciais e competência dos gestores e servidores que devem exercê-las.

Cabe destacar que quando se menciona o princípio jurídico-constitucional da eficiência, em que pese tenha origem nas ciências econômicas e da administração, é um conceito extremamente jurídico³⁰⁵. Por esse motivo, não é admitido a simples mudanças de conceitos econômicos para a definição do princípio.

Assim, eficiência na Administração Pública não consiste na obtenção de menores gastos inanceiros, tampouco existe relação entre menor custo financeiro e maior eficiência, bem como não se pode auferir eficiência pelo grau elevado ou baixo de intervenção da Administração Pública, em dada liberdade do particular³⁰⁶.

A CRFB/1988 e o conjunto de leis instituídas impuseram ao Poder Público a exigência de mudanças no sistema de gestão atrelado ao princípio da legalidade e na supremacia do interesse público.

A eficiência requer a administração não só do Poder Judiciário, enquanto instituição componente do Estado, mas também do Poder Executivo e legislativo. O gestor público deve conduzir ações públicas respeitando todos os princípios constitucionais, com racionalidade, transparência, eficácia, baixo desperdício econômico e, sobretudo, que seja adequado, proporcional e satisfatório para o cidadão.

³⁰⁴ *Op. cit.* p. 103.

³⁰⁵ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 106.

³⁰⁶ *Op. cit.* p. 106

No tocante a eficiência em matéria tributária defende-se que não se restringe somente à busca permanente pela arrecadação. Pode ser compreendida a partir da conquista de uma elevada receita com diminuição de gastos, ausência de sonegação, celeridade na arrecadação com menor onerosidade, tributação mínima, adequada às diversidades sociais, analisada pelo prisma da legalidade, proporcionalidade, transparência, simplificação, confiança, comodidade, continuidade, autenticidade nas políticas tributárias, sistema tributário operando com racionalidade e imparcialidade, destinação adequada dos tributos arrecadados, que assegure os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, zele pela ética, moral e pela capacidade solidária, entre outras características³⁰⁷.

2.4 ARBITRAGEM COMPREENDIDA A PARTIR DO DOGMA DO INTERESSE PÚBLICO

Com o advento de uma nova ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, faz-se imperioso, também, que ocorra mudanças no conceito outorgado ao princípio da supremacia do interesse público, o qual é considerado pela doutrina clássica um alicerce do regime jurídico administrativo.

Através do princípio mencionado, o Poder Público obtém liberdade para o exercício da atividade que tem como objetivo o alcance do interesse público.

Contudo, sustenta uma parte da doutrina que esse princípio não encontra amparo na nova ordem constitucional estabelecida pela Carta Magna de 1988 e sua existência serviria apenas para validar atos do Poder Público autoritários e intervenções inadequadas no âmbito individual das pessoas, principalmente por ser o princípio do interesse público um conceito abstrato e inacabado³⁰⁸.

O Direito Administrativo já nasceu marcado pela bipolaridade constituída, de um lado, autoridade do Poder Público e, de outro, a liberdades das pessoas e tem como amparo teórico o princípio da supremacia do interesse público e da legalidade. O primeiro assegura a autoridade

³⁰⁷ Nesse sentido ver: COSTA-CORRÊA, André Luiz. Considerações sobre eficiência tributária para uma tributação no século XXI. *Revista Brasileira de Direito e Justiça*, V. 1, N. 1, jul./dez. 2017.

³⁰⁸ ALVES, Davi Costa Feitosa. *Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais*. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014, p. 10.

do Poder Público e o segundo protege os direitos individuais contra ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse contexto, Larissa Peixoto Valente assevera que:

Durante o período de transformação do Estado Absoluto para o Estado de Direito, observa-se a oposição à concentração do poder político no monarca, com a afirmação do princípio da separação dos poderes e a fixação do princípio da legalidade como norma básica da vida política³⁰⁹.

Nessa perspectiva, o exercício do Poder Público tem sempre como objetivo a satisfação dos anseios de toda a sociedade. Assim, o fim principal do exercício da Administração Pública deve ser o alcance do interesse público, sob pena do ato do gestor público está eivado por vício e ilegalidade por desvio de finalidade e abuso de poder.

Dessa forma, consiste a denominada relação vertical, onde a Administração Pública limita o exercício do direito das atividades no âmbito privado e, em determinada situação, impõe de forma coercitiva aos particulares certas restrições³¹⁰.

Assim, o Direito Administrativo surgiu sob o alicerce do Estado Liberal, onde a burguesia recém-constituída politicamente deu início a construção de um Estado capaz de lhes garantir a efetivação dos ideais liberais que impulsionaram a revolução.

Dessa forma, consolida-se o Estado Direito, alicerçado no discurso de democracia, respeito aos direitos individuais e na tripartição dos poderes. Assim, ordem política que iluminou o século impôs pela obrigatoriedade de métodos próprios para legitimar o modelo implantado³¹¹.

Foi nesse ambiente que surgiu, primeiramente na França, um conjunto de regras específicas para as relações entre o Poder Público e particulares, denominado de regime jurídico administrativo³¹².

³⁰⁹ VALENTE, Larissa Peixoto. *A aplicabilidade dos meios alternativos de solução de conflitos no Direito Tributário*. Dissertação apresentada no Programa de pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito Público. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. Salvador, 2016, p.19

³¹⁰ *Op. cit.* p. 10.

³¹¹ ALVES, Davi Costa Feitosa. *Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais*. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014, p. 10.

³¹² *Op. cit.* p. 17.

Esses regramentos específicos do regime jurídico administrativo são características comuns dos Estados Constitucionais e que mantêm em sua constituição a organização da estrutura orgânica as atribuições políticas e administrativas.

O regime jurídico administrativo consiste em um conjunto e atributos específicos ao Direito Administrativo, que acabam inserindo ao Poder Público relação jurídico-administrativa de superioridade hierárquica em relação ao particular, através de prerrogativas e poderes próprios da administração pública.

Dessa forma, as relações travadas entre particulares são marcadas pela horizontalidade da igualdade entre as partes, enquanto a relações entre particulares e o Poder Público ocorrem de forma vertical marcada pela supremacia do interesse público.

Em que pese não está explicitamente previsto no rol dos princípios reitores do artigo 37³¹³ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o referido princípio encontra-se presente nas finalidades precípuas da administração.

Ana Paula Sabetzki Boeing assevera que:

No Brasil, o Princípio da Legalidade está genericamente previsto no inciso II do Artigo 5º da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se de garantia individual que constitui cláusula pétrea. Não pode sequer ser objeto de deliberação emenda tendente à sua abolição (Artigo 60, §4º, IV, da CF)³¹⁴.

Contudo, é possível observar sua presença na CRFB/1988, por exemplo, nas formas de intervenção na propriedade privada (prevista no, artigo 5º, XXIV ³¹⁵), a requisição

³¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em out. 2020).

³¹⁴ BOEING, Ana Paula Sabetzki. Abrangência e distinções entre os regimes da legalidade estrita e da legalidade simples em matéria tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 2019, p. 12.

³¹⁵ Art. 5º, XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em out. 2020).

administrativa (artigo 5º, XXV³¹⁶), tombamento (artigo 216, §1º³¹⁷), nas cláusulas exorbitantes em benefício do Poder Público, nos contratos administrativos, no exercício do poder de polícia e na presunção de validade no exercício da atividade administrativa³¹⁸.

Na mesma senda, pode-se visualizar a presença do princípio da supremacia do interesse público de forma expressa como princípio reitor das relações administrativas no artigo 2º, caput e parágrafo único, da Lei n. 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo na esfera federal³¹⁹.

Além do mais, o princípio em comento teria a incumbência de assegurar ao Poder Público fundamento para o controle das atividades na sociedade e seria indispensável para justificar a própria existência do Estado.

Ainda que situado hierarquicamente acima do indivíduo em suas relações interpessoais comuns, admitiu desde o início a construção jurídico-estatal que tal desigualdade seria justificada pela necessidade de atendimento das demandas socialmente mais relevantes.

Nesse contexto, Fernando Machado declara que:

A ausência de uma finalidade eminentemente pública nos atos do Rei, no período que antecedeu a Revolução Francesa, representou certamente, uma das motivações do movimento revolucionário. Extrai-se da própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto do fatídico ano de 1789, que o povo almejava o atendimento de interesses sociais, até então desprezados pelo Estado déspota, conforme consta no preâmbulo da declaração.

³¹⁶ Artigo 5º, XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em out. 2020. Acesso em out. 2020).

³¹⁷ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em out. 2020).

³¹⁸ ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014, p. 15.

³¹⁹ *Op. cit.* p. 15-16.

A partir do ideal de proteção às liberdades individuais e de concretização de determinados interesses gerais da sociedade, foi concedido o conjunto de regras relativas à atuação do Estado³²⁰.

Assim, o Direito Administrativo surgiu e se desenvolveu fundado na proteção dos direitos individuais, no princípio da legalidade, proporcionalidade, e, sobretudo, na necessidade de satisfação dos interesses coletivos.

A necessidade de concretizar a proteção aos direitos individuais e coletivos foram alicerçadas na supremacia do interesse público e na indisponibilidade deste interesse pela administração e o sistema de Direito Administrativo é baseado nos moldes dos mencionados princípios sobre o particular³²¹.

Dessa forma, pode ocorrer colisão entre o interesse público e os interesses individuais, sem, contudo, ocorrer violação em abstrato dos interesses individuais. Considerando que a concretização de um interesse socialmente conhecido, inserido em uma sociedade plural e complexa em suas relações essenciais, imperiosamente importará na restrição de eventuais interesses diferenciados³²².

Podem ser narradas, a título de exemplo, situações recorrentes nos municípios do País, referentes a aglomeração de pessoas que objetivam promover festas (baile funk) em locais públicos.

Fundamentado no poder de polícia, nos termos do artigo 78³²³ do CTN, o Poder Público pode limitar o exercício de direitos, regular práticas de atos ou abstenção de fatos, em razão do interesse público, é, portanto, plenamente possível que as autoridades públicas proíbam aglomerações em determinados locais ou as limitem³²⁴.

³²⁰ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 18.

³²¹ *Op. cit.*, p. 19.

³²² *Op. cit.* p. 17.

³²³ Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966). (BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2020).

³²⁴ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

Recentemente, o STF assentou entendimento assegurando ao Distrito Federal, Estados e Municípios que adotassem medidas restritivas para conter os avanços da pandemia do covid-19³²⁵.

Assim, as autoridades públicas no País instituíram uma série de restrições que deveriam ser cumpridas pelas pessoas, seja física seja jurídica, tais como: fechamento de bares, restaurantes, lojas, igrejas, clubes entre outras medidas.

Em que pese ser o direito de reunião constitucionalmente garantido expressamente no inciso XVI do artigo 5º³²⁶ da CRFB/1988, bem como a garantia da liberdade de locomoção em todo território nacional, prevista no inciso XV do artigo 5º, o Poder Público pode limitá-los³²⁷. Nesse sentido, é um direito fundamental das pessoas se deslocarem para determinado local, consumirem bebidas, realizarem práticas de danças, promoverem reuniões contudo, o Poder Público poderá, em nome do interesse coletivo maior (interesse público), suprimir o direito individual das pessoas de se aglomerarem em face da preservação do interesse coletivo³²⁸.

Percebe-se que o direito de reunião, que consiste nos direitos individuais de cada membro da sociedade, em um determinado momento, pode não ensejar a configuração de um interesse público e a prática desse direito individual pode ocasionar a violação do próprio interesse público.

Fernando Machado corrobora com esse entendimento declarando que:

Do mesmo modo como não se pode considerar que o interesse público não corresponde à exata medida da soma dos interesses individuais, não é de todo certo afirmar que um interesse público pode ser contrário à soma de todos os

³²⁵ STF. Imprensa. *Ministro assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia*. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&ori=1>. Acesso em 22 set. 2020.

³²⁶ Art. 5º, XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

³²⁷ Art. 5º, XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

³²⁸ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

interesses individuais somados dos membros de uma coletividade social integralmente considerada³²⁹.

Assim, prevalecerá a convicção de escolha no atendimento daquilo que for mais adequado, proporcional, eficaz, célere, eficiente e satisfatória à coletividade, decorrente da opção do interesse com mais amplitude para toda a sociedade.

Na atualidade, o dogma da indisponibilidade do crédito tributário ainda se mostra como um dos principais entraves para a instituição da arbitragem tributária em países como Brasil, Espanha e São Tomé e Príncipe, situação essa que vem sendo contraditada pela doutrina internacional³³⁰.

Conforme já mencionado, sustenta-se no presente estudo a aplicabilidade da arbitragem no âmbito do Poder Público, especialmente no direito tributário, fato esse que tornam necessários os debates sobre concepções específicas concernentes à definição do que de fato venha a se amoldar como interesse público e do Poder Público.

O desafio seria definir o que pode ser classificado como direito patrimonial disponível para o Poder Público, quando da aplicabilidade de mecanismos de autocomposição e heterocomposição, especialmente, no quadro da arbitragem na seara tributária³³¹.

Na atualidade não seria mais viável falar em divisão absoluta entre público e privado, especialmente com o advento da CRFB/1988, pois considera-se que a Administração Pública participa efetivamente nas ações de natureza privada, sendo essa ocorrência recíproca³³². Cuida-se, portanto, de uma concepção clássica de interesse público que se constitui do próprio objetivo estatal³³³.

Nesse novo formato, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo se incumbiu de modificar os parâmetros normativos presentes no constitucionalismo moderno de aptidão

³²⁹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

³³⁰ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 30-31.

³³¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 71.

³³² *Op. cit.* p. 71.

³³³ *Op. cit.* p. 71.

dominantemente moral para uma concepção de valores, outorgando forte carga valorativa aos direitos fundamentais, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana³³⁴.

Nesse contexto, Davi Costa Feitosa Alves assevera:

A diferença meramente formal de critério hierárquico entre as normas constitucionais e infraconstitucionais adquiriu um novo elemento, representado por um critério axiológico de concretização dos direitos fundamentais, com vistas a enaltecer os preceitos constitucionais como valores em si mesmos, acompanhados por uma densa força normativa³³⁵.

A verdade é que a relação existente entre Administração Pública e a coletividade ficou, ao longo dos anos, mais difícil e múltipla, sendo necessário reanalisar alguns conceitos do que se poderia amoldar como interesse público.

Assim, uma análise mais profunda sobre o conceito de interesse público é indispensável para que seja possível ingressar no debate de disponibilidade ou indisponibilidade e esclarecer, também, o que seria considerado como supremacia do interesse público³³⁶. Essas definições serviriam de bússola na orientação para a validação das ações desenvolvidas no âmbito do Poder Público.

Faz-se indispensável analisar o modelo habitual acerca da classificação do que se compreende como interesse público no âmbito da Administração Pública, evoluindo para um novo campo de visão da relação entre Administração Pública e a sociedade, em especial na relação jurídica tributária, pela sua especificidade e complexidade³³⁷.

Dessa forma, um Estado que prima por uma administração com maior participação e transparência e, sobretudo, deseja gozar de um bom relacionamento e aceitação na sociedade, deve apresentar métodos adequados de solução de conflitos efetivos que sejam eficazes na elucidação destes, estando a instituição da arbitragem tributária no eixo dessas mudanças.

Assim, faz-se necessário compreender a supremacia do interesse público dentro de uma concepção moderna em que a organização público-particular deixou de ser ecoada sobre o

³³⁴ ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014, p. 22.

³³⁵ ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014, p. 22.

³³⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 71.

³³⁷ *Op. cit.* p. 71.

manto vertical e se instalou em uma percepção horizontal, sendo um dogma a prevalência e superioridade, por si só, do interesse coletivo sobre o interesse particular³³⁸.

O princípio da supremacia do interesse público, apesar de ser considerado a espinha dorsal da atividade administrativa (e, conseqüentemente como, viga mestra do Direito Administrativo), armazena no seu interior uma série de valores, os quais recebem forte interferência do processo constitucionalista³³⁹.

Dessa forma, ascendeu uma nova corrente doutrinária, que visualiza o princípio da supremacia do interesse público fruto de uma ditadura, um absurdo jurídico, mecanismo permissivo para a prática de arbitrariedade da Administração Pública³⁴⁰.

Dessa maneira, a Administração Pública e seus súditos são possuidores de direitos e obrigações na conjuntura de participação ativa do Poder Público no mercado privado e, portanto, na maioria das vezes, o interesse do Estado se confunde com o interesse coletivo³⁴¹. Assim, por esses e outros motivos, a doutrina administrativa moderna faz severas críticas ao conceito clássico de supremacia do interesse público.

A Constituição República Federativa do Brasil de 1988, com um formato neoconstitucionalista, apresenta uma nova forma de concepção, alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, constituiu-se uma imensidão de direitos e garantias fundamentais, exercendo papel de destaque incidentes em uma estrutura recheada de princípios e concepções³⁴².

Contudo, não se deve confundir interesse estatal com interesse público, considerando-se que há, também, interesses públicos não estatais, conforme se visualiza nas organizações presentes no terceiro setor. Dessa forma, há um novo significado do conceito de interesse público oriundo da crítica feita pela doutrina moderna.

³³⁸ *Op. cit.* p. 114-115.

³³⁹ ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014, p. 22.

³⁴⁰ *Op. cit.*, p. 22

³⁴¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 114-115.

³⁴² ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014, p. 22.

Segundo Rita Dias Nolasco e Osvaldo Antonio de Lima, “no Brasil, a principal dificuldade para instituição de mecanismos alternativos de resolução de litígios em matéria tributária surge em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público”³⁴³.

Contudo, segundo os autores, “o crédito tributário pode ser disponibilizado, desde que haja previsão em lei, conforme o interesse público e dentro dos limites instituído legalmente”³⁴⁴.

Não seria interessante inviabilizar a solução de conflitos pelo emprego de meios alternativos, com o fundamento de um pretensão intocável interesse público, sob pena de sufocar o desenvolvimento de um método eficiente e satisfatório de pacificação social³⁴⁵.

Vale destacar que é legítima a transação penal, mediante lei, envolvendo direitos difusos e mesmo diante de um juízo restritivo do Direito Penal, que tem como característica absolver os atos mais gravosos, é lícito conforme elencado no artigo 98, inciso I³⁴⁶, da CRFB/1988, que se transacione na seara penal, ocorrendo uma mitigação na ocorrência do Direito Penal³⁴⁷.

Essa evolução que ocorreu no padrão na esfera criminal se harmoniza com a evolução constante na sociedade e serve de norte para o legislador entender o complexo fenômeno social e, assim, apresentar soluções efetivas, céleres e satisfatórias para a tutela dos interesses mais relevantes para a sociedade³⁴⁸.

A Lei n. 7.347/1985, denominada Lei de Ação Civil Pública, no § 6º de seu artigo 5º³⁴⁹, permite a formalização de acordos extrajudiciais para tutelar direito indisponíveis. Essa

³⁴³ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 169-170.

³⁴⁴ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 170.

³⁴⁵ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 90.

³⁴⁶ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020).

³⁴⁷ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 90.

³⁴⁸ *Op. cit.* p. 91.

³⁴⁹ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência).

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo

flexibilidade tem como fundamento a aplicação finalística da norma, considerando que o objetivo maior da lei é a proteção do interesse público.

Na mesma senda, permite-se também a transação sem, contudo, contestar a incontroversa da natureza indisponível da criança ou adolescente nas demandas de alimentos.

Para Fernando Machado, “essa flexibilidade também se justifica pelo interesse do alimentado em receber os alimentos o mais rápido possível”³⁵⁰.

De igual modo, a Lei de n. 9.605/1998 em seu artigo 27, autoriza a transação nos crimes de menor potencial ofensivo, nos casos em que o acusado realize a composição do dano material³⁵¹.

A renúncia ao direito de ação ocorre em virtude da pouca lesividade do crime, vinculada à compensação dos prejuízos causados³⁵². Desse modo, percebe-se uma evolução na compreensão do conceito clássico do interesse público³⁵³.

Ademais, nos projetos de restauração de créditos tributários (REFIS e PAES), a título de exemplo, quando do seu parcelamento, ocorre também a disposição do crédito, que é aceito como forma de transação em matéria fiscal, assim, desde que realizado legalmente, ou seja, através de lei que autoriza a sua concessão, a arbitragem tributária pode ser perfeitamente instituída³⁵⁴, sob pena de ser instituído no Brasil, tribunal de exceção, que é expressamente vedado pela CRFB/1988.

Na Lei de n. 9.307, instituída no ano de 1996, somente ficou positivado o emprego da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direito patrimonial disponível com a Administração Pública, a partir do advento da Lei n. 13.129/2015.

A atuação econômica pelo Poder Público, com a participação da iniciativa privada, atrai também conflitos de interesses que podem ser questionados por outros mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990). (BRASIL. *Lei 7.347/1985*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 22 set. 2020).

³⁵⁰ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 95.

³⁵⁰ *Op. cit.* p. 95.

³⁵¹ *Op. cit.* p. 95.

³⁵² MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 95.

³⁵³ *Op. cit.* p. 95.

³⁵⁴ ALMEIDA, Patrícia Silva; VITA, Jonathan Barros. Recuperação dos créditos fazendários: métodos alternativos de solução as controvérsias tributárias. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP. v. 19. n. 8. p. 107 – 121. Jan./abr. 2018, p. 115.

Ademais, com o significativo aumento de produtos digitais e serviços que são vendidos pela internet e, sobretudo, o processo de globalização dos negócios realizados, aparecem litígios tributários complexos o que cria um cenário ideal para os debates a respeito da instituição da arbitragem tributária.

Faz-se imperioso destacar que não obstante todo os direitos conferidos pela Constituição Federal de 1988, não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, tendo em vistas suas possíveis limitações diante da dinâmica principiológica que orienta sua aplicabilidade.

Dessa forma, vale destacar que o princípio da supremacia do interesse público não pode alcançar sentido absoluto, sobretudo, diante da concepção neoconstitucional adotada pela Constituição Federal de 1988.

Evidente que a opção pela via arbitral não acarreta, forçosamente, renúncia ou disponibilidade do crédito tributário. Pela convenção de arbitragem, as partes decidem que o conflito será resolvido por árbitro ou tribunal arbitral, no âmbito externo ao judiciário e com imparcialidade.

Compreende-se que nessa relação o que seria indisponível é o dever do estado em atuar a partir do interesse da coletividade, legitimado pelas normas constitucionais instituídas³⁵⁵.

Faz-se imperioso destacar que na Constituição Federal não consta nenhum dispositivo expresso que indique a existência de monopólio da função jurisdicional em favor do Poder Judiciário.

Da mesma forma, não existe impedimento constitucional para o emprego da arbitragem com o Poder Público, bem como não há exclusividade do contencioso administrativo e judicial como foro obrigatório para solucionar litígios tributários.

2.5 O ROMPIMENTO DO MODELO CLÁSSICO DE INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O debate sobre arbitragem no âmbito do Poder Público, em especial a arbitragem tributária, necessita de uma análise mais aprofundada seguida de mudanças no entendimento de supremacia e indisponibilidade do interesse público, rompendo com o conceito adotado pela doutrina clássica.

³⁵⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 73.

A doutrina administrativista clássica defende a indisponibilidade dos interesses da Administração Pública, confirmando o princípio da supremacia do interesse público como verdade absoluta irremovível, que dispensa a ponderação dos interesses do Poder Público em relação aos interesses particulares³⁵⁶.

Faz-se imprescindível introduzir os conceitos de interesse público primário e secundário. O primeiro se relaciona com a coletividade e seus efetivos interesses, enquanto o segundo está relacionado com o próprio interesse do Poder Público, que é o possuidor de atribuições e responsabilidades na ordem jurídica e que contribui para a efetivação dos interesses primários³⁵⁷.

Assim, os interesses primários reproduzem os interesses da sociedade a partir de uma avaliação estimativa, enquanto os interesses secundários se relacionam com os interesses patrimoniais do Poder Público³⁵⁸.

Ainda que o direito indisponível seja real, há casos expressos no ordenamento jurídico pátrio nos quais a Administração Pública pode deles renunciar³⁵⁹.

O modelo clássico alimenta a existência de absoluta impossibilidade do emprego da arbitragem no âmbito tributário, compreendendo que nenhum direito que esteja atrelado ao Poder Público seria arbitrável³⁶⁰.

Em sentido contrário, a doutrina moderna defende que existem exceções ao conceito de indisponibilidade e afirma que indisponível é o dever do Poder Público em atuar a partir dos interesses da coletividade, consequentemente fundamentado pelo Ordenamento Jurídico pátrio³⁶¹.

Assim, a cisão ao modelo clássico acontece em um contexto atual de mudanças próprias no Estado, sendo um processo contínuo, que está inserido no contexto de um mundo globalizado e necessita urgentemente abandonar conceitos clássicos e estáticos da doutrina administrativista clássica³⁶².

³⁵⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 73.

³⁵⁷ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 115.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 73.

³⁵⁹ *Op. cit.* p. 73.

³⁶⁰ *Op. cit.* p. 73

³⁶¹ *Op. cit.* p. 74

³⁶² *Op. cit.* p. 74.

Nesse ambiente de constantes transformações, a arbitragem tributária se apresenta como instrumento de efetivação absolutamente viável e necessário para solucionar controvérsias envolvendo o contribuinte e os Fiscos.

A arbitragem se apresenta como um método heterônomo de solução de controvérsias, não se relaciona diretamente com renúncia ou disponibilidade do crédito tributário, mas sim com a escolha por um caminho complementar à jurisdição tradicional e à resolução dos litígios pelos tribunais arbitrais tributários³⁶³.

É um método adequado para que as partes solucionem seus conflitos sem a necessidade de interferência do Estado, por meio do Poder Judiciário. Essa situação vem se concretizando, atualmente, por meio da cláusula compromissória e do compromisso arbitral em respeito ao princípio da autonomia da vontade entre as partes³⁶⁴. E se apresenta como uma faculdade, e não uma obrigatoriedade.

Em síntese, a opção pelo juízo arbitral não importa a renúncia do crédito tributário, tampouco atinge os elementos da obrigação tributária, o que ocorre é a escolha por um caminho alternativo e externo aos tribunais do Estado³⁶⁵.

Existe uma busca constante pela solução da litigiosidade no âmbito nacional e internacional, não havendo justificativa para se continuar preso a conceitos arcaicos, que não correspondem mais a um mundo altamente globalizado e que acabam comprometendo o desenvolvimento econômico e social do País, em nada contribuindo para o bem-estar das pessoas³⁶⁶.

Vale ressaltar que na CRFB/1988 não há nenhum dispositivo expresso que assegure ser a função jurisdicional monopólio do Poder Judiciário, muito menos dispositivos que proíbam o emprego de métodos adequados de solução de conflitos, sobretudo os que se mostrem mais eficazes e adequados às constantes mudanças sociais.

³⁶³ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 31.

³⁶⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 74.

³⁶⁵ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 31.

³⁶⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 74.

Pelo contrário, o ordenamento jurídico brasileiro sinaliza pela utilização de meios adequados de solução de conflitos, dentre os quais pode-se destacar a arbitragem tributária³⁶⁷.

No entanto, imobilizar a resolução de litígios pelo não emprego de métodos alternativos, com o fundamento de um pretense inviolável interesse público, seria limitar o desenvolvimento de um método eficaz, célere e satisfatório de pacificação social³⁶⁸.

A afirmação de que a indisponibilidade inibe qualquer concessão no tocante a direitos coletivos é um argumento que precisa ser reanalisado, diante de uma situação complexa e delicada, considerando que é permitido transação em matéria penal, nas ações de alimento envolvendo o direito do menor e na lei de transação, onde se percebe a ocorrência da transação envolvendo valores de interesse público coletivo.

Dessa forma, é plenamente viável se pensar em ferramentas não estatal, de aproximação entre o jurisdicionado e a tutela jurisdicional eficaz, célere e satisfatória, no caso de litígios envolvendo a Administração Pública³⁶⁹.

Dentre estas, a arbitragem tributária se apresenta com alto grau de eficácia e potencial capacidade de resolução dos conflitos com celeridade e eficiência, além de descongestionar as demandas existente na jurisdição estatal.

2.6 O EXAME DA LIGAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA COMO ARGUMENTO PARA O EMPREGO DA ARBITRAGEM

Superados os debates sobre a viabilidade do emprego da arbitragem para solucionar controvérsias envolvendo o Poder Público a partir da instituição da Lei n. 13.129/2015 que alterou a Lei de Arbitragem, para inserir o § 1º³⁷⁰ em seu artigo 1º, deve-se agora a avançar na discussão sobre a aplicabilidade da arbitragem na seara tributária.

No Brasil, em especial, ainda existe o dogma da indisponibilidade do crédito tributário que tem servido de obstáculo para o emprego da arbitragem em matéria tributária, apesar de o

³⁶⁷ *Op. cit.* p. 75.

³⁶⁸ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 90.

³⁶⁹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 90.

³⁷⁰ Art. 1º § 1º: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL. *Lei 9.307/96*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020).

instituto ser largamente expandido em diversos países, sendo a arbitragem tributária uma realidade atualmente vigente no direito português, com constante procura dos contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas ligadas a diversas forças econômicas³⁷¹.

A diversidade na relação jurídico-tributária acaba criando um cenário de litigiosidade entre os contribuintes e os Fiscos, sendo necessário que o Poder Público disponha de meios adequados para solução desses conflitos, já que tem como objetivo a satisfação do crédito tributário³⁷².

O fato é que, na maioria das vezes, as cobranças fiscais são questionadas pelo contribuinte e esses conflitos acabam se arrastando por anos sem uma solução definitiva.

Vale ressaltar que essas arrecadações, além de serem um dever, são, também, uma necessidade estatal e têm como objetivo, entre outros, a promoção dos direitos fundamentais consagrados nos incisos de I a IV do artigo 3º³⁷³ da CRFB/1988.

O dispositivo constitucional mencionado impõe ao Poder Público uma efetiva prestação de serviços públicos. O País tem como meta alcançar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento do País, erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, raça, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O cumprimento desses dispositivos seria a “pedra de esquina”³⁷⁴ de toda atividade tributária da Administração Pública, devendo ser visualizada e assegurada para que a tributação cumpra, de fato, com sua verdadeira função social³⁷⁵.

É fundamental destacar que a obrigação tributária, pode ser principal e acessória. A primeira se relaciona com o dever de pagar o tributo, ou seja, dever de obediência à prestação

³⁷¹ HAMMOUD, Leonardo Rocha, *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 69.

³⁷² *Op. cit.* p. 77.

³⁷³ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em set. 2020.

³⁷⁴ Na Bíblia a pedra angular é também chamada de ‘pedra de esquina’, pois ela era colocada como base de duas paredes primárias da construção, fixando e determinando sua posição final. (CONEGERO, Daniel. *O que significa “Pedra Angular” ou “Pedra de Esquina”?* Disponível em: <https://estiloadoracao.com/pedra-angular-pedra-de-esquina-significado/>. Acesso em: 27 jun. 2020).

³⁷⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 77.

pecuniária compulsória³⁷⁶; a segunda se relaciona com as obrigações de fazer ou não fazer, instrumentais à obrigação principal, que ocorrem, por exemplo, na obrigação de emitir uma nota fiscal.³⁷⁷

Após ser criada a relação jurídico-tributária, com a ocorrência do fato jurídico-tributário, inevitavelmente incidirá encargo tributário constituído na obrigação de pagar o tributo e, conseqüentemente, o direito do Poder Público ver satisfeitos seus créditos, trata-se de uma relação compulsória³⁷⁸. Da mesma forma, o Estado, em contrapartida, tem o dever legal prover políticas públicas e ofertar serviços públicos de qualidade, eficaz e satisfatória para a sociedade.

O Poder Público deve proporcionar informações aos contribuintes de como e onde estão sendo empregadas as contribuições arrecadadas, a importância dessa arrecadação para a manutenção das ações desenvolvidas para a sociedade, livres de quaisquer preconceitos, seja no aspecto social seja no regional³⁷⁹.

Sabe-se que a efetivação desses objetivos fundamentais ainda está muito distante e, como consequência, a alta litigiosidade no âmbito fiscal só tende a aumentar. Nesse contexto, os debates pela aplicabilidade da arbitragem no âmbito tributário obtêm notoriedade³⁸⁰.

É dever do legislador originário instituir medidas eficazes para diminuir as demandas fiscais que tramitam nas esferas judicial e administrativa, sem muita efetividade.

2.7 A EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Diante das constantes transformações exigidas pelo mundo globalizado, e diante da alta litigiosidade de natureza fiscal, a arbitragem tributária se apresenta como método adequado de solução de conflitos e apaziguamento social, podendo ainda servir de mola propulsora para o desenvolvimento econômico e social do País.

³⁷⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 77.

³⁷⁷ *Op. cit.* p. 77.

³⁷⁸ *Op. cit.* p. 78.

³⁷⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 78.

³⁸⁰ *Op. cit.* p. 79.

Nesse contexto, a arbitragem tributária se coloca de forma facultativa ao lado do Poder Judiciário, acessível a todas as pessoas que queiram aderi-la, não é obrigatória, mas está disponível para todos³⁸¹.

Assim, após as partes pactuarem pela arbitragem, em respeito ao princípio da autonomia da vontade, estarão vinculadas ao juízo arbitral e à sentença dele pronunciada se torna obrigatória e deve ser cumprida pelas partes.

O esperável pela sociedade seria um sistema de justiça que funcionasse de forma segura, eficiente e menos complexo. O sistema tributário brasileiro tem uma administração tributária assoberbada de processo fiscal na esfera administrativa, o Judiciário atordoado com amontoado de ações tributárias e execuções fiscais pendentes de decisões³⁸².

Vale ressaltar que o Poder Judiciário dispõe de poucas varas ou turmas voltadas para atuar no direito tributário e, apesar do notório saber jurídico de seus membros, prolatam decisões superficiais e de baixo nível técnico que acabam por comprometer a segurança jurídica, com casos recentes emblemáticos³⁸³.

Para Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama, “uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham familiaridade com a matéria objeto da controvérsia”³⁸⁴.

Dessa forma, a arbitragem no direito tributário vem se destacando internacionalmente, especialmente depois da instituição da arbitragem tributária no direito português³⁸⁵.

O dinamismo surgido no mundo globalizado fez com que os Estados nacionais se inserissem no meio dos debates que envolvem diversos campos de atuação, em especial os dos direitos humanos, desenvolvimento, ampliação e pulverização das relações econômicas e do capital, fazendo com que os assuntos de natureza tributária ocupassem o foco das tensões no âmbito mundial³⁸⁶.

³⁸¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 79.

³⁸² HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 109.

³⁸³ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 401.

³⁸⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. São Paulo: Editora Foco, 2019, p.19.

³⁸⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 80.

³⁸⁶ *Op. cit.* p. 81.

O modelo clássico de superioridade do Estado mostra-se desequilibrado diante da atual interdependência da Administração Pública, se apresentando inapropriado para dar efetividade a essas constantes e importantes evoluções que ocorrem no cenário mundial e que requerem mudanças.

O fato é que os Estados Nacionais estão se universalizando demasiadamente e ampliando os mecanismos de apaziguamento social, os quais tem se mostrado efetivos e fundamentais nas relações econômicas, políticas e sociais.

Essa fase global ocorrida no âmbito internacional fez com que algumas organizações internacionais ganhassem prestígio. É nesse cenário que surge a OCDE, objetivando promover políticas de crescimento econômico e social em uma escala global³⁸⁷.

A OCDE, por meio de seu centro de políticas tributárias e administração, advoga pela instituição da arbitragem como sendo ferramenta eficaz de resolução de litígio de natureza tributária³⁸⁸, considerando a disparidade e a disfuncionalidade do sistema tributário no Brasil, comparados aos padrões internacionais.³⁸⁹

Assim, percebe-se que o emprego da arbitragem se apresenta como um importante mecanismo na resolução de litígios de natureza fiscal, sendo, eficaz, célere e satisfatório, requisitos indispensáveis para a construção de um sistema tributário nacional mais humanizado e racionalizado.

2.8 COMPREENSÃO SOBRE DISPONIBILIDADE E INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A ABDICAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL

A resistência pela aplicabilidade da arbitragem tributária no Brasil, fundamenta-se em razão do princípio da legalidade e da irrenunciabilidade do crédito tributário, entendendo que os órgãos fazendários não podem deixar de efetuar a cobrança do tributo instituído por lei.

O artigo 150, inciso I³⁹⁰, da Carta da República de 1988, dispõe acerca do princípio da legalidade em matéria tributária. Assim, os entes federativos estão proibidos de exigirem ou

³⁸⁷ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 81.

³⁸⁸ *Op. cit.* p. 81.

³⁸⁹ INSPER. *Contencioso tributário no Brasil: Relatório 2019 - Ano de referência 2018, julho de 2020*, p. 10.

³⁹⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

aumentarem tributos sem instituição de lei, sendo imprescindível uma lei para que se exija o tributo, disciplinando todos os mecanismos obrigatórios para a obrigação tributária³⁹¹.

Outra controvérsia tem relação como a irrenunciabilidade do crédito tributário, conforme dispõe o artigo 3º³⁹², relacionado com o artigo 142, parágrafo único³⁹³, ambos do CTN, sendo que o tributo consiste em uma prestação pecuniária compulsória, instituída legalmente e arrecadada, através de atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória.

A defesa da arbitrabilidade em matéria tributária parte de duas proposições. A primeira de que não existe nenhum dispositivo expresso na Constituição Federal /1988 que mencione qualquer impedimento para o emprego da arbitragem nos conflitos tributários; a segunda estabelece o entendimento de que o Poder Público pode selecionar alguns litígios tributários e submetê-lo ao juízo arbitral³⁹⁴.

Efetivamente, os conflitos de natureza fiscal são solucionados nas esferas administrativa ou judicial, sendo que o recurso administrativo tributário tem um valor significativo, pois quando protocolado pelo contribuinte, ocasiona a suspensão da exigibilidade da cobrança fiscal³⁹⁵.

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em set. 2020).

³⁹¹ Importante mencionar que em face do julgamento do RE 1.043.313 (Rel. Min. Dias Toffoli) e da ADIn 5277 (Rel. Min. Dias Toffoli), o conceito de majoração (aumento) dos tributos, em face da legalidade tributária, foi revisto pelo Supremo Tribunal Federal porque o mesmo tem compreendido que o conceito de legalidade para fins tributários imposto pelo texto constitucional não é estrito ou fechado. E, portanto, podendo-se alterar as alíquotas de tributos por meio de instrumentos normativos sublegais, desde que dentro dos limites impostos pela legislação.

³⁹² Art. 3º Tributo é 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. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 11 de set. 2020).

³⁹³ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 11 de set. 2020).

³⁹⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 84.

³⁹⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 85.

Por outro lado, quem julgará o recurso interposto pelo contribuinte será o próprio Poder Público, o que demonstra um certo grau de imparcialidade no exercício da atividade jurisdicional³⁹⁶.

O processo tributário no contencioso judicial enfrenta, também, grandes dificuldades. O Judiciário, afogado em numerosos processos, não apresenta uma resposta em tempo hábil, assim, ocorre um acúmulo de processos fiscais nos tribunais do País.

Dessa forma, o processo de aprovação pela aceitação e efetividade no emprego da arbitragem no direito tributário passa, inevitavelmente, por uma reanálise de conceitos jurídicos tradicionais e pela mudança de dogmas jurídicos.

O Congresso Nacional, legislador originário, tem um papel fundamental em promover essas mudanças, apontado meios adequados para que a imposição tributária seja mais eficaz e, conseqüente, a resolução dos litígios oriundos dessa relação jurídica possa ser feita de forma técnica, rápida e satisfatória³⁹⁷.

A verdade é que, no cenário atual, a relação jurídico-tributária existente entre o contribuinte e os Fiscos tem se desenvolvido de forma impositiva e excludente, justificada pela soberania estatal, criando uma zona de litigiosidade e, conseqüentemente, um acúmulo de processos nas searas judicial e administrativa, que não apresentam uma resposta técnica, célere e satisfatória para essas controvérsias.

Mostrar-se-ia mais correta a ideia de que não há um princípio universal de indisponibilidade do crédito tributário, portanto, seria irrelevante apoiar esse fundamento como obstáculo para a instituição da arbitragem nas questões fiscais³⁹⁸.

Além do mais, a pretensa indisponibilidade, ainda que fosse considerada, não teria relação com o crédito tributário, mas sim com a atividade de cobrança e arrecadação do tributo, conforme dispõe o artigo 3º³⁹⁹ do Código Tributário Nacional.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 85.

³⁹⁷ *Op. cit.*, p. 85.

³⁹⁸ *Op. cit.* p. 86-87.

³⁹⁹ Art. 3º: Tributo é 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. *Lei 5.172/66*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 01 jul. 2020).

Assim, o que estaria vinculado é a obrigatoriedade de exigir o crédito tributário, sendo que o administrador público de forma discricionária não pode deixar de cobrar, após a incidência do fato gerador tributário, sob pena de responsabilidade⁴⁰⁰.

Vale destacar que no CTN as demandas que versam sobre os interesses fazendários são permitidas, há anos, concessões, anistias, descontos parcelamentos, o objetivo de estimular o cumprimento das obrigações tributárias, que retratam autêntico interesse público⁴⁰¹.

É inegável que o crédito tributário pode ser remido, transacionado, anistiado e parcelado conforme dispõe o CTN nos artigos 151⁴⁰², 156⁴⁰³, 171⁴⁰⁴ e 180⁴⁰⁵, revelando-se, dessa forma, viável à sua disposição.

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 86-87.

⁴⁰¹ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 94.

⁴⁰² Art. 151: Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento (BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴⁰³ Artigo 156: Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - a remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴⁰⁴ 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. (BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴⁰⁵ Art. 180: A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando. (BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

Ademais, foi sancionada no dia 14 de abril de 2020, a Lei n. 13.988 que regula a transação de créditos tributários não judicializados que estejam na Receita Federal⁴⁰⁶.

O artigo 28⁴⁰⁷ da mencionada lei inseriu na Lei n. 10.522/2002 o artigo 9-E⁴⁰⁸ afim de autorizar, no caso de empate no julgamento de processo administrativo de determinação e imposição de crédito tributário, pela não aplicação do voto de qualidade, previsto no § 9º⁴⁰⁹ do artigo 25 do Decreto n. 70.235/1972, e determinar que a resolução do feito seja favorável ao contribuinte⁴¹⁰.

Ressalte-se, assim, que apesar do Decreto n. 70.235/72/1972 dispor que o voto de qualidade cabe aos conselheiros do CARF; no caso de empate, a Lei n. 13.988/2020 extinguiu o voto de qualidade⁴¹¹.

O artigo 25, inciso I⁴¹² da supracitada lei tem previsão para a concessão de descontos de até 50% do total do valor do crédito, com prazo máximo para a quitação de até sessenta meses, inciso II⁴¹³ do mesmo artigo mencionado.

⁴⁰⁶ ADAMS, Luís Inácio. Conjur. Opinião. Lei de transação tributária deve ser comemorada, mas ainda há muito a caminhar. Revista *Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/luis-inacio-adams-lei-transacao-tributaria>>. Acesso em 20 set. 2020.

⁴⁰⁷ Art. 28. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 19-E: Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte. (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 10 set. 2020).

⁴⁰⁸ Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte. (Incluído pela Lei nº 13.988, de 2020) (BRASIL. *Lei 10.522/2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm. Acesso em: 10 set. 2020)

⁴⁰⁹ Art. 25, § 9º Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009). (BRASIL. Decreto nº 70.235/1972. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm. Acesso em: 10 set. 2020).

⁴¹⁰ SCARANELLO, Tatiana. *Transação Tributária: Lei 13.988/2020*. Artigos. Direito Tributário. 18 de maio de 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/18/transacao-tributaria-lei-13-9882020/>>. Acesso em 20 set. 2020.

⁴¹¹ *Op. cit.*

⁴¹² Lei 13.988/2020 (...), art. 25. A transação de que trata este Capítulo poderá contemplar os seguintes benefícios:

I - concessão de descontos, observado o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do valor total do crédito; (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 10 set. 2020);

⁴¹³ II - oferecimento de prazos e formas de pagamento especiais, incluídos o diferimento e a moratória, obedecido o prazo máximo de quitação de 60 (sessenta) meses. (BRASIL. *Lei 13.988/2020*. Disponível

Essas mudanças de paradigmas instituídas no instituto da transação, se harmoniza com as transformações constantes na sociedade e fazem com que o legislador compreenda o complexo fenômeno social, estabelecendo método eficaz, célere e satisfatório para tutelar os interesses considerados mais relevantes.

Com isso, pode-se perceber uma postura mais aberta no tocante à possibilidade de transação no bojo da Lei n. 13.988/2020, a qual flexibiliza o conceito de indisponibilidade do interesse público e da irrenunciabilidade dos atos do Poder Público.

Assim, existem dois princípios a serem seguidos: primeiro, de que não seria o crédito tributário indisponível em virtude de seu caráter patrimonial acessível; segundo, que na arbitragem fiscal o que seria objeto de renúncia é a atuação jurisdicional do Estado, não o crédito tributário⁴¹⁴.

O crédito tributário se apresenta como direito subjetivo dos Fiscos e, ao ser instituída a arbitragem, não existirá nenhuma renúncia ao direito, mas somente a escolha por outro método jurisdicional externo ao Estado, por força do princípio da autonomia da vontade, que, após convencionado, vinculará as partes⁴¹⁵.

Assim, deve-se compreender que a arbitragem em matéria fiscal não é só plenamente possível como é, necessária, e, como tal, deve ser compreendida como um fundamental mecanismo de apaziguamento social e desenvolvimento da autonomia privada⁴¹⁶.

O principal fundamento desfavorável pela viabilidade de disposição do interesse público na esfera judicial passa pela indisponibilidade do objeto e, portanto, inviabilizar a instituição de mecanismos alternativos de resolução de litígios com esse fundamento seria sufocar o desenvolvimento de um eficiente método de pacificação social⁴¹⁷.

Resta esclarecer que não há margem de discricionariedade para o lançamento do crédito tributário pela autoridade fazendária, devendo ser realizado conforme determinação legal instituída em lei e, assim, se apresenta como um poder-dever do Estado⁴¹⁸.

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 10 set. 2020).

⁴¹⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 89.

⁴¹⁵ *Op. cit.* p. 88.

⁴¹⁶ *Op. cit.* p. 88.

⁴¹⁷ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 91.

⁴¹⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88.

Para Bruno Bastos de Oliveira, “a constituição do crédito tributário por meio do lançamento decorre da realização do fato jurídico tributário e é um dos momentos de maior relevância na relação jurídico tributária, vez que confere exigibilidade ao crédito”⁴¹⁹.

Desde o início, a relação jurídica tributária é definida em quase sua totalidade pelo afastamento entre os contribuintes e os Fiscos, concretizando uma relação opressiva marcada pelo elevado grau de litigiosidade.

Nesse contexto, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

Como se sabe, o contencioso administrativo fiscal é extremamente valioso para o contribuinte, principalmente pelo fato de que a sua instauração importa em suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ou seja, a Fazenda Pública fica impedida de adotar medidas em direção a cobrança do crédito⁴²⁰.

Dessa forma, frustrada a arrecadação tributária na esfera administrativa, provavelmente isso acarretará uma demanda no âmbito do Judiciário; porém, essa demanda poderia ser submetida ao juízo arbitral tendo em vista a inequívoca característica de disponibilidade nessa situação e por força do princípio da autonomia da vontade que rege as partes⁴²¹.

Assim, faz-se imprescindível que se esclareça que na arbitragem fiscal não há que se falar em disposição do crédito tributário, o que ocorre é uma eleição de árbitros para o desempenho do exercício jurisdicional pautados no estrito limite da lei⁴²².

Dessa maneira, o acordo de vontades entre Estado e contribuinte não residiria no próprio tributo, e sim na opção pelo meio jurisdicional mais adequado para a solução da controvérsia.

Assim, não seria outro o entendimento senão pela adesão ao grupo que entende ser perfeitamente possível a aplicabilidade da arbitragem no direito tributário, em especial para a arrecadação fiscal. Isso, após a instituição de Lei Complementar, disciplinando os limites processuais e materiais de sua ocorrência.

Essas mudanças se revelam plenamente necessárias para que o País possa se recuperar da crise econômica, que tem sido constante nos últimos anos, retomando, assim, o projeto de desenvolvimento econômico desejado pelo legislador na CRFB/1988.

⁴¹⁹ *Op. cit.* p. 91.

⁴²⁰ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 102.

⁴²¹ *Op. cit.* p. 91.

⁴²² *Op. cit.* p. 91.

2.9 DA NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA PARA INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Ao se discutir a aplicabilidade da arbitragem tributária no Brasil, já se pensa em mudanças na Lei n. 9.307/1996, delimitando fronteiras processuais e materiais para dar efetividade ao instituto, reduzindo, ao máximo a discricionariedade em respeito à materialização da segurança jurídica nas litigiosidades submetidas ao juízo arbitral⁴²³.

O direito tributário é disciplinado especialmente pelo princípio da legalidade, insculpido no artigo 150, inciso I⁴²⁴, da CRFB/1988, balizador dos debates acerca da arbitragem tributária.

Na seara privada é lícito fazer tudo que não seja vedado por lei, ao passo que a Administração Pública só pode realizar aquilo que está estritamente autorizado pelo dispositivo normativo.

Não obstante, o conceito clássico da teoria administrativa, que define a legalidade administrativa à simples obediência do disposto na lei, vem perdendo expressão, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988 que banuiu o despotismo da supremacia do interesse público, quando em conflito com a concretização dos direitos fundamentais⁴²⁵.

Assim, essa visão de legalidade como simples observância de dispositivos formais de existência e legalidade adquire, a partir da Constituição Federal de 1988, a inspiração da doutrina da efetividade, que consiste não só o atendimento dos requisitos legislativos e administrativos, mas também a eficiente materialização do interesse público.

Para Fernando Machado,

É possível, então, extrair da formulação do conceito de legalidade, ao menos duas premissas estruturantes: a um, que a reserva legal, a partir da Constituição de 1988, deixa de ser fonte exclusiva da atuação administrativa, e a dois, que a eficácia direta das normas constitucionais permite ao administrador agir mesmo na omissão da norma legal, quando amparado pela norma constitucional⁴²⁶.

⁴²³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 92.

⁴²⁴ Artigo 5º, inciso I: “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;” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴²⁵ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 37.

⁴²⁶ *Op. cit.* p. 38.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 146, inciso III⁴²⁷, estabelece que as normas gerais que tratem de matéria tributária necessitam ser instituídas por Lei Complementar.

O Código Tributário Nacional, Lei Ordinária formal introduzida no direito brasileiro em 1966, foi recebido pela Constituição Federal de 1988 como Lei Complementar por força da própria Constituição.

Ocorre que esse diploma normativo não contempla normas de caráter processual, ou seja, não trata sobre a resolução dos conflitos decorrentes da relação jurídico-tributária e essas definições podem ser atribuídas por Leis Ordinárias, tais como o Código de Processo Civil de 2015, a Lei de Execuções Fiscais e o Decreto n. 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal⁴²⁸.

⁴²⁷ Artigo 5º, inciso III: Cabe à lei complementar: estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴²⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88.

Nesse contexto, Leonardo Rocha Hammoud sustenta que existindo relação da matéria com o que dispõe o artigo 146 da CRFB/88⁴²⁹, deve obrigatoriamente o assunto ser instituído mediante Lei Complementar⁴³⁰.

Segundo o autor, o CTN, que dispõe sobre norma geral de tributação, não estabelece sobre a forma de resolução de litígios e que as formas de resolução de conflitos deveriam surgir por lei ordinária por possuírem conteúdo afeto ao processo tributário⁴³¹.

O fato é que para dirimir definitivamente a possibilidade de efetivação da arbitragem em matéria tributária, há a necessidade de uma lei nacional para possibilitar a adesão de todos os entes políticos no processo arbitral.

Assim, a norma geral que instituir arbitragem no âmbito tributário deve, obrigatoriamente, ter natureza de Lei Complementar por força do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

⁴²⁹ Artigo 146: Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

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 §§ 12º e 13º e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).”

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - será opcional para o contribuinte; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁴³⁰ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 148.

⁴³¹ *Op. cit.* p. 148.

2.9.1 Câmara de arbitragem na administração pública federal

Já existe previsão vigente no Brasil para aplicabilidade do instituto da arbitragem tributária. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF), instituída em 27 de setembro de 2007, regulamentada pelo Ato Regimental n. 05, de 27 de setembro do mesmo, soluciona litígios que ocorrem no âmbito do Poder Público em diferentes matérias, inclusive as de natureza fiscal.

Marcelo Ricardo Escobar, assevera que:

O paradigma em questão trata do histórico de criação, competência e atuação da Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal (“CCAF”), onde divergências entre a própria Administração Pública tem lugar há anos, inclusive em matéria tributária.⁴³²

A mencionada câmara objetivava, primeiramente, prevenir e diminuir o número de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, envolvendo a União, suas autarquias, fundações, empresas públicas federais, sociedades de economia mista, mas, logo em seguida, teve seu objeto ampliado e, atualmente, soluciona conflitos entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública de todos os entes federativos⁴³³.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública (CCAF) serve como mecanismo inibidor da judicialização de ações no âmbito do Poder Judiciário, bem como põe fim às ações já impetradas, diminuindo sobremaneira o tempo na resolução desses litígios.

A instituição da CCAF, assenta na LC n. 73/1993, com previsão explícita no artigo 4º, incisos X a XIII⁴³⁴ e parágrafo 2º, seguido da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que inseriu

⁴³² ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem Tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 249.

⁴³³ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF*: cartilha. 3. ed. atual. Brasília: AGU, 2012, p. 07.

⁴³⁴ Lei nº 73/1993, (...), “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;

XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar.” (BRASIL. *Lei complementar nº 73/1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 10 nov. 2020).

o artigo 8-C⁴³⁵ na Lei nº 9.028/1995, dispõe que é dever do Advogado Geral da União se apropriar de todas as providências necessárias para resolução no âmbito administrativo dos litígios oriundos das entidades da Administração Federal⁴³⁶.

Foi instituída a Portaria n. 118/2007 da Advocacia-Geral da União, responsável para providenciar a instalação de câmaras de conciliação *ad hoc* até que se instalasse a Câmara permanente, sendo em seguida instituída a Portaria n. 1.281/2007 que, em seu artigo 1º⁴³⁷, dispõe que a solução de litígios jurídicos entre órgãos e entidades da Administração Federal ocorrerá através da conciliação e do arbitramento.

Ocorre que no artigo 2º⁴³⁸ a mencionada Portaria houve a instituição das formas de realização do procedimento elencando, expressamente, apenas a conciliação, assim, ocorrendo dúvidas quanto à possibilidade do emprego da arbitragem.

A esse respeito Bruno Bastos de Oliveira assevera que:

Acosta-se ao entendimento dos autores supramencionados no sentido de que a dúvida quanto a termo “arbitramento” não merece prosperar, sendo esta expressão nítida referência à arbitragem. Portanto, todas as normas elencadas acima trazem a previsão expressa da arbitragem no âmbito da Administração Federal, havendo, no entanto, omissão quanto ao procedimento interno a ser adotado na CCAF⁴³⁹.

⁴³⁵Lei nº 9028/1995, (...), “Art. 8º-C. O Advogado-Geral da União, na defesa dos interesses desta e em hipóteses as quais possam trazer reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, ao erário federal, poderá avocar, ou integrar e coordenar, os trabalhos a cargo de órgão jurídico de empresa pública ou sociedade de economia mista, a se desenvolverem em sede judicial ou extrajudicial”. (BRASIL. *Lei nº 9.028/1995*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19028.htm. Acesso em: 10 nov. 2020).

⁴³⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 95-96.

⁴³⁷ Portaria 1281/2007, (...), “Art. 1º O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria”. (BRASIL. *Lei nº 1281/2007*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=204064>. Acesso em: 10 nov. 2020).

⁴³⁸ Portaria 1281/2007, (...), “Art. 2º Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, poderá ser solicitado seu deslinde por meio de conciliação a ser realizada. (BRASIL. *Lei nº 1281/2007*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=204064>. Acesso em: 10 nov. 2020).

⁴³⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.96.

Assim, consolida-se a possibilidade de arbitragem tributária no âmbito da CCAF, que seria perfeitamente competente para resolução de conflitos de natureza fiscal, com previsão também no Parecer AGU/SGR n. 01/2007 da Advocacia Geral da União. Com a instituição da Portaria n. 1.281/2007 da AGU, não restam dúvidas quanto ao emprego da conciliação em matéria fiscal.

Marcelo Ricardo Escobar, assevera que, “ao determinar que o deslinde das controvérsias ocorrerá por conciliação ou arbitramento, o texto faz menção evidente à adoção de duas formas distintas de dirimir as controvérsias”⁴⁴⁰.

Dessa forma, conclui-se por duas máximas: (i) que a competência da CCAF pode ser estendida e especializada para a PGFN; (ii) que a CCAF é competente para solução de litígios fiscais. E se levar em consideração que a arbitragem foi prevista no âmbito da CCAF, contudo, não foi regulamentada, chega-se à conclusão de que há plena possibilidade de arbitramento das controvérsias fiscais no âmbito da CCAF, necessitando apenas a regulamentação do seu procedimento, que deve ser realizado pela AGU/PGFN.

Assim, constitui grande avanço na solução dos conflitos surgidos no âmbito da Administração Pública, com o entendimento da necessidade da ocorrência de regulamentação, através de atos normativos emanados pela AGU/PGFN, para que se delimite expressamente, as ocorrências da arbitragem fiscal perante a CCAF.

⁴⁴⁰ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem Tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 252.

3 EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL COMO FERRAMENTA DE CONFIRMAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Neste terceiro capítulo do presente trabalho levantar-se-á a ideia da arbitragem tributária como mecanismo essencial para a retomada do projeto de crescimento econômico nacional, conforme foi instituído e planejado pelo constituinte de 1988.

Dessa forma, discorrer-se-á sobre temas relacionados à necessidade de proteção dos direitos sociais e a potencial restauração do acúmulo da dívida ativa por que se compreende que o instituto da arbitragem tributária pode ser uma ferramenta impulsionadora na retomada desse projeto de crescimento.

Assim, é necessário compreender tal projeto a partir do contexto de um mundo altamente globalizado e em constante evolução, com independência política e econômica, por meio do crescimento econômico autossustentável.

3.1 A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO

Já foi mencionado neste estudo que a instituição da arbitragem tributária no Brasil poderia servir, além de outros benefícios, como mecanismo impulsionador do desenvolvimento econômico e social. Mas, contudo, não se deve confundir desenvolvimento com crescimento econômico.

Para Bruno Bastos de Oliveira, “falar em ‘desenvolvimento’ é mergulhar numa seara pela qual se esgueiram enormes discursões e dúvidas”⁴⁴¹. Segundo o autor, “diversos autores se debruçaram sobre o tema e tentam compreender os problemas que surgem”⁴⁴².

Por um longo período, o PIB foi empregado como método de auferir o desenvolvimento dos países, contudo, esses métodos foram abandonados por que se demonstraram não confiáveis para se medir as fases do processo de desenvolvimento de um País⁴⁴³. Concluiu-se que medir o

⁴⁴¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 109.

⁴⁴² *Op. cit.* p. 109.

⁴⁴³ G1. Economia. *Por que economistas dizem que o PIB não é boa medida de bem-estar, incluindo seu criador*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/23/por-que-economistas-dizem-que-o-pib-nao-e-boa-medida-de-bem-estar-incluindo-seu-criador.ghtml>, Acesso em: 10 jul. 2020.

desenvolvimento por intermédio de um índice literalmente econômico escapa por completo dos ditames constitucionais modernos⁴⁴⁴.

Fernando Veloso, Pedro Cavalcante Ferreira, Fabio Giambiagi e Samuel Pessôa, asseveram que:

Críticos das medidas tradicionais de crescimento (e nível) do PIB por habitante enfatizam que essa medida desconsidera outras viáveis também relevantes para o bem-estar econômico-social de uma nação. A crítica é válida, e os principais manuais de teoria econômica de fato enfatizam a diferença entre nível de e bem-estar social.⁴⁴⁵

O processo de desenvolvimento que ocorre no âmbito de um Estado é bem mais complexo do que o simples crescimento econômico. O PIB não é instrumento eficiente nas análises de índices econômicos, que requerem um exame mais aprofundado das estruturas sociais existentes do País⁴⁴⁶.

Dessa forma, o aumento do PIB seria relevante, contudo, não deve ser o único vetor considerado, tendo em vista que o desenvolvimento de um País tem como resultado um processo com etapas no qual ocorrem profundas alterações estruturais sociais e econômicas.

O desenvolvimento de um País compreende a inclusão de princípios éticos e racionais voltados para o campo econômico, participação e inclusão social, maior inserção e participação na política, na educação básica, na repartição de riquezas econômicas e efetividade na prestação de serviços de saúde, entre outras causas⁴⁴⁷.

Dessa maneira, fica evidente que desenvolvimento difere de crescimento econômico, uma vez que o desenvolvimento acarreta profundas mudanças de ordem social, cultural e psicológica.

O Brasil já apresentou PIB considerado e alcançou a sexta posição no *ranking* mundial em 2011; contudo, não é considerado um País desenvolvido.

O ministro da Fazenda, Guido Mantega, já estimava o crescimento do País. Em entrevista coletiva realizada na última quinta-feira, o ministro afirmou que

⁴⁴⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 110.

⁴⁴⁵ VELOSO, Fernando; FERREIRA, Pedro Cavalcanti; GIAMBIAGI, Fabio; PESSOA, Samuel (Orgs.). *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 39-40.

⁴⁴⁶ *Op. cit.* p. 110.

⁴⁴⁷ *Op. cit.* p. 110.

o Produto Interno Bruto (PIB) do País crescerá entre 3% e 3,5% em 2011 e, com US\$ 2,4 trilhões, o Brasil passaria a ter o sexto maior PIB do mundo. ‘Podemos ultrapassar as grandes economias nos próximos anos, principalmente porque a economia brasileira continuará com um ritmo acelerado. Das seis maiores economias do mundo em 2011, o Brasil só perde para a China’, disse Mantega⁴⁴⁸.

Veja que o Brasil com o crescimento do PIB entre 3% e 3,5%, em 2011, e receita de US\$ 2,4 trilhões, se sobrepôs a grandes potências econômicas, das seis maiores economias mundiais, o País perdia somente para a China.

Contudo, o País tem apresentado um IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) inexpressivo que o coloca na posição de País subdesenvolvido. Assim, fica perceptível o desalinhamento com os aspectos econômicos e humanos⁴⁴⁹.

O Brasil tem mergulhado, nos últimos anos, em uma profunda crise econômica, social e política que ocorreu, dentre vários fatores, em virtude da adoção de políticas econômicas malsucedidas, escândalos políticos e de quedas constantes na arrecadação tributária⁴⁵⁰.

Essa situação tem deixado rombos bilionários nos cofres públicos e ocasionado evidente crise fiscal que acaba por atingir as estruturas econômicas e sociais, obstaculizando qualquer fomento ao desenvolvimento do País⁴⁵¹.

Foi exatamente nesse ambiente de instabilidade que começou a se fomentar pela instituição da arbitragem tributária como mecanismo capaz de solucionar conflitos envolvendo os Fiscos e os contribuintes.

A instituição desse mecanismo tem como objetivo o aumento da estabilidade, da segurança jurídica e, sobretudo, impulsionar o desenvolvimento do País não só no aspecto econômico, mas, também, relacionado com outros segmentos, tais como, por exemplo, os direitos humanos, social, político, ambiental, entre outros.

O subdesenvolvimento não seria necessariamente uma etapa obrigatória para que um determinado País alcançasse o desenvolvimento. Não existe um milagre ou fórmula mágica que

⁴⁴⁸ ISTO É. *Brasil ultrapassa Reino Unido e se torna 6ª economia do mundo*. Disponível em: https://istoe.com.br/184334_BRASIL+ULTRAPASSA+REINO+UNIDO+E+SE+TORNA+6+ECONOMIA+DO+MUNDO/. Acesso em: 21.jul.2020.

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 111.

⁴⁵⁰ *Op. cit.* p. 111.

⁴⁵¹ *Op. cit.* p. 111.

colocaria um determinado País no patamar do desenvolvimento, o que deve ser feito é a escolha por políticas adequadas, eficazes e satisfatórias por parte do Estado.

O desenvolvimento econômico é um processo permanente e conexo ao desenvolvimento social. Para sua materialização é imprescindível que ocorra a distribuição correta da riqueza do País, promovendo a efetivação do desenvolvimento econômico e social⁴⁵².

O Brasil tem apresentado muita dificuldade na implementação de políticas econômicas. Embora existam vários Projetos de Lei no País propondo a realização de uma reforma tributária, o que se vê, no entanto, são propostas confusas, incompletas e ineficientes que não enfrentam os reais problemas do País. Caso sejam aprovadas, iriam aumentar a insegurança jurídica, a litigiosidade e não resolveriam os reais problemas que há anos o País enfrenta.

As políticas de governo no campo fiscal sempre sinalizam para o aumento da carga tributária e não estão voltadas para o enfrentamento dos reais problemas relacionados com o acúmulo fiscal, a burocracia fiscal, a alta litigiosidade, o insignificante índice de arrecadação dos tributos, entre outros problemas⁴⁵³.

A ausência e, sobretudo, a ineficiência na instituição das políticas públicas, principalmente na área fiscal, acaba acarretando reflexos negativos para o setor privado, desmotivando o investidor e atraindo a retração na área econômica.

As escolhas realizadas pelo Poder Público não podem atrair efeitos negativos, instabilidade institucional, aumento nas despesas públicas, insegurança jurídica, crise de confiança e reações desagradáveis para o contribuinte sob pena de afetação do próprio interesse público⁴⁵⁴.

Nesse contexto, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

A partir da CF/88 e diante das políticas econômicas implantadas nas últimas décadas, houve opção pelo fortalecimento do mercado interno, possibilitando ao País maior autonomia político-econômica. Porém, o déficit de industrialização nacional ainda é muito alto, e muito disso ocorreu em decorrência de um clima totalmente desfavorável, principalmente no que

⁴⁵² OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 112.

⁴⁵³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 113.

⁴⁵⁴ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 51.

tange às questões fiscais e, em particular, às dificuldades de solução definitiva dos litígios havidos entre Estado e contribuinte⁴⁵⁵.

Percebe-se que com o advento da CRFB/1988 e diante das políticas econômicas instituídas nas últimas décadas ocorreu um fortalecimento do mercado interno, viabilizando ao País maior autonomia político-econômica.

Contudo, o *déficit* da industrialização nacional ainda é muito elevado e essa situação se deu em um ambiente totalmente desfavorável, em especial no tocante às questões fiscais, que encontram dificuldades de solução definitiva nos conflitos ocorridos entre Estado e contribuinte. Esse fortalecimento é indispensável para que o Brasil alcance o desenvolvimento com sucesso.

Vale ressaltar que essa foi a opção encontrada por países que atualmente são considerados como desenvolvidos e que não se encontrariam nos níveis atuais, caso houvessem aderido a programas de políticas econômicas que são impostos aos países classificados como subdesenvolvidos⁴⁵⁶.

É necessário que o País se direcione para a promoção de uma política econômica voltada aos objetivos e fundamentos impostos pela CRFB/1988, em especial ao projeto de desenvolvimento que foi pensado e instituído pelo constituinte, sendo, assim, imprescindível a conservação da estabilidade econômico-financeira para a realização, ao longo dos anos, desse projeto, que deve ser instituído por meio de programas que se mostrem eficazes, céleres e satisfatórios para as partes litigantes⁴⁵⁷.

Nessa perspectiva, compreende-se que a instituição da arbitragem tributária se apresenta como instrumento eficaz para a alta litigiosidade, promovendo celeridade na litigiosidade fiscal, trazendo celeridade na arrecadação⁴⁵⁸.

A concretização do desenvolvimento no País consiste na apresentação de projeto que adote e implemente políticas econômicas e de governança adequadas, sendo que essa ausência de políticas eficientes, adequadas e satisfatórias tem deixado o País mergulhado em uma constata e permanente crise econômica mundial nas últimas décadas⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ *Op. cit.* p. 116.

⁴⁵⁶ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 116.

⁴⁵⁷ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 116.

⁴⁵⁸ *Op. cit.* p. 116.

⁴⁵⁹ *Op. cit.* p. 117.

3.2 A INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS, SUPERAÇÃO FISCAL E CRESCIMENTO ECONÔMICO

No presente estudo levantou-se a ideia do emprego da arbitragem tributária como mecanismo eficaz, célere e satisfatório para resolver a alta litigiosidade entre os contribuintes e os Fiscos, objetivando trazer segurança jurídica para essa relação e impulsionar o desenvolvimento econômico e social do País.

O Brasil, ao longo dos anos, vem atravessando graves crises econômicas que acabam comprometendo a prestação dos serviços públicos por parte do Estado, tais como, por exemplo, a educação, saúde, segurança e assistência social e, inclusive, inviabilizando ou reduzindo recursos destinados ao Judiciário, que, além do crescimento vertiginoso na distribuição das demandas, conta com um sistema processual deficiente e com precariedade estrutural nos tribunais do País⁴⁶⁰.

Além da morosidade, o Judiciário dispõe de poucas varas ou turmas especializadas em direito tributário, levando-o a proferir decisões de baixo nível técnico, comprometendo a segurança jurídica nessa relação⁴⁶¹.

Essa situação decorre, em especial, da opção por políticas públicas malsucedidas e, sobretudo, desestabilização fiscal enfrentada pelo País, ao longo dos anos, ocasionada por constantes falhas, especialmente na arrecadação dos tributos e dificuldade enfrentada pelo sistema judicial e administrativo na resolução dos conflitos tributários⁴⁶².

Nesse contexto, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

A manutenção da estabilidade econômica do País passa necessariamente pela solidez e pela concretude de políticas fiscais claras e justas, com adoção de medidas que visem à racionalização do sistema como um todo, devendo estar no centro das preocupações das políticas de governo⁴⁶³.

Assim, a conservação da estabilidade econômica do País passa, forçosamente, pela efetivação e concretização de políticas fiscais claras, justas, eficazes e satisfatórias. Essa

⁴⁶⁰ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 38.

⁴⁶¹ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 27-28.

⁴⁶² HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 401.

⁴⁶³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 117.

situação deve ser visualizada como necessidade própria de políticas de Estado que devem ser, por sua vez, visualizadas a partir dos dispositivos instituídos pelo constituinte originário da CRFB/1988, atentando para a instituição e concretização dos objetivos e fundamentos que foram determinados, em especial dos projetos pautados na realização e na concretização do projeto de desenvolvimento econômico e social⁴⁶⁴.

Caso esse ambiente de vulnerabilidade não seja solucionado em tempo hábil, compreende-se que o sistema tributário nacional corre o risco de enfrentar um colapso que vai atingir todo o sistema financeiro (a denominada crise sistêmica), afetando, amplamente, a economia do País⁴⁶⁵.

Assim, essa situação requer uma atenção especial por parte do Poder Público, por ser capaz de ocasionar graves problemas no âmbito econômico e social, com reflexos negativos para toda a sociedade sobretudo, inviabilizar a possibilidade de efetivação do desenvolvimento econômico e social do País⁴⁶⁶.

O fato é que os efeitos das crises ocorrem no âmbito mundial, tais como as dos anos de 2008 e 2011 nos países considerados de periferia europeia. O Brasil também vem enfrentado anormalidades por causa da ocorrência da internacionalização dessas crises, principalmente no âmbito tributário⁴⁶⁷.

Assim, é nesse ambiente de crises e transformações que surge o desejo de urgente mudança. Nasce a necessidade de serem instituídos mecanismos que se mostrem mais eficientes e adequados aos anseios da sociedade, que está em constante evolução. E, sobretudo, se mostrem compatíveis com o desenvolvimento econômico e social do País.

Nesse contexto, Ana Paula Pasinato assevera que: “(...) essa nova revolução tecnológica vem impondo profundas mudanças nas relações sociais, na economia, na cultura, na política e no espaço geográfico. Há uma necessidade de adaptação⁴⁶⁸”.

É exatamente nesse ambiente de constantes transformações que se defende a instituição da arbitragem tributária como importante ferramenta para a solução da alta litigiosidade que

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 117.

⁴⁶⁵ *Op. cit.* p. 117-118.

⁴⁶⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 117-118.

⁴⁶⁷ *Op. cit.* p. 119.

⁴⁶⁸ PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem tributária eletrônica no Brasil. *Anais do 5o Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede* (2019), p.04.

ocorre no âmbito tributário, nos moldes do que foi instituído no direito português, após um debate técnico-científico de longos anos⁴⁶⁹.

3.2.1 Arbitragem tributária no ordenamento jurídico português

A arbitragem tributária está cada vez mais presente no direito alienígena, apresentando-se como método importante na resolução dos litígios fiscais. No âmbito internacional se apresentava com maior frequência na prevenção e resolução de problemas relacionados com a bitributação por causa da tendência internacional da globalização da economia e da internacionalização das relações⁴⁷⁰.

Assim, a instituição da arbitragem tributária no País pode ser importante na formação de um sistema tributário nacional, viável, racional e simplificado para que o Brasil possa retomar o projeto de desenvolvimento econômico e social e, sobretudo, para a desjudicialização dos litígios⁴⁷¹.

Os primeiros debates acerca da necessidade de instituição da arbitragem tributária no direito lusitano se originaram diretamente das graves crises econômicas sofridas pela União Europeia no ano de 2008, abalando de forma muito específica as economias periféricas⁴⁷². Portugal tinha um elevado acúmulo de pendências processuais, congestionando os tribunais administrativos fiscais⁴⁷³.

Assim, diante do estoque da dívida ativa, fazia-se imprescindível que ocorressem mudanças no sistema tradicional de arrecadação tributária português, com a instituição de mecanismos que garantissem uma resposta mais célere às demandas, além de conter o crescente avanço nas demandas fiscais⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 27.

⁴⁷⁰ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 120.

⁴⁷¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 120.

⁴⁷² *Op. cit.* p. 120.

⁴⁷³ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 67.

⁴⁷⁴ *Op. cit.* p. 36.

A arbitragem tributária foi ousadamente inserida no direito português pelo DL n. 10/2011, de 20 de janeiro, que aprovou o Regime Jurídico de Arbitragem Tributária (RJAT), previsto no artigo 124º da Lei nº 3-B, instituída 28 de abril de 2010⁴⁷⁵.

Esse regime instituiu um método alternativo de resolução jurisdicional de litígios em matéria tributária definindo que, no nº 2 do artigo 2 do Regime Jurídico de Arbitragem Tributária, os tribunais arbitrais têm que resolver as controvérsias conforme o direito constituído, vedando-lhes expressamente o recurso a equidade⁴⁷⁶.

As maiores dúvidas de constitucionalidade criadas sobre a viabilidade do emprego da arbitragem tributária na jurisdição arbitral recaem sobre a sua relação com o princípio da indisponibilidade do crédito tributário⁴⁷⁷.

Jorge Lopes de Sousa, ao comentar a matéria, declara que:

[...] se o princípio da indisponibilidade dos créditos tributários contendessem com essa prática de atos, então a única solução, ditadas pelas inexoráveis leis da praticabilidade e do possível, seria abdicar do princípio da indisponibilidade⁴⁷⁸.

Os principais objetivos apontados para a instituição da arbitragem no ordenamento jurídico português foram os argumentos pautados na celeridade e eficiência na resolução dos litígios surgidos entre o Estado e contribuintes⁴⁷⁹.

Da mesma forma que ocorre no Brasil, o princípio da legalidade era também imposto em Portugal como barreira intransponível para a instituição da arbitragem tributária no direito público⁴⁸⁰.

No país lusitano chegou-se ao entendimento de que o objeto de discussão na arbitragem tributária não tinha relação com a indisponibilidade ou disponibilidade do crédito tributário e sim com a legalidade da liquidação por um método mais simples, técnico, célere, coerente, eficiente e satisfatório na arrecadação fiscal⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mônica Brito (Coord). *Guia da arbitragem tributária*. Coimbra: Almeida, 2013, p. 94.

⁴⁷⁶ *Op. cit.*, p. 95.

⁴⁷⁷ *Op. cit.* p. 98.

⁴⁷⁸ *Op. cit.* p. 99.

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 123-124.

⁴⁸⁰ *Op. cit.* p. 123-124.

⁴⁸¹ *Op. cit.* p. 124.

A análise do sistema instituído e empregado no direito português fornece informações relevantes para que o Brasil possa avançar nos debates, tendo em vista que Portugal demonstrou pioneirismos ao disciplinar a matéria⁴⁸².

O regime jurídico da arbitragem tributária em Portugal apresenta três objetivos principais: servir como mais uma alternativa para aumentar o arcabouço de mecanismos para a tutela dos direitos e interesses dos contribuintes, instituídos legalmente⁴⁸³; promover mais rapidez na solução dos litígios⁴⁸⁴; e sanar boa parte do acúmulo de processos nos tribunais administrativos e fiscais⁴⁸⁵.

A arbitragem tributária se desenvolve por meio dos tribunais arbitrais, que atuam sob o comando do CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa), que tem personalidade de associação de direito privado, sem finalidade lucrativa, organizada por tempo indefinido⁴⁸⁶.

A competência dos tribunais atuantes em matéria tributária no âmbito do CAAD tem previsão expressa no RJAT, legalmente limitada, primeiramente, nas matérias elencadas no artigo 2º nº1, do mencionado regimento. Vejamos:

1 - A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões:

- a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta;
- b) A declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais;⁴⁸⁷.

Assim, caso esteja a controvérsia apta para ser submetida ao juízo arbitral, a Administração Tributária estará forçada a se submeter a esse método de jurisdição por meio da

⁴⁸² PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 175.

⁴⁸³ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 179-180.

⁴⁸⁴ *Op. cit.* p. 179-180.

⁴⁸⁵ *Op. cit.* p. 179-180

⁴⁸⁶ *Op. cit.* p. 179-180.

⁴⁸⁷ LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n.º 10/2011, de 20 de Janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

submissão aos tribunais arbitrais que atuam no âmbito do CAAD, conforme estabelecido no artigo 4º, n. 2, do Decreto-Lei n. 10/2011, não podendo os referidos tribunais solucionar as controvérsias a partir da equidade, conforme disposto no artigo 2º, n. 2, do Decreto-Lei n. 10/2011.

Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade.

Os tribunais arbitrais funcionam no Centro de Arbitragem Administrativa⁴⁸⁸.

A organização dos tribunais arbitrais depende da escolha do sujeito passivo em estabelecer ou não árbitro. O artigo 5º do RJAT dispõe que os tribunais arbitrais em matéria tributária atuarão somente com um árbitro quando o valor do pedido não for superior a duas vezes o valor da alçada dos tribunais centrais administrativos ou no caso de o sujeito passivo não optar por estabelecer árbitro; caso essas condições não sejam estabelecidas são designados três árbitros⁴⁸⁹.

Quando o sujeito passivo optar por constituir árbitro, arcará com todas as custas do processo, mesmo no caso de sagrar-se vencedor⁴⁹⁰.

Na hipótese de árbitro único a escolha é realizada pelo Conselho Deontológico do CAAD com base em uma lista de árbitros cadastrados no mencionado conselho, aprovada pelo CAAD conforme disposto no artigo 6º, n. 2 e 1, alínea “b”, do RJAT⁴⁹¹.

No caso de escolha dos árbitros pelo colegiado, os contribuintes têm plena liberdade para proceder com a escolha, e, nesse caso, os árbitros não estão vinculados à lista de cadastrados existente no Conselho Deontológico, conforme disposto nos artigos 5º e 6º do Decreto-Lei n. 10/2011:

1 - Quando o tribunal arbitral funcione com árbitro singular, o árbitro é designado pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, de entre a lista dos árbitros que compõem o Centro de

⁴⁸⁸ LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n.º 10/2011, de 20 de Janeiro. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

⁴⁸⁹ VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mônica Brito (Coord). *Guia da arbitragem tributária*. Coimbra: Almeida, 2013, p. 157.

⁴⁹⁰ *Op. cit.* p. 157.

⁴⁹¹ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 179-180.

Arbitragem Administrativa.

2 - Quando o tribunal arbitral funcione com intervenção do colectivo, os árbitros são designados:

2 - a) Pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, de entre a lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa; ou

3 - b) Pelas partes, cabendo a designação do terceiro árbitro, que exerce as funções de árbitro-presidente, aos árbitros designados ou, na falta de acordo, ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa mediante requerimento de um ou de ambos os árbitros.

3 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, os árbitros podem não constar da lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa⁴⁹².

No RJAT estão definidos os procedimentos e atividades ligadas ao exercício da função do árbitro. Aqueles que apresentarem interesses na função têm que se amoldar de forma cumulativa a determinados requisitos, que são: capacidade técnica, idoneidade moral, entre outros atributos que estejam em consonância com o estabelecido no artigo 7º, n. 01, do Decreto-Lei n. 10/2011.

1 - Os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público.

2 - Os árbitros devem ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, nas questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, pode ser designado como árbitro não presidente um licenciado em Economia ou Gestão, observando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no nº 1 e 2.

⁴⁹² LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n.º 10/2011, de 20 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

4 - A lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa é elaborada nos termos do presente decreto-lei e dos Estatutos e Regulamento do Centro de Arbitragem Administrativa.

5 - Os magistrados jubilados podem exercer funções de árbitro em matéria tributária, devendo, para o efeito, fazer uma declaração de renúncia à condição de jubilados, aplicando-se em tal caso o regime geral da aposentação pública⁴⁹³.

O artigo 15º do RJAT dispõe que o processo arbitral tem início a partir da formação do tribunal arbitral, em consonância com o artigo 11º nº 8 do mencionado regimento⁴⁹⁴, devendo ser formulado por escrito, por meio de requerimento, no qual deve constar, além da identificação da parte que vai compor o polo passivo, a identificação do pedido de pronúncia arbitral; a identificação do valor da utilidade económica do pedido; o comprovante de pagamento da taxa de arbitragem inicial, instituído no artigo 10, n. 02, do Decreto-Lei n. 10/2011; entre outros requisitos.

1 - O pedido de constituição de tribunal arbitral é apresentado:

- a) No prazo de 90 dias, contado a partir dos factos previstos no nº 1 e 2 do artigo 102.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, quanto aos actos susceptíveis de impugnação autónoma e, bem assim, da notificação da decisão ou do termo do prazo legal de decisão do recurso hierárquico;
- b) No prazo de 30 dias, contado a partir da notificação dos actos previstos nas alíneas b) e c) do artigo 2.º, nos restantes casos.

2 - O pedido de constituição de tribunal arbitral é feito mediante requerimento enviado por via electrónica ao presidente do Centro de Arbitragem Administrativa do qual deve constar:

- a) A identificação do sujeito passivo, incluindo o número de identificação fiscal, e do serviço periférico local do seu domicílio ou sede ou, no caso de coligação de sujeitos passivos, do serviço periférico local do domicílio ou sede do sujeito identificado em primeiro lugar no pedido;
- b) A identificação do acto ou actos tributários objecto do pedido de pronúncia arbitral;

⁴⁹³ LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n.º 10/2011, de 20 de Janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

⁴⁹⁴ VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito (Coord). *Guia da arbitragem tributária*. Coimbra: Almeida, 2013, p. 180.

- c) A identificação do pedido de pronúncia arbitral, constituindo fundamentos deste pedido os previstos no artigo 99.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário e, bem assim, a exposição das questões de facto e de direito objecto do referido pedido de pronúncia arbitral;
 - d) Os elementos de prova dos factos indicados e a indicação dos meios de prova a produzir;
 - e) A indicação do valor da utilidade económica do pedido;
 - f) O comprovativo do pagamento da taxa de arbitragem inicial, nos casos em que o sujeito passivo não tenha optado por designar árbitro ou comprovativo do pagamento da taxa de arbitragem, caso o sujeito passivo manifeste a intenção de designar o árbitro;
 - g) A intenção de designar árbitro nos termos da alínea b) do nº 2 do artigo 6.º
- 3 - O presidente do Centro de Arbitragem Administrativa deve, no prazo de dois dias a contar da recepção do pedido de constituição de tribunal arbitral, dar conhecimento do pedido, por via electrónica, à administração tributária⁴⁹⁵.

Outro ponto relevante definido no RJAT é que o chefe da Administração Tributária pode exercer, dentro do prazo de 30 dias, contados a partir da ciência do pedido de formação do tribunal arbitral, o autocontrolo dos atos da administração, promovendo a ratificação, revisão ou reforma, quando o pedido de constituição do tribunal arbitral tiver como fundamento o controlo da legalidade de atos tributários, conforme se depreende do artigo 13, n. 01, do Decreto-Lei n. 10/11.

Trata-se de medida importante, tendo em vista que geralmente estão no procedimento administrativo fiscal os detalhes e especificidades que podem trazer informações relevantes e que podem servir como fundamento na resolução do litígio⁴⁹⁶.

1 - Nos pedidos de pronúncia arbitral que tenham por objeto a apreciação da legalidade dos atos tributários previstos no artigo 2.º, o dirigente máximo do serviço da administração tributária pode, no prazo de 30 dias a contar do conhecimento do pedido de constituição do tribunal arbitral, proceder à revogação, ratificação, reforma ou conversão do ato tributário cuja ilegalidade foi suscitada, praticando, quando necessário, ato tributário substitutivo,

⁴⁹⁵ LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n. 10/2011, de 20 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

⁴⁹⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 128.

devido notificar o presidente do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) da sua decisão, iniciando-se então a contagem do prazo referido na alínea c) do n.º 1 do artigo 11^{o497}.

O RJAT recepcionou os princípios da igualdade, da razoabilidade, do contraditório, da cooperação, da boa-fé e da publicidade, consoante se observa no artigo 16 do Decreto-Lei n. 10/211:

Constituem princípios do processo arbitral:

- a) O contraditório, assegurado, designadamente, através da faculdade conferida às partes de se pronunciarem sobre quaisquer questões de facto ou de direito suscitadas no processo;
- b) A igualdade das partes, concretizado pelo reconhecimento do mesmo estatuto substancial às partes, designadamente para efeitos do exercício de faculdades e do uso de meios de defesa;
- c) A autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação das regras a observar com vista à obtenção, em prazo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas;
- d) A oralidade e a imediação como princípios operativos da discussão das matérias de facto e de direito;
- e) A livre apreciação dos factos e a livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, de acordo com as regras da experiência e a livre convicção dos árbitros;
- f) A cooperação e boa-fé processual, aplicável aos árbitros, às partes e aos mandatários;
- g) A publicidade, assegurando-se a divulgação e publicação das decisões arbitrais, nos termos do artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n. 10/2011, de 20 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

⁴⁹⁸ LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n. 10/2011, de 20 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

No Brasil, a instituição da arbitragem no ordenamento jurídico, forçosamente há que se impor os princípios processuais inseridos na CRFB/1988, em pleno vigor no País⁴⁹⁹.

Há previsão no RJAT de que, no processo de tramitação, a administração tributária deve obrigatoriamente remeter ao tribunal arbitral cópia integral do procedimento administrativo fiscal, tem como objetivo subsidiar as decisões do tribunal arbitral, conforme se depreende do artigo 17 do Decreto-Lei n. 10/2011.

1 - Recebida a notificação da constituição do tribunal arbitral a enviar pelo Presidente do Conselho Deontológico no termo do prazo previsto no n.º 8 do artigo 11.º, o tribunal arbitral constituído notifica, por despacho, o dirigente máximo do serviço da administração tributária para, no prazo de 30 dias, apresentar resposta e, caso queira, solicitar a produção de prova adicional.

2 - A administração tributária remete ao tribunal arbitral cópia do processo administrativo dentro do prazo de apresentação da resposta, aplicando-se, na falta de remessa, o disposto no n.º 5 do artigo 110.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário.⁵⁰⁰

A efetividade e a celeridade são atributos indispensáveis inseridos no ordenamento jurídico lusitano, por esse motivo, o procedimento instituído no RJAT apresenta uma certa flexibilidade e informalidade, determina expressamente que o processo arbitral seja solucionado no prazo de seis meses contados a partir do início do processo, com uma possível prorrogação do prazo por consecutivos períodos de dois meses, com o limite de seis meses, devendo os litigantes serem informados dos motivos que ensejaram tal prorrogação, devendo o litígio arbitral ser solucionado, no máximo, em um ano, conforme dispõe o artigo 21 do Decreto-Lei n. 10/2011:

1 - A decisão arbitral deve ser emitida e notificada às partes no prazo de seis meses a contar da data do início do processo arbitral.

2 - O tribunal arbitral pode determinar a prorrogação do prazo referido no número anterior, por sucessivos períodos de dois meses, com o limite de seis

⁴⁹⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 127.

⁵⁰⁰ LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n. 10/2011, de 20 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

meses, comunicando às partes essa prorrogação e os motivos que a fundamentam⁵⁰¹.

Essa ideia pode ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro quando da instituição da arbitragem tributária, sob pena de insucesso completo do instituto, considerando que no Brasil os processos judiciais envolvendo litígios tributários se arrastam por longos anos, no âmbito do Judiciário, não fazendo nenhum sentido instituir a arbitragem tributária e continuar padecendo do mesmo mal⁵⁰².

O RJAT inseriu em quarto lugar, na exposição de motivos, a irrecorribilidade das decisões prolatadas pelos tribunais arbitrais somente admitindo, em casos excepcionais, recursos para o Tribunal Constitucional, nas hipóteses em que a sentença arbitral recusar aplicar qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou no caso de aplicação de dispositivo cuja constitucionalidade tenha sido suscitada. Susana Bradford Ferreira assevera que “na arbitragem em matéria tributária o legislador acolheu como regra a irrecorribilidade da decisão proferida pelos tribunais arbitrais”⁵⁰³.

Contudo, porém, conforme será citado em seguida, existe a possibilidade de interpor recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, o Superior Tribunal Administrativo, nos casos de oposição de acórdãos, bem como a sentença arbitral poderá ser anulada pelo Tribunal Central Administrativo.

Cabe ainda recurso para o Supremo Tribunal Administrativo no caso de a decisão arbitral apresentar oposição quanto à mesma questão fundamental de direito e com acórdão do Tribunal Central Administrativo e do Supremo Tribunal Administrativo.

Em quarto lugar, acolhe-se como regra geral a irrecorribilidade da decisão proferida pelos tribunais arbitrais. Esta regra não prejudica a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional nos casos em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique uma norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada, bem como o recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando a decisão arbitral esteja em oposição quanto à mesma questão

⁵⁰¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 127

⁵⁰² OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 128.

⁵⁰³ FERREIRA, Susana Bradford. *Os Recursos e a Impugnação da Decisão Arbitral em Matéria Tributária*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2015, p. 04.

fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo⁵⁰⁴.

A inserção desses dispositivos tem como objetivo zelar pelos princípios da estabilização e uniformização dos precedentes e, assim, trazer a segurança jurídica em sua máxima essência⁵⁰⁵.

Dados revelados pelo CAAD demonstram a eficiência do processo arbitral, visto que mais de noventa por cento dos processos são solucionados por sentença arbitral⁵⁰⁶.

No aspecto da celeridade, dados apresentados também pelo CAAD são bastante positivos à medida em que revelam que o procedimento arbitral, no âmbito tributário, é solucionado em aproximadamente quatro meses⁵⁰⁷.

Outro dado importante divulgado pelo CAAD revela que a maior parte dos processos arbitrais envolve valores cujo pedido não ultrapassa o montante de sessenta mil euros, assim quebra-se o mito de que a arbitragem tributária envolve custos elevados e que estaria restrita somente aos litígios de grande repercussão econômica⁵⁰⁸.

Contudo, o que se defende neste estudo é a instituição da arbitragem tributária no Brasil, envolvendo somente valores significantes, tendo em vista os custos levados no processo arbitral. Não seria interessante no Brasil a instituição da arbitragem fiscal para cobrança de créditos insignificantes, bem como também não seria viável a instituição desse mecanismo, no Brasil, para substituir os processos nas esferas judiciais e administrativas.

Percebe-se que a prática vivenciada pelo país lusitano no âmbito da arbitragem tributária apresenta dados relevantes que podem servir de referência para os debates acerca da instituição e incorporação desse mecanismo de resolução de litígios tributários no direito brasileiro.

Assim, fica evidente que a instituição da arbitragem no Brasil se revela uma necessidade. Contudo, faz-se imperioso destacar que não se deve imputar nesse instituto a responsabilidade completa para a solução dos problemas que afetam o sistema tributário no

⁵⁰⁴ LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n. 10/2011, de 20 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

⁵⁰⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 129.

⁵⁰⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 131.

⁵⁰⁷ *Op. cit.* p. 133.

⁵⁰⁸ *Op. cit.* p. 134

País. E, sim, contar como mais um braço forte ao lado do Poder Judiciário na solução dos conflitos que surgem na sociedade em prol do desenvolvimento e, sobretudo, na efetivação de justiça.

3.3 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: ESTABILIDADE FISCAL E SUA RELAÇÃO COM A RESTAURAÇÃO DO ACÚMULO TRIBUTÁRIO.

O Brasil tem enfrentado, ao longo dos anos, uma considerável crise econômica. Essa situação faz com que se reflita sobre o modelo de políticas implantado pelo Estado, em especial as políticas fiscais⁵⁰⁹.

Nesse contexto, Bruno Bastos de Oliveira assevera:

Óbvio que o corte dos gastos públicos não deve atingir direitos básicos dos cidadãos, sob pena de se ver a Constituição pátria rasgada em sua essência. O Estado deve, sim, passar por uma reforma profunda que promova o fim dos inúmeros privilégios concedidos a membros do Executivo, Legislativo e Judiciário. O Brasil, uma das maiores potências do planeta, não pode estar fadado ao medíocre desenvolvimento econômico dos últimos anos⁵¹⁰.

No enfrentamento do problema fiscal os direitos básicos do cidadão não devem ser atingidos por política voltada a possíveis diminuições nos gastos públicos, sob pena de total descaso com a CRFB/1988 e com o cidadão.

O Brasil necessariamente deve passar por profundas reformas no âmbito dos três poderes, que coloquem fim aos inúmeros privilégios concedidos a um grupo privilegiado de pessoas. Assim, mostra-se imprescindível o enfrentamento da situação fiscal, caso contrário, o País pode imergir severamente em uma profunda crise⁵¹¹.

O momento conterrâneo é adequado para que os assuntos que perturbam a sociedade sejam encarados, por meio de análises mais racionais, que se relacione com o novo modelo de aspirações que se distanciam dos velhos métodos⁵¹².

⁵⁰⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 134-135.

⁵¹⁰ *Op. cit.* p. 135.

⁵¹¹ *Op. cit.* p. 134-135.

⁵¹² MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 43.

Logo, é plenamente possível o enfrentamento da situação fiscal buscando-se métodos para solucionar os problemas crônicos existentes no âmbito do sistema tributário nacional, tais como o *déficit* no recolhimento, o elevado estoque tributário, a complexidade e a ineficiência dos instrumentos clássicos de resolução de litígios tributários⁵¹³. Pode-se definir condições para a recuperação efetiva do estoque fiscal e a retomada econômica do País.

3.4 A REALIDADE DO PROCESSO TRIBUTÁRIO

Levantamento realizado pelo Senado Federal, no ano de 2016, constatou-se a existência de R\$ 4,080 bilhões de crédito tributário em litígios nas esferas judicial e administrativa no âmbito dos entes federativos⁵¹⁴.

Dados revelados pela PGFN, no ano de 2016, apontam, também, uma alta litigiosidade tributária por que evidenciam um total de crédito recuperado na ordem de R\$ 14,54 (quatorze vírgula cinquenta e quatro) bilhões, de janeiro a dezembro de 2016, onde R\$ 8,41 (oito vírgula quarenta e um) bilhões são de natureza tributária, o que demonstra o alto grau de litigiosidade dessa relação⁵¹⁵.

Segundo a PGFN, do estoque total de R\$ 1,84 trilhão (hum vírgula oitenta e quatro trilhão), 76%, ou seja, 1,41 (hum vírgula quarenta e um trilhão) faz menção a crédito não previdenciário, ou seja, de natureza tributária⁵¹⁶.

Outra preocupação que causa preocupação ao CNJ tem relação com a execução fiscal, na qual revelou-se um avanço exponencial nas pendências, saltando de 24 milhões, em 2009, para 31,2 trilhões em 2017⁵¹⁷.

Dados levantados pela PGFN apontam que o total de valores protestados foram na ordem de 7,5 bilhões de reais e, desse montante, ocorreu o pagamento insignificante de pouco mais de um milhão de reais⁵¹⁸.

⁵¹³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 135.

⁵¹⁴ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 33-34.

⁵¹⁵ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 135-136.

⁵¹⁶ *Op. cit.* p. 135-136.

⁵¹⁷ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 36.

⁵¹⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 136.

Essa situação demonstra que a adoção desse mecanismo (protesto de CDA) não trouxe resultados satisfatórios no aumento da arrecadação.

Existem no âmbito do CARF um acúmulo de 600 bilhões de créditos em questionamento, o que pode ensejar em pouco tempo uma elevação no número de crédito tributário inscrito na dívida ativa⁵¹⁹. Para Leonardo Rocha Hammoud, “(...) deve-se repensar o contencioso administrativo fiscal”⁵²⁰.

Dados do Relatório de Gestão do Ministério da Fazenda, em 2017, revelaram que as Delegacias Regionais de julgamento analisaram cerca de aproximadamente 77 mil processos que questionavam ressarcimento e restituição de tributos, pedido de compensação e lançamento de crédito tributário, sinalizando para um acúmulo de R\$ 277 bilhões em litígios⁵²¹.

Ademais, o mesmo relatório citado demonstra que, no ano de 2017, o CARF decidiu 16.905 processos, o correspondente a aproximadamente R\$ 380 bilhões de créditos tributários.⁵²²

É exatamente esse elevado acúmulo tributário que necessita ser atacado por políticas tributárias dignas, com mudanças profundas, podendo a arbitragem tributária ter papel relevante rumo a essas mudanças⁵²³.

Mecanismos como execução fiscal administrativa e protesto de CDA não têm se mostrado ferramentas capazes de combater o elevado estoque fiscal, além dos questionamentos acerca da constitucionalidade⁵²⁴.

Uma outra situação preocupante é que o estoque da dívida ativa atingiu o montante de R\$ 2 trilhões⁵²⁵. Dessa forma, percebe-se haver íntima relação entre a retomada econômica do Brasil e a solução da ineficiência do Estado na arrecadação tributária⁵²⁶.

Quando se discute sobre federalismo fiscal parece ficar evidenciado que a guerra fiscal e os problemas relacionados ao ICMS estão no centro dos debates, contudo não são

⁵¹⁹ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 38.

⁵²⁰ *Op. cit.* p. 38.

⁵²¹ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 39.

⁵²² *Op. cit.* p. 42.

⁵²³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 136.

⁵²⁴ *Op. cit.* p. 136.

⁵²⁵ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 38.

⁵²⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 136-137.

exclusividade⁵²⁷. Ao se mencionar acerca da solução de litígios, mostra-se indispensável e imediata a reforma do sistema de decisão dos litígios, seja nas esferas administrativa seja na judicial.

Assim, a arbitragem se mostra como mecanismo adequado para conter os avanços do estoque fiscal, trazendo celeridade na arrecadação, podendo ainda impulsionar a retomada do desenvolvimento econômico e social do Brasil⁵²⁸.

3.5 CONSERVAÇÃO, ESTABILIZAÇÃO DE DIREITOS E TRIUNFOS SOCIAIS EM UM HORIZONTE DE ESTAGNAÇÃO DE RECOLHIMENTO E INEFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A URGENTE NECESSIDADE DE RUPTURA COM O MODELO DE SISTEMA ATUAL

No decorrer do presente estudo, ficou evidente que a instituição da arbitragem tributária no País ultrapassa uma simples análise das condições no âmbito fiscal. O mecanismo apresenta-se também como uma ferramenta definitiva para que o Brasil possa gerar circunstâncias oportunas para alcançar o desenvolvimento econômico e social⁵²⁹.

Dessa forma, faz-se imprescindível enfrentar os problemas de natureza tributária, especialmente racionalizando o sistema e a simplificação de métodos alternativos de resolução de litígios.

Faz-se necessário compreender que conquistas sociais se adquirem com instituição e efetivação de políticas públicas adequadas, e, sobretudo, efetivação de mecanismos legislativos que proporcionem benefícios e melhorias aos cidadãos.

Ocorre que que essas transformações não acontecem rapidamente, podendo levar séculos, pois trata-se de um processo de evolução política, econômica e cultural⁵³⁰.

Pode-se elencar várias conquistas sociais relevantes que ocorreram ao longo dos anos, tais como: a instituição da democracia, extinção do absolutismo, conquista do voto pelas mulheres, libertação dos escravos, após longos séculos de violência contra a população negra,

⁵²⁷ *Op. cit.* p. 136-137.

⁵²⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 137.

⁵²⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 143.

⁵³⁰ *Op. cit.*, p. 143.

a instituição da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), uma grande conquista da classe trabalhadora, e a implantação do SUS (Sistema Único de Saúde), entre outras⁵³¹.

Esses direitos foram conquistados e instituídos para esses segmentos da sociedade por meio de leis; contudo, essas normativas necessitam de uma vigilância constante e de fiscalização para que ocorra sua concretização⁵³².

Na atualidade essas conquistas sociais não estão mais sendo definidas como voltadas para toda a sociedade, mas sim para definir benefícios para grupos sociais em particular, ou seja, para a luta dos homossexuais pelo direito ao casamento com pessoas do mesmo sexo; para a instituição de varas e delegacias voltadas para a defesa das mulheres vítimas de violência doméstica; para leis antifumo, instituídas como uma conquista social dos não fumantes; entre outras⁵³³.

No Brasil, além das conquistas sociais já mencionadas, vale ressaltar a definição real do que se classifica como direitos sociais a serem conquistados ou já concretizados, inseridos no artigo 6º da CRFB/1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)⁵³⁴.

Conforme disposto na CRFB/1988, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

São esses os direitos sociais determinados pelo constituinte de 1988, no Brasil, cabendo ao Estado a promoção e efetivação desses direitos para toda a sociedade. Vale ressaltar que mesmo sendo considerados como de extrema importância, esses direitos não são acessíveis a todos os cidadãos, pois muitos são desprovidos de conhecimentos e não sabem como acessar seus direitos.

Nesse contexto, Cristela Bairrada e António Martins declararam que:

⁵³¹ *Op. cit.* p. 144.

⁵³² OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 144.

⁵³³ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 144.

⁵³⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

O número considerável de pessoas com carências materiais que vivem sem um mínimo de qualidade de vida e a existência de rendimentos muito díspares entre os indivíduos, são assuntos que têm vindo cada vez mais a preocupar as sociedades contemporâneas, uma vez que suscitam questões muito importantes relacionadas com a justiça social⁵³⁵.

As pessoas não conseguem visualizar que é dever do Poder Público efetivar e promover serviços públicos de qualidade, eficazes e satisfatórios e, assim, não reivindicam seus direitos.

Ocorre que todos esses direitos não podem ser garantidos por meio de políticas públicas inoperantes que acabam por criar um ambiente de eterna litigiosidade com o cidadão, em especial os conflitos de natureza fiscal.

Os gestores públicos que prestam serviço de natureza pública o fazem em nome do interesse público e são incumbidos, também, de selecionar e implementar as normas necessárias ao bem-estar social de toda a sociedade que financia o Estado por meio dos pagamentos de encargos tributários para o custeio de diversos direitos fundamentais⁵³⁶.

Dessa maneira, faz-se necessário esclarecer que a gestão pública pode ser definida como objetiva ou subjetiva. A primeira entendida como a atividade desempenhada pelo Estado e direcionada para o alcance da coletividade. No sentido subjetivo, consiste em um conjunto de órgãos e pessoas, sejam físicas ou jurídicas, a quem o ordenamento jurídico outorgou o exercício daquelas atividades⁵³⁷.

Os modelos de gestão pública se definem como sendo o conjunto de métodos administrativos executados pela direção de uma organização para atingir os seus objetivos, sempre em função do bem-estar social.

No Brasil, evidenciam-se três modelos de gestão pública, a patrimonialista, burocrático e o gerencial.⁵³⁸ A ética na Administração Pública passa necessariamente pelos métodos, através dos quais as atividades do Estado são direcionadas e o direcionamento para essas atividades depende dos modelos de sistema de gestão pública aderidos pelos gestores⁵³⁹.

⁵³⁵ BARRADA, Cristela; MARTINS, António. Uma nota sobre a justiça fiscal em Portugal. *Economia Global e Gestão* Lisboa, v. 13, n. 3, p. 39-69, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442008000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 de dezembro de 2020.

⁵³⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 145.

⁵³⁷ *Op. cit.* p.145.

⁵³⁸ *Op. cit.* p. 145.

⁵³⁹ *Op. cit.* p. 145.

Além disso, as características individuais desses modelos de Administração Pública levam a diferentes abordagens e tratos com os negócios públicos e, efetivamente, a novos entendimentos do que é ético na Administração Pública.

Assim, o modelo patrimonialista seria uma marca inserida por Estados absolutistas e chegou ao Brasil com a vinda da Família Real em 1808⁵⁴⁰.

Nesse modelo, o Estado se considera uma extensão do poder do governante e os servidores públicos são escolhidos por indicação do monarca que acredita ser o proprietário do Estado, ocorrendo uma desordem entre as definições de público e privado.

Nesse ambiente os cargos públicos são ofertados como forma de gratidão ou pautados pelo interesse próprio do soberano, uma espécie de apadrinhamento, o famoso clientelismo, contaminado pela corrupção e o nepotismo, confundindo interesse público e privado⁵⁴¹.

Com o advento da Revolução Francesa, pautados nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, ocorreu uma pressão no âmbito do Poder Público por uma Administração Pública profissionalizada, que atendesse aos anseios da sociedade e, sobretudo, respeitasse os princípios da moralidade, isonomia, publicidade e impessoalidade, entre outros⁵⁴².

Nesse contexto Fernando Machado declara que: “[...], a burguesia recém constituída politicamente iniciou a construção de um Estado capaz de lhes assegurar a implementação dos ideais liberais que inspiraram a revolução”⁵⁴³.

Segundo o autor, “consolida-se, então nos iniciais do século XVIII, o Estado de direito, assim definido como aquele fundado na democracia, na tripartição dos poderes e no respeito aos direitos individuais”⁵⁴⁴.

Assim, no século XIX, na Europa, foi implantado um novo modelo de gestão denominado burocrático, que tinha como metas diminuir a corrupção e promover a impessoalidade nas atividades da Administração Pública, rompendo definitivamente com o modelo de administração patrimonialista⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ *Op. cit.* p. 145.

⁵⁴¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 145.

⁵⁴² OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 146.

⁵⁴³ MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 15.

⁵⁴⁴ *Op. cit.* p. 15.

⁵⁴⁵ *Op. cit.* p. 146.

Vale ressaltar que esse modelo serviu como referência na gestão do governo de Getúlio Vargas na década de 1930, sendo que nesse período ocorreu um significativo crescimento industrial, marcado por um forte nacionalismo⁵⁴⁶.

Dessa forma, objetivava-se a extinção da cultura marcada pelo modelo patrimonialista, que ainda estava presente no âmbito da Administração Pública, marcante desde a Independência, percorrendo todo o período imperial e a denominada República Velha, marcada pela atuação dos coronéis⁵⁴⁷.

Assim, ao longo dos anos, esse modelo de administração também entrou em declínio por se revelar moroso e ineficaz no tocante à prestação de serviços à sociedade.

Dessa forma, surge o modelo de gestão gerencial, pautado na preocupação com a qualidade dos serviços ofertados à coletividade e com a exagerada diminuição de custos.

Ao abordar a matéria, Bruno Bastos de Oliveira afirma que:

É preciso analisar o sistema tributário nacional desenhado pelo texto constitucional de 1988 sob a luz desses modelos de gestão anunciados acima. A administração tributária possui uma série de peculiaridades que a tornam uma das mais burocráticas, na acepção negativa do termo, da Administração Pública. Os conflitos entre Fisco e contribuinte se multiplicam e se eternizam, tanto na esfera do contencioso administrativo como também no contencioso judicial.

Infelizmente, o que se vê no Brasil é um retrocesso monstruoso, já que, nas duas últimas décadas, voltou-se à gestão patrimonialista, em que o ‘soberano’ distribui cargos de favor e arrecada as contrapartidas próprias do sistema. A versão burocrática de gestão pública está presente, misturando-se com a patrimonialista⁵⁴⁸.

Assim, a luz desses modelos de gestão administrativa apresentados a administração tributária apresenta uma série de especificidades que a tornam uma das mais burocráticas. Dessa forma, os litígios entre o Poder Público e o contribuinte se multiplicam e se eternizam, seja nas esferas judicial seja na administrativa.

“Lamentavelmente”, o que vem ocorrendo no Brasil é um declínio considerável, uma vez que nas duas últimas décadas foram incorporados os modelos de gestão patrimonialista,

⁵⁴⁶ *Op. cit.* p. 146.

⁵⁴⁷ *Op. cit.* p. 146.

⁵⁴⁸ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 147.

misturando-se com o burocrático, facilitando a divisão dos cargos públicos entre aqueles que estão alinhados com as políticas e propósitos do governo, o que acaba alimentando a corrupção, que é “assustadora” no País⁵⁴⁹.

Nesse ambiente, o que resta para os contribuintes, sejam pessoas físicas sejam jurídicas, é o aumento da carga tributária, que é excessivamente onerosa e sem nenhum retorno viável para a sociedade.

O que os contribuintes desejam é pela diminuição das desigualdades sociais e regionais, pelo aumento do equilíbrio e do bem-estar de toda a sociedade e, sobretudo, anelando para que sejam contempladas as expectativas do desenvolvimento nacional, conforme disposto na CRFB/1988.

Pode-se afirmar que a obrigação social do tributo está estreitamente atrelada aos princípios constitucionais e que a função social se faz presente na busca pelo desenvolvimento econômico sustentável e, sobretudo, na sadia qualidade de vida e na justiça fiscal⁵⁵⁰; que deve se pautar por uma proteção social, regional e ambiental, visando o desenvolvimento com igualdade de todas as regiões do País.

Dessa maneira, faz-se imprescindível, para a proteção e manutenção dos direitos sociais, diante do panorama caótico na arrecadação fiscal e inoperância do Poder Público, o rompimento com o modelo de sistema “corrupto, desumano e cruel” existente no Brasil⁵⁵¹.

Torna-se imprescindível tal rompimento, sobretudo em relação à instituição, de uma reforma tributária e política para se alcançar patamares ideais nos quais não ocorra mais, por causa da ingerência do Estado, o massacre da sociedade e o descaso com a iniciativa privada.

O método clássico de resolução de litígios fiscais não se apresenta mais eficaz na arrecadação fiscal e cria um ambiente de insegurança para os contribuintes. Assim, a arbitragem se apresenta como mecanismo viável para sanar essas controvérsias no âmbito tributário, que tem parcelas significativas das demandas judiciais pendentes de uma solução no âmbito do Judiciário⁵⁵².

Dessa forma, faz-se necessário que o Poder Público institua uma política tributária eficiente, racional, justa e célere que efetue as cobranças fiscais de forma mais digna e de forma

⁵⁴⁹ *Op. cit.* p. 147.

⁵⁵⁰ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 148.

⁵⁵¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 149.

⁵⁵² HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 111.

mais humanizada, para prover sua manutenção e, assim, concretizar sua soberania e, sobretudo, atender às necessidades básicas da coletividade sem criar nenhum constrangimento excessivo ao contribuinte.

Para que ocorram essas mudanças, faz-se imprescindível a presença marcante do Poder Executivo e do Congresso Nacional, comprometidos com os direitos e garantias fundamentais da sociedade e, sobretudo, com a atuação eficiente do sistema de gestão⁵⁵³.

Dessa maneira, a instituição de uma reforma política e tributária mostra-se imprescindível. Contudo, essas mudanças somente seriam possíveis se também ocorresse uma transformação completa nas ações no âmbito dos entes federativos, compostos por gestores e servidores comprometidos com os direitos e garantias fundamentais da sociedade. Esse seria o cenário ideal para a ruptura com o atual modelo imposto.

Contudo, essas mudanças não ocorrem rapidamente. Assim, o que se mostra possível para o momento é a efetivação da arbitragem fiscal como mecanismo de apaziguamento social, atuando ao lado do Poder Judiciário na resolução dos conflitos de natureza fiscal.

Ao abordar a matéria, Bruno Bastos de Oliveira declara que:

A efetivação das políticas públicas pode se dar direta ou indiretamente pelo Estado, podendo ser realizada por entes públicos ou mesmo privados. Os direitos sociais preconizados no art. 170 da CF/88 constituem as políticas públicas que visarão à efetividade desses direitos, de ordem econômica e social, com o fito de se atingir maior equilíbrio e desenvolvimento em termos não apenas sociais como econômicos⁵⁵⁴.

Assim, na busca pelo Estado ideal faz-se imprescindível a elaboração de projetos eficazes e, sobretudo, que as atividades desenvolvidas pelo Estado sejam justas e transparentes para que o contribuinte possa entender com clareza as ações governamentais, que devem ter como objetivo a implementação e a promoção da justiça fiscal e social em prol de toda a sociedade.

⁵⁵³ *Op. cit.* p. 150.

⁵⁵⁴ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 150.

4 ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI 4.257/19

Nesse capítulo serão apresentadas as características do Projeto de Lei n. 4.257/2019, preferencialmente, na parte que trata da instituição da arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro, analisando as possíveis inconsistências e sugestões pontuadas pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), no tocante à supressão e inserção de dispositivos; o alcance da arbitragem tributária; limites de atuação do árbitro; as controvérsias do pagamento dos honorários sucumbenciais na arbitragem e despesas na arbitragem tributária com o CPC/2015. E, por fim, será feita, também, uma análise crítica do Projeto de Lei n. 4.468/2020 que cria a arbitragem especial no Brasil.

4.1 Características do PL 4257/2019

Foi apresentado o Projeto de Lei 4.257/2019. O fundamento para a instituição do projeto foi a demora na entrega da prestação jurisdicional no âmbito do Poder Judiciário e a ineficiência nos métodos de arrecadações fiscais.

Deve-se levar em consideração que a efetivação dos direitos e garantias fundamentais determinada pelo constituinte de 1988 tem, efetivamente, forte relação com a cobrança de tributos e dos valores coletados pela Administração Pública⁵⁵⁵.

A arrecadação tributária é uma preocupação dos entes federativos. Não seria prudente afirmar que a instituição da arbitragem no direito tributário, principalmente a de natureza fiscal, teria a capacidade de resolver em definitivo os problemas relacionados às demandas existentes no âmbito do Poder Judiciário.

Dados publicados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), no ano de 2018, revelaram que somente no STF (Supremo Tribunal Federal) há, em média, um acúmulo de 70.085 processos e, no STJ (Superior Tribunal de Justiça), o tempo médio de processos pendentes de julgamento gira em torno de dois anos e seis meses⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257/20*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁵⁶ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 401.

Nesse contexto, Leonardo Rocha Hammoud, declara que:

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos aguardando uma solução definitiva, sendo que 18,1% estavam sobrestados, suspensos ou mesmo em arquivo provisório, o que faz com que se questione se o nosso modelo está devidamente aparelhado para fazer frente aos desafios dos conflitos da pós-modernidade⁵⁵⁷.

O acúmulo de mais de 80 milhões de processos pendentes de uma solução permanente demonstra que algo deve ser feito com urgência. O modelo atual não tem se mostrado efetivo, ou seja, capaz de apresentar uma resposta satisfatória em tempo hábil.

Vale destacar que os obstáculos enfrentados nos processos de execuções que tramitam no âmbito do Poder Judiciário representam, segundo dados revelados no *Relatório Justiça em Números*, 53% do total de todo o acervo de processos acima mencionado, pendentes de decisão, criando graves problemas que acabam por comprometer a eficiência, a segurança jurídica, o apaziguamento social e, sobretudo, o desenvolvimento econômico e social do País⁵⁵⁸.

A instituição da arbitragem tributária se apresentaria como uma via alternativa de solução de conflitos, uma saída para ajudar a desafogar o acúmulo de processos pendentes de decisões nas esferas judicial e administrativa.

Há também, no âmbito do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), segundo informações de Leonardo Rocha, cerca de R\$ 600 bilhões de créditos fiscais em questionamento que podem sofrer um crescimento ainda maior, aumentando de forma considerável o número de contribuintes inscritos na dívida ativa, o que demonstra, também, a ineficiência do contencioso administrativo⁵⁵⁹.

Outra preocupação é no tocante ao acervo de demandas que estão, atualmente, processadas no âmbito do Judiciário de forma desnecessária, mas por ausência ou imposição de lei, e que poderiam ser solucionadas pela via arbitral⁵⁶⁰.

Caso se efetivasse a arbitragem no País, os processos seriam solucionados de forma mais célere, efetiva e satisfatória, principalmente os de natureza fiscal com aumento nas cobranças fiscais, elevando a arrecadação pública e criando um ambiente mais adequado para

⁵⁵⁷ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 26.

⁵⁵⁸ *Op. cit.* p. 30.

⁵⁵⁹ *Op. cit.* p. 38.

⁵⁶⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257/20*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 09 jul. 2020.

o desenvolvimento econômico e social do País, além de resolver o problema do contribuinte e proporcionar a segurança jurídica⁵⁶¹.

Assim, o PL 4.257/2019, apresentado pelo senador Antonio Anastasia, realizado pela assessoria legislativa do gabinete do senador, assessoria jurídica do Senado Federal e Procuradoria-Geral do Distrito Federal, tem como objetivo regulamentar a arbitragem tributária, foco maior deste capítulo, e a execução fiscal administrativa⁵⁶².

O referido projeto permite ao contribuinte aderir ao juízo arbitral, subsidiado pela Lei n. 9.307/1996, para o processamento dos embargos à execução fiscal desde que seja realizado, previamente, para a garantia do juízo, o depósito em dinheiro, a fiança bancária ou seguro garantia⁵⁶³; a propositura de ação de consignação em pagamento de encargos tributários cujos pagamentos sejam dificultados pelo órgão fazendário⁵⁶⁴; e a ação anulatória de declaração de dívida tributária assegurada por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia⁵⁶⁵.

O PL mencionado tem como finalidade dividir a Lei n. 6.830/1980 em dois capítulos: no primeiro permaneceriam os dispositivos já existentes; no segundo, constariam os novos dispositivos, prevendo a possibilidade de os embargos à execução serem realizados pela arbitragem⁵⁶⁶.

Dessa forma, visando a garantia da execução, o contribuinte (devedor) deve realizar a fiança bancária, depósito em dinheiro ou seguro garantia, conforme se depreende dos artigos 16-A e 41-T.

O Estado credor, caso se sagrar vitorioso, levantará de imediato os valores devidos, caso contrário, terá que arcar com o pagamento dos honorários advocatícios atribuídos ao processo e ressarcir os custos conforme dispuser em lei.

Art. 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307,

⁵⁶¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 61.

⁵⁶² BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257/20*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁶³ *Op. cit.*

⁵⁶⁴ *Op. cit.*

⁵⁶⁵ *Op. cit.*

⁵⁶⁶ *Op. cit.*

de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.⁵⁶⁷

Art. 41-T. O executado pode optar pelo procedimento arbitral previsto nos arts. 16-A a 16-F caso, ao ajuizar a ação prevista no art. 164 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, ou a ação anulatória do ato declarativo da dívida, prevista no art. 38 desta lei, garanta o juízo por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia⁵⁶⁸.

Assim, o executado deve garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode aderir à arbitragem para julgar os embargos apresentados desde que respeitados os limites da lei de arbitragem, além de outras atribuições, que devem ser definidas por cada ente federativo.

No mesmo sentido, o artigo 41-T alude que o executado pode se submeter ao juízo arbitral no caso dos procedimentos previstos nos artigos 16-A a 16-F ao demandar nas ações previstas no artigo 164 da Lei n. 5.172/1966, ou na ação anulatória do ato declarativo da dívida, disposta no artigo 38 da mencionada lei desde que garanta o juízo por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

Dessa maneira, fica evidente que a imposição desses requisitos impostos pelo PL 4.257/2019 não é recomendável, pois apresenta uma série de inconsistência, que já foram levantadas pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem e provavelmente serão objetos de questionamentos no âmbito do Judiciário.

4.2 DAS POSSÍVEIS INCONSISTÊNCIAS DO PROJETO NA AVALIAÇÃO DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM

Ao apresentar nota técnica sobre o PL 4.257/2019, o Comitê Brasileiro de Arbitragem sugeriu supressões e mudanças no tocante aos dispositivos mencionados nos artigos 16-A e 41-T, nos quais tem-se o seguinte relato:

A proposta do Projeto de Lei no art. 16-A – e também no art. 41-T --, é muito específica com relação à aplicação da arbitragem, restringindo seu uso apenas

⁵⁶⁷ *Op. cit.*

⁵⁶⁸ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257/20.* Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 09 jul. 2020.

para os contribuintes que garantam o juízo da execução com depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia⁵⁶⁹.

Ocorre que o Código de Processo Civil de 2015 admite, em seu artigo 914, a oposição de embargos à execução independentemente de penhora, depósito ou caução e revogou, nessa parte, a anterior exigência de garantia prevista na Lei de Execuções Fiscais, como é sustentado por parte da doutrina em matéria de processo civil e de processo tributário no Brasil⁵⁷⁰.

Percebe-se que a proposta dos dispositivos 16-A e 41-T é muito específica no tocante à aplicação da arbitragem, uma vez que restringe sua utilização apenas ao contribuinte que garantir o juízo da execução com depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

O CPC/2015 admite, no artigo 914⁵⁷¹, a oposição de embargos à execução, independentemente de penhora, depósito ou caução, com isso, revogou a exigência de garantia prevista na Lei n. 6.830/1980, conforme tem sido sustentado por parte da doutrina tributarista e civilista no Brasil⁵⁷².

A busca pela cobrança do crédito fiscal é uma preocupação de todos os entes federativos por estar relacionada com o desenvolvimento econômico e social do País.

Contudo, não deve ser somente esse o fundamento para o emprego da arbitragem para a solução da alta litigiosidade em matéria tributária envolvendo o Poder Público no Brasil. Não se deve esquecer do interesse do credor em solucionar, também, suas controvérsias fiscais e, sobretudo, da busca pela justiça tributária, que deve ser o objetivo maior de qualquer projeto⁵⁷³.

Não seria recomendável admitir o emprego da arbitragem somente aos contribuintes que cumpram as garantias dotadas de maior liquidez, como as instituídas no artigo 16, incisos I e II⁵⁷⁴, da Lei de Execução Fiscal: essa situação criaria obstáculo para a adesão da arbitragem por

⁵⁶⁹ CBAR. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁷⁰ CBAR. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁷¹ Art. 914: O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos. (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁷² CBAR. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁷³ *Op. cit.*

⁵⁷⁴ Artigo 16, incisos I e II:

O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

boa parte dos contribuintes e acabaria por violar o princípio da isonomia, instituído no artigo 150, inciso II⁵⁷⁵, da CRFB/1988⁵⁷⁶, podendo inclusive ser objeto de ADI.

Assim, em respeito ao princípio da isonomia, o CBAr sugeriu, caso não ocorresse a supressão dos artigos 31-A e 41-T, uma nova redação para eles, ampliando o direito de optar pelo uso da arbitragem a todos os contribuintes, sem a exigência de garantia⁵⁷⁷.

Art. 16-A - O executado pode optar, sem prévia garantia por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia penhora, pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.⁵⁷⁸

Art. 41-T - O executado pode optar, sem prévia garantia por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia, pelo procedimento arbitral previsto nos arts. 16-A a 16-F caso, ao ajuizar a ação prevista no art. 164 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, ou a ação anulatória do ato declarativo da dívida, previsto no art. 38 desta lei.⁵⁷⁹

O CBAr recomendou pelo afastamento de um possível risco de rejeição da proposta de execução fiscal administrativa que resulte em rejeição a proposta da arbitragem tributária como mais uma via de acesso para o contencioso tributário, tendo sugerido a supressão dos artigos 16-B a 16-F e do artigo 16-C do PL 4.257/19.

Para afastar o risco de que nova rejeição da proposta de execução fiscal administrativa resulte também em rejeição da proposta da arbitragem tributária como uma terceira via para o contencioso tributário, hoje exclusivo das vias administrativa e judicial, o CBAr sugere, a princípio, a supressão dos

II - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; [...] (BRASIL. *Lei nº 6.830/80*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁵⁷⁵ Artigo 150, inciso II: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁵⁷⁶ CBAr. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁷⁷ *Op. cit.*

⁵⁷⁸ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257/20*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁷⁹ *Op. cit.*

artigos 16-A a 16-F e do artigo 41-T do Projeto de Lei, e do artigo 16-C da Emenda Modificativa, no que tratam da arbitragem tributária⁵⁸⁰.

O mencionado Comitê, considerando a relevância da matéria, recomenda que ocorra a separação da proposta de arbitragem tributária para ser tratada separadamente da proposta de execução administrativa. Assim, sugere que a matéria seja discutida e instituída no direito brasileiro depois de uma efetiva pacificação social, como ocorreu em Portugal⁵⁸¹.

Faz-se necessário destacar que a arbitragem tributária é um instituto separado exatamente pelo fato de precisar aderir a outras regras que não estão previstas na Lei n. 9.307/1996.

Assim, o mencionado Comitê também sugeriu uma discussão ampla para a instituição da arbitragem tributária no Brasil, com a presença de representantes dos contribuintes, dos órgãos de fiscalização do Estado, da sociedade civil, de instituições ligadas ao sistema de proteção e garantias e, principalmente, dos Ministérios Públicos estadual e federal.

O CBAr também apresentou sugestões que entende como relevantes para uma nova proposta para a adoção da arbitragem tributária.

O CBAr entende que em uma nova proposta legislativa para a adoção da arbitragem tributária, seria necessário (i) prever regulamentação da pessoa jurídica de direito público para apresentar ao contribuinte as hipóteses em que tal método de solução seria cabível; (ii) definir as particularidades do procedimento arbitral especial para esse método de solução, separando-as claramente do regulamento previsto na Lei n. 9.307/96; e (iii) facultar ao contribuinte manifestar seu interesse em iniciar o procedimento arbitral. Com isso, a autonomia da vontade necessária à solução de conflito por arbitragem estaria observada⁵⁸².

Vale ressaltar que a criação da arbitragem no âmbito tributário, objetivando a extinção do crédito tributário regularmente instituído, pode ser objeto de ação de inconstitucionalidade

⁵⁸⁰ CBAr. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁸¹ CBAr. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁸² CBAr. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

por ausência de previsão expressa no CTN, lei recepcionada pela CRFB/1988 como Lei Complementar⁵⁸³.

Dessa forma, o Comitê Brasileiro de Arbitragem, preocupado com o risco da inconstitucionalidade, sugeriu que em paralelo a uma nova proposta legislativa fosse também encaminhado um projeto de lei complementar para fazer as mudanças necessárias para a instituição da arbitragem tributária nos artigos que tratam da suspensão, extinção e interrupção da prescrição, respectivamente, do crédito tributário.

Desse modo, a sugestão que o CBAr quer levar à consideração de Vossas Excelências, para que se afaste o risco da inconstitucionalidade, é de que, em paralelo à nova proposta legislativa, seja também encaminhado Projeto de Lei Complementar para fazer as alterações necessárias para incluir a arbitragem tributária nos artigos 151 (suspensão da exigibilidade do crédito tributário); 156 (extinção do crédito tributário) e 174 (interrupção da prescrição para cobrança do crédito tributário) do Código Tributário Nacional⁵⁸⁴.

Assim, o referido Comitê entende que, realizadas essas mudanças por meio de Lei Complementar, estariam sanados os riscos da inconstitucionalidade do PL 4.257/2019.

4.3 DAS INCONSISTÊNCIAS NOS LIMITES PARA ATUAÇÃO DO ÁRBITRO NOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E DESPESAS NA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Conforme já analisado, o Comitê Brasileiro de Arbitragem sugeriu a supressão ou alteração de vários dispositivos do PL 4.257/2019 que trata da arbitragem tributária e da execução fiscal administrativa no Brasil.

No caso do artigo 16-B, o referido Comitê sugeriu que esse dispositivo fosse suprimido do texto: “Art. 16-B. Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por ano”⁵⁸⁵.

Conforme se depreende do texto acima citado, nenhum árbitro pode decidir em mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual faça parte o particular por ano. Considerando que a imparcialidade do julgador seja indispensável para validade dos atos.

⁵⁸³ *Op. cit.*

⁵⁸⁴ CBAR. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁸⁵ *Op. cit.*

Sobre esse assunto, Paulo Henrique dos Santos Lucon assevera que, “(...) existem fatos que podem parecer virtualmente irrelevantes para o caso, mas que gerem um “desconforto ético” no árbitro, o que o levará, em grande parte dos casos, a revelar tais circunstâncias⁵⁸⁶”.

Essa limitação parte do pressuposto que na arbitragem tributária o julgador poderia ter sua atuação prejudicada (independência e imparcialidade) no caso de ser indicado para julgar em mais de um processo envolvendo a mesma parte ou grupo econômico do qual aquele faça parte pelo período de um ano⁵⁸⁷.

Percebe-se que esse período de um ano não seria suficiente, considerando-se que o processo arbitral pode durar mais de um ano e, assim, tal dispositivo não produzirá, na prática, o resultado esperado e não justificaria sua manutenção no PL. Além do mais, a independência e imparcialidade são princípios basilares de qualquer julgador no curso dos processos⁵⁸⁸.

Vale ressaltar que no direito português foi inserido o mesmo impedimento e com tempo maior de dois anos. Assim, dois anos anteriores à sua designação, o árbitro não pode ter sido dirigente, servidor, agente da administração tributária, membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor, consultor do sujeito passivo que seja parte no processo⁵⁸⁹ etc. Esse período de dois anos, em Portugal, ainda está sendo questionado por não assegurar distanciamento suficiente para afastar a suspeição⁵⁹⁰.

Uma outra situação no PL 4.257/19, que provavelmente ocasionará polêmica, está no artigo 16-D, parágrafo único, que limita aos honorários sucumbências dos advogados atuantes na arbitragem tributária em 50% dos honorários sucumbenciais dos advogados atuantes em processos judiciais.

Art. 16-D. A fixação dos honorários advocatícios no processo arbitral obedece aos critérios do art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

⁵⁸⁶ LUCON, Paulo Henrique. Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*. 2013, p.50.

⁵⁸⁷ CBAR. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁸⁸ *Op. cit.*

⁵⁸⁹ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 67-68.

⁵⁹⁰ *Op. cit.* p. 68

Parágrafo único. O valor final dos honorários advocatícios não pode ser superior à metade do que seria arbitrado no processo judicial.⁵⁹¹

O dispositivo citado que reduz a remuneração dos advogados não se justifica, pois não há diferença de atuação profissional entre o procedimento arbitral e o judicial. Caso essa redução ocorresse em virtude de uma possível diminuição da atuação profissional, considerando a possibilidade de um julgamento mais célere no procedimento arbitral, ainda assim, não se justificaria tal limitação, pois deveria levar em consideração cada caso concreto em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁵⁹².

Ademais, os §§ 3º⁵⁹³ a 7º⁵⁹⁴ do artigo 85 do CPC/2015 dispõem sobre a fixação dos honorários advocatícios quando a Fazenda Pública é parte no processo. Essa situação se aplica aos processos judicial e arbitral, o que não justifica a limitação imposta no parágrafo único do artigo 16-D do PL 4.257/19⁵⁹⁵. Dessa forma, o Comitê Brasileiro de Arbitragem sugeriu sua supressão do mencionado projeto.

Outro artigo que pode trazer polêmica é o artigo 16-E: “Art. 16-E. As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado e não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios”⁵⁹⁶.

Conforme se depreende do texto anteriormente citado, as despesas no procedimento arbitral devem ser antecipadas pelo executado, contudo não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios.

Essa limitação não se mostra adequada, uma vez que pode trazer prejuízos efetivos no trâmite do processo. Percebe-se no texto uma possível contradição temporal, tendo em vista

⁵⁹¹ CBAR. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁹² *Op. cit.*

⁵⁹³ Artigo 85, § 3º, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: [...] (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁵⁹⁴ Artigo 85, § 7º, não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada. (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020).

⁵⁹⁵ CBAR. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257/20*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 09 jul. 2020.

que os valores do adiantamento, a título de honorários advocatícios, só seriam fixados no término do processo com a prolação da sentença⁵⁹⁷.

Assim, para afastar essa contradição o Comitê Brasileiro de Arbitragem sugeriu a alteração do artigo com a seguinte redação:

Art. 16-E – As despesas do procedimento arbitral em matéria tributária devem ser adiantadas pelo contribuinte e não podem exceder ao montante máximo do que seria fixado a título de honorários de sucumbência para o advogado da parte vencedora.⁵⁹⁸

Percebe-se que foram várias as mudanças sugeridas pelo CBAr; contudo, fica evidente que é plenamente viável a regulamentação legislativa da arbitragem tributária para a solução da alta litigiosidade entre o contribuinte e o fisco.

No tocante ao PL 4.257/2019, por ter tratado da arbitragem fiscal de maneira incompleta, essa situação pode acarretar mais insegurança jurídica e trazer mais rejeição para a instituição e aplicabilidade da arbitragem na seara tributária no País.

Dessa maneira, objetivando proporcionar efetividade e sobretudo segurança jurídica, faz-se indispensável a instituição de lei delimitando o alcance da arbitragem tributária, normatizando todas as diretrizes.

Dessa maneira, para concretizar essa situação, poderia ter sido absolvido como referência o que vem dando certo na arbitragem tributária instituída no direito português.

Foi nesse sentido que se posicionou Leonardo Rocha Hammoud:

Considerando a semelhança dos problemas e dos objetivos do Brasil e de Portugal, bem como os resultados da arbitragem tributária portuguesa, que tem a média de 4,5 meses para solução da controvérsia, é de interesse compreender seu funcionamento, para se for o caso, servir de inspiração a um possível modelo brasileiro, com destaque à regulamentação inovadora introduzida pelo modelo português⁵⁹⁹.

Considerando a igualdade dos problemas e dos objetivos existentes entre Brasil e Portugal e os resultados da arbitragem tributária portuguesa, que tem uma média de quatro meses e meio para resolver as controvérsias tributárias, seria interessante compreender como

⁵⁹⁷ CBAr. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁹⁸ *Op. cit.*

⁵⁹⁹ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 69.

funciona e, caso necessário, servir de inspiração para a instituição de um possível modelo no Brasil.

A arbitragem tributária é uma realidade indispensável no cenário da justiça fiscal em Portugal, segurança de uma tutela jurisdicional eficaz em matéria tributária e, apesar dos problemas, deve servir de referência para o Brasil⁶⁰⁰.

A CRFB/1988, ao constituir direitos e garantias fundamentais inseridos em um horizonte de Estado Democrático de Direito, assegurou essas garantias a todos os contribuintes, os quais não podem permanecer atrelados à confusa realidade do sistema tributário do País.

A inoperância dos agentes pacificadores no Brasil, principalmente do Poder Judiciário, faz crescer a insegurança jurídica e aumentar o nível de desconfiança do contribuinte, trazendo reflexos negativos para o desenvolvimento econômico e social do País.

Dessa forma, fica evidente que se deve buscar alternativas que se mostrem adequadas no enfrentamento da alta litigiosidade fiscal e que ocasionem resultados favoráveis ao País ante a ineficiência do modelo tradicional. Assim, faz-se indispensável que as propostas de mudança sejam necessárias e, sobretudo, não acarretem ainda mais constrangimentos e violação a direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

Considerando que a questão fiscal é uma prioridade para os entes federativos, conclui-se que a solução consiste, sobretudo, na instituição e efetivação da arbitragem tributária como uma via alternativa ao lado do Poder Judiciário, atuando como mecanismo de pacificação social.

Dessa forma, o PL 4.257/2019 não se mostra, conforme se observa na nota técnica do CBAr, um instrumento adequado para conter a alta litigiosidade e resolver os conflitos de natureza fiscal que ocorrem nas esferas judicial e administrativa seja pela natureza do procedimento seja pelos pontos destacados acima. Além disso, provavelmente será objeto de muitas críticas, seguidas de ações no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, considerando-se a semelhança dos problemas e dos objetivos existentes entre Brasil e Portugal, faz-se interessante compreender o direito tributário lusitano e nele se inspirar para instituir um modelo adequado e mais racional de resolução de conflitos no âmbito fiscal e,

⁶⁰⁰ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 401.

dessa forma, impulsionar o desenvolvimento econômico e social do País nos moldes instituídos pelo constituinte de 1988⁶⁰¹.

4.4 Projeto Lei n. 4468/2020

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 4468/2020, de autoria da senadora Daniella Ribeiro. O mencionado projeto pretende criar a arbitragem especial tributária na esfera federal e visa modernizar as relações entre os Fiscos e os contribuintes, bem como desobstruir o Judiciário, considerando que os processos de execuções fiscais representam atualmente, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%⁶⁰². O que significa que a cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas oito foram baixados⁶⁰³.

Ocorre que tal arbitragem especial tributária não pode ser aplicada se já houver constituição do crédito tributário mediante auto de infração ou lançamento tributário. Assim, não se trata de um mecanismo alternativo de resolução de litígios.

Vale destacar que no começo de uma fiscalização ainda não existe litígio a ser questionado; ocorre, apenas, o exercício do Poder da Administração Pública na fiscalização dos contribuintes.

Nesse contexto Jose Eduardo Toledo assevera que:

“A arbitragem se apresenta como uma forma da solução dos conflitos, mas jamais de procedimentos prévios onde sequer existe qualquer conflito. O que temos, na melhor das hipóteses, são atos preventivos, cujos institutos não se confundem⁶⁰⁴”.

⁶⁰¹ HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 69.

⁶⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

⁶⁰³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

⁶⁰⁴ TOLEDO, José Eduardo. *Arbitragem tributária e o PL 4468/2020*. IBET. 9 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

O PL apresenta de forma implícita o árbitro como juiz de fato e de direito e o laudo arbitral não se sujeita a homologação ou recurso ao Judiciário, contudo, sua abrangência de atuação está restrita a matérias fáticas, vedando, expressamente, debates sobre constitucionalidade de normas jurídicas, sobre lei ou decisão que contrarie posicionamento consolidado pelo Judiciário⁶⁰⁵.

Vale destacar que no sistema difuso e incidental a declaração de inconstitucionalidade vincula as partes litigantes e pode ser declarada por juízes e tribunais. Sendo o árbitro um juiz de fato e de direito, tem competência para afastar normas jurídicas que estejam em descompasso com a devida relação de pertinência com as normas que apresentem os devidos fundamentos de validades. Essa situação não apresenta qualquer confusão com a declaração de inconstitucionalidade, que é privativa do STF.

Outro descompasso apresentado pelo PL, nas exposições de motivos, é a aplicação da arbitragem e na quantificação de crédito reconhecido judicialmente. Essa situação não objetiva resolver qualquer litígio, apenas esclarecer ao contribuinte acerca da interpretação que o Poder Público tem sobre a aplicabilidade de determinada norma jurídica⁶⁰⁶.

Caso essa situação se concretize o contribuinte, ao aderir pela arbitragem especial tributária, requerendo uma resposta à consulta, terá que pagar diversos custos e nem mesmo pode esperar a celeridade supostamente esperada, tendo em vista que o mencionado PL estipula prazo de 12 meses para proferir sentença arbitral, que ainda poderá sofrer uma prorrogação, até o limite de 24 meses⁶⁰⁷.

Outra situação desnecessária e polêmica no PL diz respeito ao árbitro desempataador, quando o laudo arbitral não for unânime e se tiver previsão no compromisso arbitral.

Ao abordar a matéria, Jose Eduardo Toledo assevera que:

Veja-se que se o “árbitro desempataador” concordar com a posição vencedora, estar-se-á diante de uma nova decisão não unânime; de outro lado, se concordar com a posição vencida, haverá novo empate, sem qualquer previsão de como deverá ocorrer o desempate. A existência desse “desempataador”

⁶⁰⁵ *Op. cit.*

⁶⁰⁶ TOLEDO, José Eduardo. Arbitragem tributária e o PL 4468/2020. *IBET*. 9 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

⁶⁰⁷ *Op. cit.*

somente servirá para aumento em custos, além de dilatar o prazo para a obtenção da “sentença arbitral⁶⁰⁸”.

Ainda que se torne concreta a arbitragem especial tributária, provavelmente não será uma medida acertada sua instituição no direito brasileiro. A finalidade de obtenção de uma resolução de um litígio, que ainda não existe, de forma mais rápida e eficaz vai acabar se tornando um problema mais moroso, com gastos desnecessários para os Fiscos e os contribuintes, que até então não existiam.

Além disso, o mencionado PL cria uma limitação ao determinar que somente poderá figurar como árbitro pessoas com conhecimento técnico compatível com a natureza do conflito, jurídico ou não, sendo requisito dez anos de comprovada experiência profissional na área de atuação e duas graduações em nível técnico ou superior ou uma graduação e uma pós-graduação em faculdades de ensino nacionais ou estrangeiras, reconhecida sua titularidade no Brasil.

É perigoso criar uma reserva de mercado, isso na maioria das vezes pode servir como obstáculo para a atuação de excelentes profissionais. A experiência teórica, e, sobretudo a experiência técnica, certamente pode colaborar com a demanda proposta.

Assim, a proposta é tímida e não contribui para a resolução do alto contencioso tributário existente no âmbito judicial e administrativo no Brasil. Dessa forma, perde-se mais uma oportunidade de construir mecanismos eficientes na arrecadação tributária.

⁶⁰⁸ TOLEDO, José Eduardo. Arbitragem tributária e o PL 4468/2020. *IBET*. 9 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020/>. Acesso em 25 nov. 2020.

CONCLUSÃO

No presente estudo investigou-se a viabilidade do emprego da arbitragem como método de resolução de litígios em matéria tributária e a possibilidade de sua aplicabilidade no Brasil, considerando o dogma do interesse público à luz do princípio da legalidade e utilizando como referência a experiência portuguesa.

Dessa forma, foi levantado alguns questionamentos, entre os quais se a arbitragem tributária poderia ser empregada pela Administração Pública como mecanismo de resolução de conflito em matéria tributária? Assim, chegou-se ao entendimento que a instituição da arbitragem em matéria tributária não seria a solução para eliminar os problemas da alta litigiosidade no Brasil, mas, poderia ser ao lado do Poder Judiciário um importante mecanismo de resolução de litígios envolvendo matéria tributária, e, sobretudo, na arrecadação fiscal e ainda poderia impulsionar a retomada do crescimento econômico e social do país, conforme planejado pelo constituinte de 1988.

Destacou-se que o contribuinte/cidadão não pode permanecer refém da “caótica” situação do sistema tributário no país, referente ao contencioso administrativo e judicial. E que essa relação de inoperância contribui para o aumento da insegurança jurídica e da litigiosidade.

Para justificar a criação e as contribuições do instituto da arbitragem tributária no Brasil, na retomada do crescimento econômico e social, a presente pesquisa deu ênfase na alta litigiosidade existente no âmbito do contencioso administrativo e judicial.

Inquestionável que a política neoliberal e o processo de globalização e, sobretudo, do processo de desregulamentação dos mercados e do cancelamento das barreiras internacionais e da internacionalização dos litígios, principalmente os de natureza tributária, auxiliaram para o desenvolvimento da crise tributária que atualmente preocupa o País.

Ficou destacado no presente estudo que se deve aderir a outros métodos de resolução de conflitos, diante da inoperância do sistema atual e das constantes evolução vivenciada a nível mundial. Assim, faz-se necessário buscar por ferramentas que se mostrem mais eficientes, céleres e satisfatórias aos conflitos tributários e, assim, buscar pela implementação e garantia da justiça fiscal e crescimento econômico e social, nos moldes instituídos e pensados pela constituinte de 1988.

Dessa forma, chega-se à conclusão que a instituição da arbitragem tributária, atuando de mãos dadas com o Poder Judiciário, se mostra imprescindível. E que o alto índice de acúmulo

fiscal tem relação com o método ineficiente na cobrança realizada nos processos judiciais de execução fiscal, protesto do CDA e na nova execução fiscal administrativa.

Foi indagado também se haveria ou não necessidade de instituição de lei para instituir a arbitragem tributária no Brasil. Entendeu-se que seria necessário quebrar paradigmas no tocante à legalidade e à indisponibilidade do interesse público, seguidas da instituição de Lei Complementar, instituída pelo Congresso Nacional, ampliando os limites da Lei 9.307/1996, assim, haveria plena possibilidade de instituição da arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro envolvendo o Poder Público.

Certificou-se que, no caso da arbitragem fiscal, as partes não estariam renunciando ao crédito tributário, mas sim realizando a escolha pela jurisdição arbitral. Sendo indispensável que ocorra uma evolução no conceito indisponibilidade do interesse público, assim como ocorreu no Direito Penal, nas ações de alimentos, na ação civil pública, na lei de crimes ambientais e na lei de transação, as quais permitem a transação, sem se discutir a suposta natureza indisponível desses direitos ou possível renúncia ao crédito tributário.

Contudo, ficou destacado que já havia expressa previsão legislativa para ocorrência de transação em controvérsias tributárias, uma vez que o crédito tributário pode ser remido, transacionado, anistiado e parcelado conforme dispõe o CTN nos artigos 151, 156, 171 e 180, revelando-se, dessa forma, viável à sua disposição.

Destacou-se acerca da instituição da Lei nº 13.988/2020, que disciplina a transação de créditos tributários, apresentando uma postura mais aberta no tocante a possibilidade de transação e que se harmonizam com as transformações constantes na sociedade.

Salientou-se acerca da semelhança dos problemas e dos objetivos do Brasil com Portugal. E que seria interessante compreender e se inspirar no direito tributário lusitano para instituir um modelo adequado mais racional de resolução de conflitos de natureza fiscal no País.

Também ficou demonstrado que o processo de desenvolvimento que ocorre no Estado é bem mais amplo do que o simples crescimento econômico. Sendo que no processo de desenvolvimento ocorrem profundas mudanças estruturais, sociais e econômicas. E que o PIB não é instrumento recomendável para medir esse desenvolvimento.

Afirmou-se que o sistema de arbitragem tributária no País lusitano foi instituído pelo DL nº 10/2011, que inseriu, no direito português, o Regime Jurídico de Arbitragem Tributária (RJAT). E que o País lusitano compreendeu que o objeto de discussão na arbitragem tributária não está relacionado com indisponibilidade ou disponibilidade do crédito tributário, mas sim

com a legalidade da liquidação por um método mais simples, técnico, coerente e eficiente na arrecadação fiscal.

Em seguida, foram destacados alguns procedimentos instituídos no RJAT, e no ordenamento jurídico em Portugal, e revelados dados interessantes que devem servir de referência para a arbitragem tributária no Brasil. E que em Portugal a arbitragem tributária envolve, também, causas com valores não muito elevados. Assim, indagou-se também acerca do perfil das causas que devem ser objeto da arbitragem no Brasil, e caso efetivada se deveria substituir o processo judicial e administrativo. Assim, compreendeu-se que, caso efetivada no Brasil, a arbitragem tributária não seria recomendável causas envolvendo pequenos valores, tendo em vista, o alto custo envolvendo a arbitragem, como também a arbitragem tributária não deve substituir os processos judiciais e administrativos.

Destacou-se como justificativa para a instituição da arbitragem tributária no Brasil, a existência de R\$ 4,080 bilhões de crédito tributário em litígios nas esferas judicial e administrativa. E um acúmulo de R\$ 1,84 trilhão, de crédito tributário. Enfatizou-se também a ocorrência de um aumento nas pendências de execução fiscal, de R\$ 24 milhões, em 2009, para R\$ 31,2 trilhões em 2017; o valor protestado de 7,5 bilhões de reais, ocorrendo apenas o pagamento insignificante de pouco mais de um milhão de reais; o estoque da dívida ativa que atingiu o montante de 2 trilhões de reais.

Enfatizou-se também acerca de algumas conquistas sociais relevantes que ocorreram ao longo dos anos. Também foi destacado que na CRFB/1988 os direitos sociais previstos no artigo 6º cabe ao Estado sua promoção e efetivação para toda a sociedade. E que esses direitos não são acessíveis a todos os cidadãos, que são desprovidos de conhecimento e não sabem como acessá-los.

Destacou-se que a instituição de uma reforma política e tributária seria imprescindível para a retomada do desenvolvimento no País. Essas mudanças somente seriam possíveis se também ocorresse uma transformação completa nas ações no âmbito dos entes federativos, sendo ainda indispensável que a Administração Pública fosse composta por gestores e servidores comprometidos com os direitos e garantias fundamentais da sociedade. Considera-se que seria esse o cenário ideal para a ruptura com o atual modelo imposto.

Destacou-se acerca da instituição do Projeto de Lei 4.257/19 que modifica a Lei de Execuções Fiscais (6.830/80) e cria a arbitragem tributária e a execução fiscal administrativa no Brasil. O fundamento para a instituição do projeto se deu em virtude da demora na entrega

da prestação jurisdicional no âmbito do Poder Judiciário e da ineficiência nas arrecadações fiscais.

Revelou-se ainda que o Judiciário terminou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos pendentes de uma solução permanente. Os obstáculos enfrentados nas execuções no Judiciário representam 53% do total de todo o acervo de processos pendentes de decisão.

Evidenciou-se que, para se obter acesso à arbitragem, o contribuinte (devedor) deve garantir a execução por meio de fiança bancária, depósito em dinheiro ou, ainda, seguro garantia. Essa situação não seria recomendável uma vez que criaria obstáculo para a adesão da arbitragem por boa parte dos contribuintes e acabaria violando o princípio da isonomia, instituído no artigo 150, inciso II, da CRFB/88, podendo, inclusive, ser objeto de ADI.

Foi asseverado que o Comitê Brasileiro de Arbitragem recomendou a supressão dos artigos 16-A a 16-F e do artigo 41-T do PL 4.257/19 e do artigo 16-C da Emenda Modificativa que tratam da arbitragem tributária.

Revelou-se, ainda, que o Comitê Brasileiro de Arbitragem sugeriu que em paralelo a uma nova proposta legislativa fosse também encaminhado um projeto de lei complementar para fazer as mudanças necessárias para a instituição da arbitragem tributária nos artigos que tratam da suspensão, extinção e interrupção da prescrição, respectivamente, do crédito tributário.

Frisou-se ainda que o Comitê Brasileiro de Arbitragem sugeriu a supressão dos dispositivos do PL 4.257/19 que tratam da atuação do árbitro, dos honorários sucumbenciais e das despesas na arbitragem tributária.

Foi feita também uma análise do Projeto de Lei nº 4468/2020, de autoria da senadora Daniella Ribeiro, pontuando algumas características, ainda que de forma superficial do mencionado projeto de lei.

Assim, compreendeu-se que os projetos mencionados não se apresentam como um instrumento adequado e suficiente para conter a alta litigiosidade e resolver os conflitos de natureza fiscal que ocorrem nas esferas judicial e administrativa. E caso seja aprovado, provavelmente, será objeto de muitas críticas, seguidas de ações no Poder Judiciário e aumentando ainda mais a litigiosidade no Brasil.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio. Conjur. Opinião. Lei de transação tributária deve ser comemorada, mas ainda há muito a caminhar. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/luis-inacio-adams-lei-transacao-tributaria>>. Acesso em 20 set. 2020.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF*: cartilha. 3. ed. atual. Brasília: AGU, 2012.

ALMEIDA, Patrícia Silva; VITA, Jonathan Barros. Recuperação dos créditos fazendários: métodos alternativos de solução as controvérsias tributárias. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP. v. 19. n. 8. p. 107 – 121. jan./abr. 2018.

ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014.

BARRADA, Cristela; MARTINS, António. Uma nota sobre a justiça fiscal em Portugal. *Economia Global e Gestão* Lisboa, v. 13, n. 3, p. 39-69, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442008000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETO, Oscavo Cordeiro (Coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BOEING, Ana Paula Sabetzki. Abrangência e distinções entre os regimes da legalidade estrita e da legalidade simples em matéria tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 2019.

BRAGA, Rinaldo. Ainda um conceito constitucional de tributo? Uma análise a partir da lógica. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 70.235/1972*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL, Guilherme Maciulevicius Mungo; RIBAS, Lídia Maria. *Mediação de conflitos coletivos: adequando o acesso à justiça aos conflitos pós-modernos*. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*.. Santo Ângelo, v. 19, n. 35, p. 59-78, set./dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 5.172/1966*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.830/80*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. *Lei 7.347/1985*. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.987/1995*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. *Lei* *nº* *9.028/1995.* Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19028.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. *Lei* *nº* *9.307/1996.* Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. *Lei* *nº* *9.472/1997.* Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. *Lei* *nº* *10.233/2001.* Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. *Lei* *10.522/2002.* Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.848/2004.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.079/2004.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. *Portaria* *nº* *1281/2007.* Disponível em:
<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=204064>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.815/2013.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em: 03 jun. 2020).

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. *Lei 13.988/2020.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Lei complementar nº 73/1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. *Lei de Mediação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257/20*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 09 jul. 2020.

CAMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. Os limites do controle jurisdicional sobre a discricionariedade administrativa: um estudo à luz da principiologia constitucional. *Revista Direito e Liberdade - ESMARN* - v. 10, n. 1, p. 231 – 254 – jan/jun 2009.

CBAR. *Nota técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem*. Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/2019-09-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CONEGERO, Daniel. *O que significa “Pedra Angular” ou “Pedra de Esquina”?* Disponível em: <https://estilodoracao.com/pedra-angular-pedra-de-esquina-significado/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

CNJ. *Resolução nº 125/2010*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 04 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília, CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 25 nov. 2020.

COSTA-CORRÊA, André Luiz. Considerações sobre eficiência tributária para uma tributação no século XXI. *Revista Brasileira de Direito e Justiça*, V. 1, N. 1, jul./dez. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem Tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017.

ESTADÃO CONTEÚDO. Carga tributária bate recorde de 35% do PIB, mesmo com a economia fraca. *EXAME*. 29/07/2019. Disponível em: <https://exame.com/economia/carga-tributaria-bate-recorde-de-35-do-pib-mesmo-com-a-economia-fraca/>. Acesso em: 10 set. 2020.

FERREIRA, Susana Bradford. *Os Recursos e a Impugnação da Decisão Arbitral em Matéria Tributária*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2015.

FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?* Universidade do Minho. 2011.

FUKS, Rebeca. Cultura Genial. *Frases O homem é o lobo do homem*. Disponível em: <https://www.culturagenial.com/o-homem-e-lobo-do-homem/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

G1. Economia. *Por que economistas dizem que o PIB não é boa medida de bem-estar, incluindo seu criador*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/23/por-que-economistas-dizem-que-o-pib-nao-e-boa-medida-de-bem-estar-incluindo-seu-criador.ghtml>, Acesso em: 10 jul. 2020.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, Março/2002.

GUERRA, Liciane Barroso; OLIVEIRA, Alexandre da Silva de. Arbitragem e a justiça em conflitos de ordem tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 2019.

HAMMOUD, Leonardo Rocha. *Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

HENRIQUES, Nuno Filipe Jesus. *Arbitragem tributária: um contributo para a realização da justiça tributária?* Mestrado Forense. Faculdade de Direito. Lisboa, 2013.

ISTO É. *Brasil ultrapassa Reino Unido e se torna 6ª economia do mundo*. Disponível em: https://istoe.com.br/184334_BRASIL+ULTRAPASSA+REINO+UNIDO+E+SE+TORNA+6+ECONOMIA+DO+MUNDO/. Acesso em: 21.jul.2020.

INSPER. *Contencioso tributário no Brasil: Relatório 2019 - Ano de referência 2018*, julho de 2020.

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LISBOA. *Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*. DL n. 10/2011, de 20 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso em: 06 ago. 2020.

MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do interesse público: reflexos do novo CPC para a resolução consensual dos conflitos*. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Questões tributárias arbitráveis. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVERIA, Gustavo Justino. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. *Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, ed. 1, abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em 09 set. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

PARISI, Fernanda Drummond. *Transação Tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário*. Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. Doutorado em Direito. São Paulo, 2016.

PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem tributária eletrônica no Brasil. *Anais do 5o Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede* (2019).

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STRATZ, Murilo; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Arbitragem tributária: perspectivas para o direito brasileiro*. *RJLB*, Ano 6 (2020), no 4.

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de Mendonça (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *REVISTA DIREITO GV*, SÃO PAULO 4(1), p. 015-028, JAN-JUN 2008.

RIBAS, Lídia Maria L. R.; RIBEIRO, Maria De Fátima. Segurança jurídica: o processo administrativo tributário e a proteção da confiança. *ARGUMENTUM* - Revista de Direito n. 13 - 2012 – UNIMAR.

RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro; MACIEL, Lucas Pires. Um olhar sobre a efetividade das políticas públicas tributárias na busca da justiça social. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 23 - 44, jul/dez. 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do Direito*. São Paulo: Editora Foco, 2019.

SCARANELLO, Tatiana. *Transação Tributária: Lei 13.988/2020*. Artigos. Direito Tributário. 18 de maio de 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/18/transacao->tributaria-lei-13-9882020/>>. Acesso em 20 set. 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Isis de Almeida; BENACCHIO, Marcelo. A conceituação da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial: reflexos para a concretização da desjudicialização. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 2018.

SIMINI, Danilo Garnica; ARAÚJO, Lucas Pereira; BORGES, Diego da Mota. Análise da conciliação em matéria tributária à luz da indisponibilidade do interesse público. *Nucleus*, v. 12, n. 1, abr. 2015.

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.062*. Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux.

STF. Imprensa. *Ministro assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&ori=1>. Acesso em 22 set. 2020.

STF. Notícia. *Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação)*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em: 10 jul. 2020.

STF. Notícias. *Seminário discute pontos de contato entre o Judiciário e a arbitragem*. 02 de maio de 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178485>. Acesso em 10 jul. 2020.

SUNO. *Adam Smith*. Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/tudo-sobre/adam-smith/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. *BDJur*.

TOLEDO, José Eduardo. *Arbitragem tributária e o PL 4468/2020*. *IBET*. 9 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020/>. Acesso em 25 nov. 2020.

VALENTE, Larissa Peixoto. *A aplicabilidade dos meios alternativos de solução de conflitos no Direito Tributário*. Dissertação apresentada no Programa de pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito Público. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. Salvador, 2016.

VELOSO, Fernando; FERREIRA, Pedro Cavalcanti; GIAMBIAGI, Fabio; PESSOA, Samuel (Orgs.). *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mônica Brito (Coord). *Guia da arbitragem tributária*. Coimbra: Almeida, 2013.

VITA, Jonathan Barros; BUFFON, Marciano (coordenadores). *Direito tributário e financeiro I [Recurso eletrônico on-line]*. Organização CONPEDI/ UNISINOS: Florianópolis: CONPEDI, 2018.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na justiça federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da PGFN*.