



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOÃO PEDRO DALTRO DOURADO**

**NECESSIDADE E VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO  
PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS CONFLITOS  
ENVOLVENDO MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: UMA  
ANÁLISE CRÍTICA**

Salvador  
2020

**JOÃO PEDRO DALTRO DOURADO**

**NECESSIDADE E VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO  
PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS CONFLITOS  
ENVOLVENDO MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: UMA  
ANÁLISE CRÍTICA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador  
2020

## TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO PEDRO DALTRO DOURADO

### **NECESSIDADE E VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS CONFLITOS ENVOLVENDO MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ Titulação e  
instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ Titulação e  
instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ Titulação e  
instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2020.

## **AGRADECIMENTOS**

À Dra. Rita Martins, Dra. Silvana Cedraz e Dr. João Fiuza, mentores e amigos que a vida profissional me deu, rendo-lhes as minhas homenagens e profundo agradecimento por todo ensinamento e suporte conferido ao longo da minha trajetória acadêmica e por me incentivarem a cada dia mais acreditar no meu potencial e me tornar um profissional qualificado.

Aos meus amigos conquistados na Faculdade, meu eterno companheirismo e gratidão pelos laços criados e por aliviarem a árdua caminhada que é a graduação. Neste sentido, não posso deixar de destacar a importância e agradecer especialmente ao meu amigo Tamir Rocha Gomes pelos mais de 15 (quinze) anos de amizade e por todo o companheirismo na Faculdade Baiana de Direito, no Colégio Módulo e na vida.

Mais do que um agradecimento, reservo estas linhas para falar da grande mulher que é Lara Freitas Marback, amor, amiga e companheira. São 5 (cinco) anos que tenho a sorte de estar ao lado de uma pessoa tão maravilhosa e que me impulsiona a ser um homem melhor. Terminar esta jornada ao seu lado tem um valor inestimável.

Aos meus progenitores, Lauro e Martha Dourado, por todo carinho, afeto, companheirismo, norte e apoio incondicional em toda a minha vida. Vocês são o meu porto seguro e as minhas maiores inspirações.

Postumamente, ao meu padrinho, Romeu de Alcantâra Pinto Filho, falecido poucos dias antes do depósito do presente trabalho, ecoo e eternizo nestas linhas todo o meu afeto e admiração por este homem que, infelizmente, a vida não me deu o tempo de externalizar a ele.

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo e como linha cognitiva a discussão da possibilidade de implementação de uma sistemática arbitral para redimir os conflitos envolvendo matérias tributárias. Diante do cenário de abarrotamento e morosidade do Poder Judiciário pátrio e a necessidade pujante de resolução de conflitos de maneira célere e eficaz, a arbitragem vem cada vez mais se mostrando como um meio eficaz de resolução de contendas, incluindo nesta senda aquelas onde o poder público figura em algum dos polos das demandas. Assim, destaca-se que o objetivo do presente estudo é analisar o instituto da arbitragem e a sua adequação ou não para resolução dos conflitos tributários, analisando os aspectos conflitantes e convergentes das matérias para que se possa ampliar o debate sobre a implementação de uma arbitragem tributária célere, ampla e eficaz no ordenamento jurídico nacional. Neste sentido, chama-se atenção para a evolução da arbitragem como meio compositivo no Brasil, passando pelo reconhecimento da sua constitucionalidade e pela evolução da doutrina e da jurisprudência pátria em abarcar o instituto, especialmente nas questões envolvendo a Administração Pública. Desenvolve também, que inexistem óbices institucionais à implementação da arbitragem tributárias no Brasil, indicando o atendimento aos requisitos objetivos e subjetivos que permitem a subsunção de certas demandas tributárias ao juízo arbitral. Deste modo, investigando se as suas peculiaridades, aliadas com os dogmas já enraizadas no sistema do judiciário, darão espaço para sua utilização adequada e eficiente, com marcante potencial.

**Palavras-chave:** Administração Pública; Arbitragem; (In) constitucionalidade; Segurança Jurídica; Tributário; Celeridade; Justiça Tributária.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil- Canadá
CEEE	Companhia Estadual de Energia
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
Des.	Desembargador
DOU	Diário Oficial da União
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
PGFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
S.A	Sociedade Anônima
SE	Sentença Estrangeira

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 DA NECESSIDADE DE DESOBSTRUÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO E O PAPEL DA ARBITRAGEM.....</b>	<b>10</b>
2.1 JUSTIÇA EM NÚMEROS E A ARBITRAGEM COMO VIA OBLÍQUA AO PODER JUDICIÁRIO.....	10
2.2 ARBITRAGEM – HISTÓRICO, CONCEITO E ARBITRALIDADE.....	14
<b>2.2.1 – Os critérios objetivos e subjetivos da subsunção de conflitos à Arbitragem:Arbitralidade.....</b>	<b>18</b>
2.3 ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	21
<b>2.3.1 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.....</b>	<b>26</b>
<b>2.3.2 Princípio da Publicidade e o Sigilo Arbitral.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3.3 Julgamento por equidade.....</b>	<b>28</b>
<b>3 TRATAMENTO JURÍDICO DADO À ARBITRAGEM.....</b>	<b>31</b>
3.1 TRATAMENTO LEGISLATIVO PÁTRIO.....	31
<b>3.1.1 Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1.2 Lei Federal nº 9.307/96 .....</b>	<b>33</b>
<b>3.1.3 Lei Federal nº 9.472/97 .....</b>	<b>34</b>
<b>3.1.4 Lei Federal nº 10.303/01 .....</b>	<b>36</b>
<b>3.1.5 Emenda Constitucional nº 45/04.....</b>	<b>38</b>
3.2 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO.....	39
<b>3.2.1 STF e os Casos “Lages” .....</b>	<b>40</b>
<b>3.2.1.1 Decisão STF – RE nº 56.852 (1º Caso Lage).....</b>	<b>43</b>
<b>3.2.1.2 Decisão STF – AI nº 52.181 (2º Caso Lage).....</b>	<b>44</b>
<b>3.2.2 Decisão STJ – REsp nº 616-RJ.....</b>	<b>46</b>
<b>3.2.3 Decisão STF – SE nº 5.206-7.....</b>	<b>47</b>
<b>3.2.4 Decisão STJ – Resp nº 612.439.....</b>	<b>48</b>
<b>4 ARBITRALIDADE DAS CONTROVÉRSIAS TRIBUTÁRIAS.....</b>	<b>51</b>
4.1 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA COMO PARÂMETRO – CAAD.....	51
4.2 (IN)DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....	53
<b>4.2.1 Disposição do crédito tributário.....</b>	<b>56</b>
4.3 AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA.....	58
4.4 AUTONOMIA DA VONTADE.....	59

4.5 LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA PARA SUBMISSÃO DO CONFLITO À SOLUÇÃO ARBITRAL.....	61
4.6 OBJETO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA.....	62
4.7 BREVE ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI Nº 4.257/19.....	65
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>72</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo e como linha cognitiva a discussão da possibilidade de implementação de uma sistemática arbitral para redimir os conflitos envolvendo matérias tributárias.

O problema que se propõe é analisar se, frente a estruturação do sistema legislativo pátrio, haveriam óbices institucionais insuperáveis para a instituição da arbitragem tributária no Brasil.

Como hipótese, o presente trabalho sustentará a possibilidade de utilização da arbitragem como meio solucionador efetivo das contendas tributárias, inexistindo barreiras institucionais intransponíveis, sendo necessária uma atuação coordenada para regular a atuação e discricionariedade da Administração Pública nesse mecanismo de solução de controvérsias.

Em que pese a imensidão de tal tema, alguns exemplos internacionais e nacionais, que serão esmiuçados nas linhas seguintes, convergem no sentido de que tal sistemática corrobora não só em parte para uma desobstrução do judiciário, mas sim como um solucionador eficiente de litígios, servindo para corrigir eventuais injustiças cometidas contra os administrados, servindo também para dar maior eficiência na arrecadação tributária.

Nesse seguimento é que o presente trabalho denota em sua razão de ser, uma importância social e jurídica, vez que importa tanto para o Fisco aprimorar a sua capacidade e monta arrecadatória, quanto para a sociedade como um todo que necessita de um Estado forte e atuante, sendo a tributação umas das principais formas de custeio da atividade estatal.

O interesse do Estado não somente se resume à arrecadação, mas sim promover uma arrecadação e cobrança justa e eficaz, aprimoramento de todo o seu sistema judiciário e, principalmente, reduzir o tempo para solução de demandas, visando assim atender ao corolário constitucional da razoável duração do processo.

Nesse seguimento que o estudo é estruturado em introdução, três capítulos de desenvolvimento e conclusão. A começar, no primeiro capítulo irá expor brevemente o cenário dos processos judiciais em curso no Brasil, questionando se a arbitragem

efetivamente serviria como um meio para a desobstrução do sistema judiciário nacional.

Em seguir, parte-se para uma análise histórica do instituto arbitral até a sua consolidação no sistema jurídico pátrio, com o advento da Lei nº 9.307/96, e a sua aceitação pela jurisprudência pátria, passando também pela evolução da discussão acerca da possibilidade do Poder Público resolver as suas demandas através da arbitragem.

Neste interim, o quarto capítulo se reservará à decupagem de alguns elementos controversos acerca da arbitralidade dos conflitos tributários, refletindo sobre críticas realizadas pela doutrina e a superação de alguns paradigmas existentes, principalmente aqueles que se referem à indisponibilidade do interesse público e do crédito tributário propriamente dito.

Por fim, será analisado criticamente a proposta legislativa mais pulsante em voga sobre o tema, o Projeto de Lei nº 4.257/19, de autoria do Senador Antonio Augusto Junho Anastasia (PSDB-MG), que visa alterar a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária em hipóteses específicas.

Diante do exposto, o objetivo geral deste artigo é analisar se a instituição da arbitragem tributária seria um mecanismo de fato interessante para a resolução de demandas, servindo como meio de desjudicialização para desobstrução do Poder Judiciário, buscando compreender se tal técnica irá contribuir para o sistema judiciário na busca que há de ser incessante, pela justa prestação jurisdicional célere e efetiva. Deste modo, investigando se os desafios da sua aplicabilidade e suas peculiaridades, aliadas com os já enraizados dogmas no sistema do judiciário, darão azo para sua utilização adequada e eficiente.

## 2 DA NECESSIDADE DE DESOBSTRUÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO E O PAPEL DA ARBITRAGEM

No modelo de Estado contemporâneo, a noção de Justiça vem se alterando, não sendo mais o acesso amplo ao judiciário o corolário basilar de tal sistemática. Os princípios constitucionais insculpidos na Constituição Federal de 1988 garantem, além dos direitos inerentes ao processo justo (contraditório, ampla defesa, devido processo legal e demais direitos fundamentais insculpidos no artigo 5º da Carta Magna), em pé de igualdade com tais determinações existe a garantia fundamental da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), com o que se entende que além das garantias usuais, é necessário que o processo sirva de maneira adequada e célere como mecanismo para a consecução da Justiça<sup>1</sup>.

Evitando-se entrar no senso comum amplamente difundido de que o judiciário seria lento, ineficaz e outros tantos adjetivos, cumpre uma análise dos números oficiais para melhor esclarecimento do cenário sobre o qual aprofunda-se o debate.

### 2.1 JUSTIÇA EM NÚMEROS E A ARBITRAGEM COMO VIA OBLÍQUA AO PODER JUDICIÁRIO

Antes da análise do cenário de morosidade para a decisão das contendas levadas ao Poder Judiciário, necessário se faz uma inferência de qual o custo de todo este operacional, para depois analisarmos se tal custo reverbera na produtividade e solução das demandas judiciais.

O relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do ano de 2019<sup>2</sup> aponta que, no ano-base de 2018, toda a máquina judiciária estatal, envolvendo magistrados, informática, custos de manutenção e demais custos, pesaram o total de R\$

---

<sup>1</sup> ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil** – Ed. Almeida São Paulo 2017, p. 71

<sup>2</sup> BRASIL. **JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019**. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

<sup>2</sup> BRASIL. **OS 100 MAIORES LITIGANTES**. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](https://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

93.725.289.276,00 (noventa e três bilhões setecentos e vinte e cinco milhões duzentos e oitenta e nove mil duzentos e setenta e seis reais) nos cofres públicos.

Todo este custo serve para a garantia do acesso à justiça e manutenção da estrutura que tem sob a sua tutela, segundo o já referido estudo do Conselho Nacional de Justiça, mais de 78 (setenta e oito) milhões de processos em curso. Na Justiça Comum Estadual, os processos não-fiscais, duram em média 6 (seis) anos e 1 (um) mês para que se consiga chegar a uma solução final. Nos processos fiscais esse número sobe para 9 (nove) anos e 1 (um) mês<sup>3</sup>.

Na Justiça Federal, os números dos processos não fiscais são mais animadores do que os da Justiça Estadual, totalizando uma média de 04 (quatro) anos e 1 (um) mês para a sua solução final. Entretanto, os processos fiscais não seguem esta melhora e também estão na casa dos 09 (nove) anos de duração para o seu desenlace<sup>4</sup>.

Ocorre que, especificamente quando voltam-se as lentes para a contribuição do Estado como litigante nestes números, estudos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acerca dos 100 (cem) maiores litigantes demonstram que o Setor Público, na Justiça Estadual, é responsável por aproximadamente 30% (trinta por cento) de toda a demanda existente, atuando, em sua grande maioria, no polo passivo.<sup>5</sup>

Já na Justiça Federal, os números são mais alarmantes, o setor público é responsável por quase 40% (quarenta por cento) de toda a demanda, atuando no polo ativo em mais de 80% destes processos, sendo a grande maioria referente às ações fiscais.<sup>6</sup>

Como dito acima, na Justiça Federal, o Estado tem grande demanda relativa a causas fiscais. Ocorre que, o Estado se vê em um grande paradoxo onde não se pode deixar de cobrar os tributos devidamente lançados, entretanto ao abarrotar o Judiciário de demandas este acaba por não ter efetividade em suas cobranças. Explica-se.

Estudos da própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional<sup>7</sup> demonstram que, o montante de créditos inscritos na Dívida Ativa chega a ultrapassar a monta de R\$

---

<sup>3</sup> BRASIL. **JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019**. Conselho Nacional de Justiça, 2019 op. cit. loc. cit.

<sup>4</sup> idem

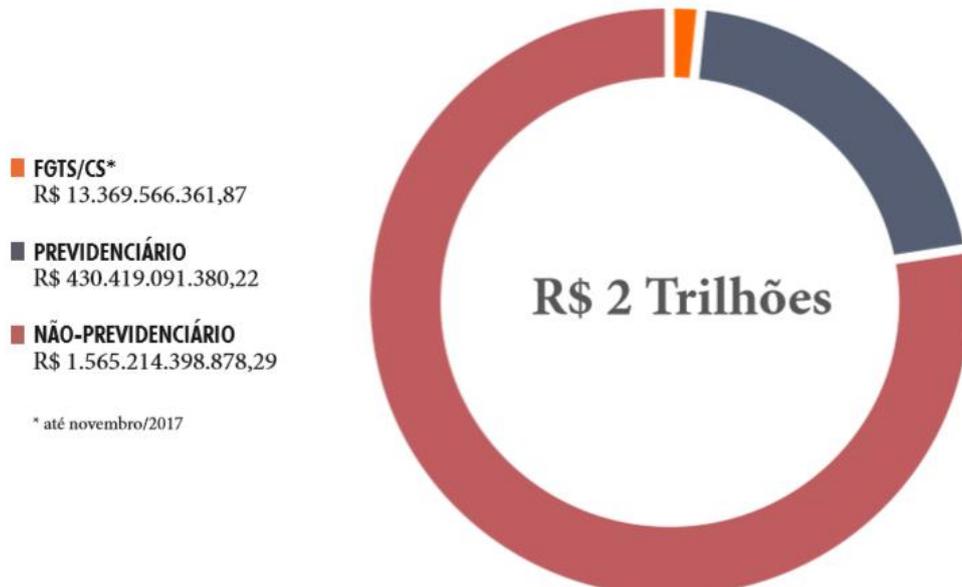
<sup>5</sup> BRASIL. **OS 100 MAIORES LITIGANTES**. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](https://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

<sup>6</sup> idem.

<sup>7</sup> BRASIL. **RELATÓRIO DE GESTÃO DO EXERCÍCIO DE 2016**. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, 2016. Disponível em: [https://www.pgfn.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias/relatorio-de-gestao/relatorio\\_gestao\\_PGFN\\_Exer\\_2016.pdf](https://www.pgfn.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias/relatorio-de-gestao/relatorio_gestao_PGFN_Exer_2016.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

2.000.000.000.000,00 (dois trilhões de reais), conforme demonstração gráfica exarada dos estudos referenciados.

#### ESTOQUE POR TIPO DE CRÉDITO



Ocorre que, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional classificou os tipos dívidas em quatro categorias “A, B, C e D”, sendo que “D” significa débitos “irrecuperáveis”, e “A” dívidas “com alta perspectiva de recuperação”.

Ainda tendo como norte os estudos realizados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, mais da metade dos créditos inscritos em Dívida Ativa são considerados completamente irrecuperáveis e apenas aproximadamente 15% são avaliados com alta perspectiva de recuperação, algo que gira entorno dos R\$ 299 milhões de reais, veja-se:

## ESTOQUE CLASSIFICADO (RATING)



Nesta toada, é de fácil inferência que o abarrotamento de demandas ao Judiciário de ações de iniciativa do próprio Estado resta ínfima diante do objetivo aduzido de recuperação do crédito tributário.

Ressalta-se, porém, que a morosidade do sistema judiciário não é um fenômeno brasileiro mas sim um fenômeno mundial<sup>8</sup>, entretanto, tal conclusão não serviria de escusa para inércia estatal na resolução de tal problema, sendo tal situação agravada diante do comando constitucional contido no art. 5º., LXXVIII que garante como direito fundamental de todo cidadão a chamada “razoável duração do processo”.

Em sentido contrário, a arbitragem vem sendo cada vez mais utilizada para a solução de controvérsias, principalmente em razão do menor tempo de duração dos litígios submetidos a tal método de resolução de conflitos.

Nestes termos, estudos da CAM-CCBC (Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá)<sup>9</sup> apontam que, em média, o tempo de duração dos processos arbitrais administrados pela referida instituição seria de 16,2 meses (procedimentos iniciados e encerrados entre 2014 e 2018), tempo consideravelmente inferior aos apontados no estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça supra referenciado.

<sup>8</sup> PINHEIRO, Aline. Corte europeia tenta acabar com lentidão judicial. **Revista Consultor Jurídico**. 01 dez. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-01/corte-europeia-tenta-obrigar-paises-resolver-lentidao-judicial>. Acesso em: 15 nov. 2019.

<sup>9</sup> CRESCIMENTO DA ARBITRAGEM. **Centro de arbitragem e mediação**, 2018. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>. Acesso em: 15 nov. 2019

Sendo assim, os bons números da arbitragem devem servir como norte para atuação do Poder Judiciário, devendo ser tal método de solução de conflitos cada vez mais levado em consideração para solução de conflitos, seja pela necessidade de desobstrução do Poder Judiciário, seja pela celeridade do procedimento arbitral ou seja por suas demais características que serão expostas nos tópicos seguintes.

## 2.2 ARBITRAGEM – HISTÓRICO E CONCEITO.

A inevitável vida em sociedade no mundo moderno é a causa e solução de diversos conflitos oriundos de tal condição. Ocorre que, desde os tempos mais primitivos, com o crescimento das populações e sociedades, a existência de uma estrutura minimamente organizada se tornou extremamente necessária para viabilizar a convivência pácifica de seres distintos por natureza.

Entretanto, a natureza humana (ainda que haja uma certa racionalidade suscitada) é, por sua origem, animalesca.

Deste modo, surge o questionamento: Como fazer para que centenas, milhares e até bilhões de indivíduos de essência animal consigam conviver com o mínimo de limites? A resposta está na capacidade do Homem de construir mitos e pensar em abstrato. Tal capacidade abstrativa cognitiva conferiu ao Homem a capacidade de crer em organizações supranacionais, Deuses, Estados e Moedas<sup>10</sup>.

Por se tratar de um modelo mais antigo é mais fácil a compreensão de que os “primitivos” consolidaram sua ordem social acreditando em deuses e espíritos. Entretanto, tal clareza solar não se encontra presente na avaliação de que as instituições modernas, como estados, empresas e sistemas financeiros funcionam exatamente sobre esta mesma base<sup>11</sup>.

Adentrando no mundo jurídico, fincado nas premissas acima, os sistemas judiciais, em tese, também seriam mitos partilhados. A Constituição e as Leis não passariam de um aglomerado de folhas e palavras se não fosse o poder a elas abstratamente atribuídos<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> HARARI, Yuval. Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 28 ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 31-32.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 33

Entretanto, os conflitos envolvendo interesses particulares distintos sejam, talvez, anteriores até mesmo ao próprio conceito de Estado, sendo uma prática secular a resolução destes por meio de um terceiro imparcial, em outras palavras, a resolução por meio da Arbitragem.<sup>13</sup>

Existem resquícios históricos da utilização arbitragem como meio de solução de conflitos nos mais diversos modelos de sociedade que já habitaram o globo terrestre. Farto arcabouço documental consegue comprovar que comunidades judaicas, civilizações gregas e romanas se utilizaram de tal meio para solução de conflitos<sup>14</sup>.

De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover<sup>15</sup>, a arbitragem é uma espécie de composição que era atribuída aos sacerdotes ou anciãos, seria “assim, fazendo uma breve analogia histórica, essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses, ou aos anciões, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados”. Sobre o tema dispõe Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo das *per formulas*. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realiza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio extraordinária* sob Diocleciano (século II d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado *arbiter*, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Outrossim, também na Idade Média, encontram-se diversos registros de casos de arbitragem, tendo em especial destaque o surgimento da modalidade comercial, preferida entre os comerciantes, por ser mais rápida eficiente que os tribunais oficiais.<sup>16</sup>

Pois bem, após o percurso histórico da Arbitragem como meio heterocompositivo, atualmente, este instrumento de resolução de conflitos se mostra bem consolidado e normatizado, principalmente no plano internacional.

---

<sup>13</sup> DOLINGER, Jacob; *et al.* **Direito Internacional Privado**: arbitragem comercial internacional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 06.

<sup>14</sup> FICHTNER, José Antonio. *et al.* **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 22-23..

<sup>15</sup> CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 02.

<sup>16</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. (Coletânea) A Arbitragem na Era da Globalização, coordenação de José Maria Rossini Garcez, Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 25.

A opção pela resolução de litígios pela via arbitral é realizada através de um acordo comum entre as partes, chamado pela lei de arbitragem de “convenção de arbitragem”

Enquanto a convenção arbitral refere-se a litígios futuros e deve estar sempre inserida por escrito no contrato, o compromisso arbitral regula o presente, pois pressupõe a existência de litígio. É no documento denominado compromisso arbitral que se estipulam todos os elementos necessários à constituição e desenvolvimento da arbitragem, como se fosse uma espécie de código de processo específico para resolução daquele litígio.

Tal escolha pela renúncia ao julgamento por um juízo estatal se daria pelo fato da arbitragem ter o condão de representar um caminho mais adequado e especializado, justamente pela característica peculiar da desnecessidade do árbitro ser da área jurídica, podendo ser de qualquer área e ter qualquer especialidade. Conseqüentemente, este árbitro teria a capacidade técnica mais apurada de definir determinados litígios do que um juiz, ainda que este seja auxiliado por um périto.

Nesta toada, surgem os debates acerca da natureza jurídica do procedimento arbitral e sua natureza jurisdicional ou não.

Sabe-se que, dentre muitas das características da jurisdição, é possível encontrarmos quesitos como a substituição da vontade das partes, a inércia e a definitividade.<sup>17</sup> Tais características também são encontradas na arbitragem, levando ao estabelecimento natural de equivalência entre os dois institutos.

Em suma, a controvérsia acerca da natureza jurídica da Arbitragem reside em 4 teorias: a Teoria Contratualista; a Teoria Jurisdicional; a Teoria Mista e a Teoria Autônoma.

A Teoria Contratualista se baseia na premissa de que a arbitragem tem a sua origem na vontade das partes e delas depende para o seu prosseguimento, o que significaria, que as leis pouco influenciariam o procedimento arbitral<sup>18</sup>

Neste sentido, Teori Albino Zavascki ao afastar a hipótese de que a arbitragem seria jurisdição, o faz com a argumento de que “nem se poderia, mediante lei ordinária,

---

<sup>17</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; *et al.* **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 132-134.

<sup>18</sup> DOLINGER, Jacob; *et al.* **Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 95.

igualar ato privado com ato de jurisdição, já que isso importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição (art. 5º, XXXV)”<sup>19</sup>

Em resumo, pode-se dizer que a teoria contratualista considera que a arbitragem nasce como um ato de vontade das partes, ficando sujeita à teoria geral das obrigações, sendo a decisão proferida pelos árbitros um mero reflexo do acordo privado.

Ocorre que, parte da doutrina como Fredie Didier Jr<sup>20</sup> entende que a Arbitragem não seria um equivalente à jurisdição, mas sim jurisdição propriamente dita, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do direito fundamental de autogoverno (autonomia privada), esta é a chamada Teoria Jurisdicional da Arbitragem.

Tal teoria refuta que a arbitragem não seria jurisdição por entender que o árbitro, ao decidir uma demanda, o faz aplicando o direito ao caso concreto e coloca um fim à lide existente entre as partes, não sendo sua decisão pendente de homologação para efeito entre as partes e por fazer coisa julgada material.

O caráter jurisdicional da Arbitragem vem encontrando guarida nos Tribunais Pátrios, em especial no Superior Tribunal de Justiça, sendo firmado o entendimento que a Arbitragem tem poderes, inclusive, para afastar o poder jurisdicional estatal na análise da existência, validade e eficácia da própria cláusula compromissória, pelo princípio competência-competência, ora veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. NATUREZA JURISDICIONAL. RECONHECIMENTO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ALCANCE INTERPRETATIVO. REGRA DA "COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA". APLICAÇÃO. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento de que "a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral" (CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014). 2. As questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória devem ser apreciadas pelo juízo arbitral, conforme dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei n. 9.307/1996, em virtude da regra "competência-competência", que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a própria competência. Precedentes. 3. Hipótese em que a decisão agravada reconheceu a competência do tribunal arbitral para definir o alcance interpretativo de cláusula compromissória, no

<sup>19</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Vol. 08. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

<sup>20</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPODIVUM, 2015 p. 172.

tocante à possibilidade de instauração do procedimento de arbitragem para "dirimir questões financeiras do contrato" firmado entre a suscitante, ora agravada, e sociedade de economia mista estadual. 4. Agravo interno desprovido.<sup>21</sup>

Neste contexto de dualidade surge a chamada Teoria Mista da Arbitragem. A referida Teoria aglutina em si as características da teoria contratualista e da teoria jurisdicional. Sendo assim, os defensores de tal teoria sustentam que a arbitragem seria contratualista em sua formação, sendo a vontade das partes um fator determinante para o início do procedimento arbitral, enquanto este se revestiria de caráter jurisdicional na sentença arbitral em razão dos seus efeitos<sup>22</sup>

Por fim, a teoria mais recente acerca da Arbitragem (Teoria Autonomista), defende que a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico nacional.<sup>23</sup>

Pois bem, independentemente da natureza jurídica de tal instituto, tem-se que a arbitragem constitui-se como um meio de acesso à justiça, uma vez que possibilita à sociedade a busca por uma forma mais célere e efetiva de ter acesso a uma prestação jurisdicional adequada, sem a necessidade de enveredar na esfera judicial propriamente dita.

### **2.2.1 – Os critérios objetivos e subjetivos da subsunção de conflitos à Arbitragem: Arbitralidade**

Neste contexto, importa tecermos alguns comentários acerca da chamada arbitralidade. A arbitralidade consiste, basicamente, na possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesse à arbitragem, em razão das características subjetivas e objetivas da disputa.

Ocorre que, a arbitralidade é vista muito mais como um aspecto externo do processo arbitral do que propriamente interno. Na verdade, a arbitralidade é uma noção utilizada

---

<sup>21</sup> BRASIL. Conflito de Competência n. 156133 BA 2017/0334832-7. **Superior Tribunal de Justiça**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília. DF 21 set. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631931021/agravo-interno-no-conflito-de-competencia-agint-no-cc-156133-ba-2017-0334832-7/relatorio-e-voto-631931055?ref=serp>. Acesso em: 15/11/2019

<sup>22</sup> FICHTNER, José Antonio. op. cit, loc. cit.

<sup>23</sup> DOLINGER. Jacob, op. cit, p. 10 et. seq.

pelos Estados soberanos para definir aquilo que tem interesse em julgar e aquilo em que admitem, via consenso das partes, a delegação da jurisdição aos árbitros.<sup>24</sup>

Por esta razão diz-se que a arbitralidade não é um conceito natural ao instituto arbitral, mas sim uma delimitação criada por cada ordenamento jurídico levando em conta aspectos políticos, sociais, econômicos, culturais e/ou morais.

Ter esta noção em mente é fundamental para que se possa ampliar o campo de arbitralidade sobre determinados conflitos envolvendo matérias sensíveis aos Estados Soberanos. Ora, por mais que a arbitragem seja um mecanismo privado de solução de conflito e por mais que o processo arbitral seja uma representação do privilégio dado à autonomia privada, não se pode esquecer que o sucesso da arbitragem depende, também, do seu reconhecimento pelos Estados soberanos.

Neste contexto, importa destaque a posição de Eduardo Gonçalves que afirma que:

A definição da arbitralidade por cada direito nacional passa por uma constatação de evolução e, nos países com maior tradição em arbitragem, há uma apreensão diferente do fenômeno quando se está diante de um conflito internacional, levando o Estado a flexibilizar seus interesses domésticos em prol do interesse de promover o comércio internacional, no qual a arbitragem ocupa, não cansaremos de repetir, lugar de fundamental importância para o equilíbrio das transações. Essa tendência é perceptível na experiência de diferentes países, independentemente da arbitralidade que adotaram.<sup>25</sup>

Sendo assim, feito tal breve introito, temos que tal conceito desdobra-se em dois aspectos: A arbitralidade objetiva e a arbitralidade subjetiva.

Enquanto a arbitralidade subjetiva procura responder questões sobre “quem” pode se submeter ao procedimento arbitral, a arbitralidade objetiva possui o fito de responder “o que” poderia ser submetido ao processo arbitral. Explica-se

No que toca ao aspecto subjetivo da arbitralidade, este serve para delimitar quais sujeitos poderiam se sujeitar ao procedimento arbitral. Parte da doutrina atinente ao tema refuta a ideia de que tal conceito de arbitralidade subjetiva se confunda com o conceito civil de capacidade para contratar, tendo em vista que a arbitragem é instituto autônomo e independente do direito interno, não se sujeitando ao conceito de capacidade.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> FICHTNER, José Antonio, op. cit., p. 243.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitralidade objetiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2008, p. 157. Disponível em: <https://bdpi.usp.br/item/001664466>. Acesso em: 15/11/2019.

<sup>26</sup> FICHTNER, José Antonio, op. cit., p.239.

Ocorre que, no Brasil, da leitura da lei nº 9.037/96, especificamente do *caput* do seu art. 1º, em cognição sumária há clara impossibilidade de distinguir a arbitralidade subjetiva da capacidade para contratar, justamente em razão do texto da norma que diz que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”

Logo, poderão submeter-se à arbitragem exclusivamente as pessoas capazes. Entretanto, tem-se que tal capacidade não reflete-se no seu caráter processual, mas sim a capacidade civil (capacidade para contratar). Quanto ao árbitro, somente dois são os requisitos exigidos pela lei: ser pessoa capaz e ter a confiança das partes, conforme art. 13º da Lei nº 9.037/96.

Ainda da análise do dispositivo legal referenciado acima, parte-se para análise da chamada arbitralidade objetiva. A arbitralidade objetiva nada mais é do que o filtro para saber de aquele determinado objeto do conflito pode vir a ser resolvido através do procedimento arbitral.

O conceito de arbitralidade objetiva, como meio para análise da possibilidade do objeto da lide ser resolvido por meio do procedimento arbitral, está amparado em diversos critérios como a ordem pública, a livre disponibilidade e a patrimonialidade, todos estes extraídos do Direito Comparado.

A ordem pública, como critério de definição da arbitralidade objetiva seria, em verdade, a justificativa utilizada pelos Estados para que determinados conflitos sejam excluídos da seara arbitral por razões que não dizem respeito à disponibilidade ou à patrimonialidade da causa, mas sim a valores de natureza política, econômica, social, moral e cultural importantes para o Estado.<sup>27</sup>

Ou seja, aparenta que as razões de ordem pública inspiram proibições legais ou construções doutrinárias e/ou jurisprudenciais avessas à submissão de determinados litígios ao procedimento arbitral.

A livre disponibilidade, por sua vez, consistiria na característica disponível do direito debatido que, nas lições de Antônio Sampaio Caramelo “um direito é considerado como disponível quando pode ser constituído e extinto por ato de vontade do seu

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 241.

titular, ou seja, quando está sob o controle total do seu titular, de tal maneira que este pode fazer tudo a seu respeito, nomeadamente, aliená-lo e a ele renunciar”<sup>28</sup>

Já a patrimonialidade define que apenas direitos ou interesses de caráter não patrimonial estariam afastados da possibilidade de submissão à arbitragem, tal como os direitos da personalidade, o estado civil das pessoas e, em regra, as controvérsias atinentes às relações familiares de natureza pessoal.<sup>29</sup>

E é justamente no instituto da arbitralidade em que residem as maiores controvérsias acerca da possibilidade da Administração Pública utilizar-se da arbitragem na resolução dos seus conflitos, especialmente nas celeumas tributárias.

### 2.3 ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme destacado alhures, a Arbitragem vem se mostrando como um meio efetivo para resolução de contendas. Nesta toada, em que pese o amplo debate que precedeu ao tema, ainda se faz necessário o percurso de um longo caminho até que haja o amadurecimento e maior adesão a tal sistemática na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

As condições e requisitos necessários para utilizar-se da Arbitragem estão dispostos no art. 1º da Lei de Arbitragem, onde se dispõe que somente pessoas capazes de contratar podem valer-se deste instituto, e que os litígios deverão versar somente sobre direitos patrimoniais disponíveis. Com a mencionada alteração legal, através do advento da Lei 13.129/15, tem-se a adição do parágrafo 1º ao referido artigo, que então passa a prever, de maneira explícita, a possibilidade de que a Administração Pública direta e indireta se valha do juízo arbitral para dirimir seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

---

<sup>28</sup> CAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitralidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301815/mod\\_resource/content/0/ANTONIO%20CAMELO%20-%20Critério%20de%20arbitrabilidade%20dos%20litígios.%20Revisitando%20o%20tema.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301815/mod_resource/content/0/ANTONIO%20CAMELO%20-%20Critério%20de%20arbitrabilidade%20dos%20litígios.%20Revisitando%20o%20tema.pdf). Acesso em: 15 nov. 2019.

<sup>29</sup> Idem.

A alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.129/15 acabou por instaurar um clima de maior segurança jurídica e esvaziou muitos paradigmas antigos que até então eram comuns nessa discussão, bem como houve o surgimento um reconhecimento mais amplo dos benefícios da Arbitragem, especialmente sob a ótica do aspecto econômico.

O advento da legislação expressamente permissiva e a consequente difusão do uso da Arbitragem pela Administração Pública não evitou que alguns questionamentos anteriores se mantivessem pertinentes, tampouco que surgissem novos, fazendo com que o debate acerca deste tema ainda hoje se mantenha relevante e necessário.

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>30</sup>, o termo usualmente utilizado para a definição da divisão entre Administração Pública Direta e Indireta deve convergir para os conceitos de centralização e descentralização das atividades típicas do Estado.

A Administração Pública, no que toca ao quesito subjetivo, compreende todos os agentes, órgãos e entidades que integram a estrutura administrativa, ou seja, todas as pessoas jurídicas e seus respectivos órgãos que executam atividades administrativas<sup>31</sup>.

Os órgãos públicos que compõem a Administração Direta estão diretamente ligados ao Poder Executivo, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. Portanto, referem-se aos órgãos que possuem responsabilidade imediata pelas atividades administrativas do Estado e através dos quais a Administração Pública atua de maneira centralizada-direta<sup>32</sup>. Por consequência, os entes políticos que compõem a Administração Direta têm personalidade jurídica de direito público<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 152.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 94

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, idem.

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 276.

Em sentido contrário, a Administração Indireta abarca as entidades que exercem funções administrativas a partir da descentralização legal, e que estão vinculadas ao respectivo ente federativo que as delegou<sup>34</sup>.

Deste modo, conforme leciona Marçal Justen Filho<sup>35</sup>, a Administração Indireta é composta por pessoas jurídicas que poderão ser tanto de direito público como de direito privado, com a característica precípua de recebimento de competência por modo indireto, através de ato infraconstitucional das pessoas políticas a quem tais competências seriam originalmente atribuídas. Entretanto, cabe diferenciar que as entidades que compõem a Administração Indireta possuem personalidade jurídica própria, distinta da entidade maior a que se vinculam (União, Estados-Membros ou Municípios), de modo que serão responsáveis, em seu próprio nome, pelos direitos e encargos que sobrevenham de suas atividades no mundo jurídico<sup>36</sup>.

Tem-se, pois, que tanto as pessoas políticas da Administração Direta como as entidades integrantes da Administração Indireta possuem capacidade de contratar, o que é requisito subjetivo indispensável para configurar como parte em procedimento arbitral, nos termos da Lei Brasileira de Arbitragem. Desta feita, será considerado Administração Pública, para consecução do presente estudo, a composição de todos os órgãos e entidades que constituem a Administração Pública Direta e Indireta.

De acordo com Odete Medauar<sup>37</sup>, fortes correntes doutrinárias resistentes à ideia de que o Poder Público pudesse celebrar contratos com particulares sempre permearam o debate. Tal condição se deu, principalmente, por causa da posição de supremacia que a Administração Pública assumiria frente a outra parte contratante, bem como em virtude da concepção de que o atendimento ao interesse público impediria qualquer possibilidade de vínculo contratual contínuo.

Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>38</sup>, nos contratos de direito privado, a Administração Pública se nivela ao particular, sendo marcada a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age

---

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, op. cit., loc. cit.

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 274.

<sup>36</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2004. p. 76.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 263

como Poder Público propriamente dito, valendo-se de todo o seu poder de império, sendo o a verticalidade um marco desta relação jurídica.

De natureza ímpar dos atos unilaterais praticados pela Administração Pública, estes mormente denominados de atos administrativos, importa conceituar a figura do contrato administrativo. Por se tratar de negócio jurídico bilateral firmado entre a Administração Pública e particulares, o contrato administrativo será o instrumento que aproxima a Administração Pública do instituto da Arbitragem.

Nestes termos, define-se o contrato administrativo como sendo um ato de externalização de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente, e em que ao menos uma das partes atua no exercício da função administrativa<sup>39</sup>, o que claramente não guarda qualquer relação com ato administrativo, que se define como sendo uma declaração do Estado, no exercício das suas prerrogativas, manifestada mediante providências jurídicas legalmente autorizadas a título de lhe dar cumprimento ao quanto determinado à Administração Pública<sup>40</sup>. É uma espécie de ato jurídico marcado por características peculiares e com condição da válida produção de seus efeitos e a forma de eficácia que o individualizam<sup>41</sup>.

Neste sentido importa marcar distinção de que o contrato administrativo, muito embora apresente os mesmos elementos do contrato como figura da teoria geral do direito, se diferencia deste principalmente quanto ao interesse perseguido, uma vez que será qualificado como sendo de natureza pública, fator que o submete ao regime do Direito Administrativo e, desta forma, necessariamente deve-se perseguir o interesse público<sup>42</sup>.

Sendo assim, não se trata e examinar analisar a legitimidade de atos administrativos, inerentes ao interesse primário, mas sim de suas consequências patrimoniais,

---

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 468.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 385.

<sup>41</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ibidem*, p. 371

<sup>42</sup> *Idem*.

inerentes ao interesse secundário, e externados através dos contratos administrativos<sup>43</sup>.

Para que se possa aprofundar a análise acerca da possibilidade do uso da Arbitragem pela Administração Pública tendo como norte os princípios administrativos, é fundamental conceituar a distinção introduzida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>44</sup>, com fulcro na obra de Renato Alessi, quanto ao interesse público primário e secundário.

Tal classificação distintiva sustenta que, o interesse público divide-se em duas espécies: o interesse público primário (da coletividade) e o interesse público secundário (do ente estatal). Neste sentido, o interesse público primário seria correspondente aos interesses coletivos dos indivíduos enquanto membros de uma sociedade, de modo que este interesse público primário não se confundiria com o interesse do próprio ente estatal, sendo necessária tal distinção.

Neste sentido, diferenciar o interesse público nestas duas divisões serve pois, não obstante o Estado subjetive os interesses públicos, ele, em similitude aos particulares, convive em um universo jurídico juntamente com outros sujeitos de direito, também tendo os seus interesses próprios que não necessariamente convergem para o interesse coletivo. Estes interesses inerentes ao aparato estatal não seriam, portanto, como um interesse público propriamente dito, mas sim um interesse individual do Estado, sendo denominados por interesse público secundário.

Neste interim, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>45</sup> explica que, para que o Estado, que tem como função primordial a realização do interesse público (coletivo), possa defender seus próprios interesses privados (interesse público secundário) é indispensável que tal interesse, para além de não afrontar o interesse público primário, também devem convergir para realização deles.

Portanto, entende-se que os contratos administrativos poderão ser submetidos à Arbitragem quando nos casos em que não tangenciem ou versem sobre a consecução

---

<sup>43</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. **Uso da Arbitragem na Administração Pública**. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo31.pdf>>. Acesso em: 12/06/2020

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 66-67.

<sup>45</sup> Idem.

do bem comum (interesse público primário). Entretanto, inexistente óbice para que, com o fito de perseguir o interesse comum, eventual conflito entre a Administração Pública e particular que não vilipendie objetivos coletivos seja levado solucionados através da arbitragem<sup>46</sup>.

Neste sentido, importa a análise de que, para além do atendimento dos requisitos subjetivos e objetivos para subsunção dos conflitos da Administração Pública à arbitragem, se haveria alguma vedação principiológica emanada da Constituição Federal de 1988 para utilização do referido instituto para o Estado.

### 2.3.1 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

Por muito prevaleceu o dogma de que a Constituição da República Federativa de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, ao preceituar sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional, impediria a utilização da Arbitragem para solucionar litígios que envolvem a Administração Pública. Entretanto, alguns doutrinadores aprofundaram a discussão e concluíram que inexistente antagonismo ou proibição entre o referido dispositivo constitucional e os princípios da liberdade de contratar e da solução pacífica dos conflitos, que pertencem à órbita do direito privado, princípios estes que facultam às partes contratantes que deleguem a um terceiro imparcial a resolução de suas pendências jurídicas, havendo perfeita harmonia entre os corolários em comento<sup>47</sup>.

Neste sentido, caiu por terra o argumento de inconstitucionalidade da admissibilidade da Arbitragem para conflitos envolvendo a Administração Pública por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Isso porque, mesmo antes de promulgada a Lei 13.129/15, que incluiu os parágrafos 1º e 2º ao artigo 1º da Lei Brasileira de Arbitragem, autorizando expressamente a Administração Pública a submeter-se a arbitragem, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado

---

<sup>46</sup> REINERT, Edison Eduardo Bogo. **Contratos Administrativos e a aplicabilidade da Lei de Arbitragem**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGO.pdf>>. Acesso em 23/05/2020.

<sup>47</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, n. 236. abr./jun. 2004. p. 234

positivamente quanto à constitucionalidade da arbitragem <sup>48</sup>, conforme será aprofundado no item 3.2.2 do presente estudo.

Tal conclusão seria um consectário lógico pois, uma vez admitida a disponibilidade dos recursos públicos através da contratação administrativa, segue daí que também seria facultado à Administração convencionar a forma pela qual os litígios decorrentes do contrato serão resolvidos. Ou seja, o acessório (cláusula compromissória) segue a sorte do principal (disponibilidade dos interesses envolvidos no contrato) <sup>49</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>50</sup>, a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, conforme qualificado linhas acima, seriam marcados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição.

Como dito alhures, rememora-se que o interesse público se subdivide em primário e secundário. Sabendo que interesse público primário diz respeito aos interesses indisponíveis, é de fácil inferência eu estes não serão hábeis de figurarem em contrato com cláusula arbitral, vez que se relacionam com anseios coletivos, como justiça, segurança e bem-estar<sup>51</sup>. Por outro lado, em se tratando de cláusulas que obrigam a Administração a uma submissão de contraprestação financeira, inexistente razão para que se amplie tal conceito de indisponibilidade à obrigação de entregar quantia certa, vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício concedido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante<sup>52</sup>.

Neste sentido, se posiciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>53</sup> no sentido de diferenciar os interesses primários dos secundários e concluir que serão disponíveis somente os interesses e direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, em outros termos, aqueles que possam ser quantificados monetariamente e se

---

<sup>48</sup> BRASIL. AgR. na Sentença Estrangeira. SE5206/EP – ESPANHA. **Supremo Tribunal Federal**. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 30-04-2004 pp. 00029. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013625&base=baseAcordaos>. Acesso em: 23/05/2020

<sup>49</sup> BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, n.241. jul./set. 2005. p. 175.

<sup>50</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 73-74.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, op. cit., p. 67.

<sup>52</sup> TÁCITO, Caio. **Arbitragem nos Litígios Administrativos**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n. 210. out./dez. 1997. p. 114

<sup>53</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

encontram inseridos no comércio, e que, por esta razão, são objeto de contratação por parte da Administração Pública ao fim de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.

### **2.3.2 Princípio da Publicidade e o Sigilo Arbitral**

Outro ponto que merece certo destaque seria a questão do sigilo em procedimento arbitral envolvendo o Estado, havendo necessária relativização deste instituto no que concerne a arbitragem envolvendo o Estado, em razão do princípio da publicidade da Administração Pública, que deve manear todos os procedimentos da Administração.

Elucidando a questão, Carlos Alberto Carmona<sup>54</sup> explica que o sigilo não é uma obrigatoriedade e, assim como a maioria dos aspectos da arbitragem, é uma faculdade que pode ou não ser exercida pelas partes contratantes. Ou seja, inexistente mandamento legal que imponha o sigilo nas arbitragens, não sendo este um óbice à arbitragem com participação do Estado.

Neste sentido, diante do corolário da publicidade que rege os atos da Administração Pública, não se pode garantir o sigilo na Arbitragem em que participe o Estado sem que isso implique em desrespeito ao referido princípio constitucional. Portanto, esse princípio deve inevitavelmente ser respeitado, de modo a assegurar o acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral, preservando-se, somente, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral.

### **2.3.3 Julgamento por equidade**

A legislação brasileira prevê o juízo arbitral por equidade no artigo 2º da Lei Brasileira de Arbitragem, o que faculta às partes que, no momento da celebração da convenção arbitral, seja pactuado que as decisões dos árbitros desvincular-se-iam das determinações legais, podendo ser lastreadas por seu próprio saber.

---

<sup>54</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

Ocorre que, a Lei 13.129/15, no seu art. 2º, § 3º, visando evitar maiores debates sobre o tema, vedou expressamente a utilização da equidade como juízo cognitivo para solução de conflitos oriundos de contratos onde figure a Administração Pública, em observância ao princípio da legalidade, limitando a atuação e decisão dos árbitros aos limites adstritos da Lei.

Em sentido contrário à determinação legal de vedação da utilização do julgamento por equidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, Selma Maria Ferreira Lemes<sup>55</sup>, crítica que essa vedação poderia causar uma quebra na estrutura sistêmica do art. 2º da Lei de Arbitragem, tendo em vista o seu caráter de microsistema harmônico e coeso em si. Sua crítica funda-se na premissa de que é da própria noção de equidade que deflui a previsão de que os árbitros possam escusar-se da aplicação da legislação local para solucionar demandas com base nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, sendo esta a utilização mais usual da arbitragem e um dos seus preceitos basilares.

Em que pese a crítica doutrinária da referida autora, hoje, nos termos da legislação vigente, é vetado ao árbitro expedir sentença baseada em julgamento por equidade em casos envolvendo a Administração Pública, sendo este, ao nosso ver, uma medida de garantia de isonomia e da segurança jurídica.

Conforme exposto, atualmente muitos dos dilemas iniciais quanto ao uso da Arbitragem pela Administração Pública restam superadas, por conta do amadurecimento da legislação, da doutrina e da jurisprudência nos últimos anos, especialmente após a promulgação da Lei 13.129/15.

Deste modo, entende-se pela admissibilidade da utilização da Arbitragem pelo Estado. Ainda neste sentido, tal cognição não se limita somente aos princípios da economia e eficiência da Administração Pública, características estas inerentes à Arbitragem, mas também considerando todos os princípios administrativos e, especialmente, os princípios da legalidade, inafastabilidade do controle jurisdicional e indisponibilidade do interesse público. Igualmente restam robustos os requisitos de arbitrabilidade

---

<sup>55</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem e os vetos à nova lei**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%201-Arbitragem%20e%20os%20vetos%20%C3%A0%20nova%20lei.pdf> >. Acesso em: 15/04/2020

subjetiva e objetiva para solução de contendas da Administração Pública, cabendo sempre a observância da persecução dos interesses públicos e a sua manutenção<sup>56</sup>.

Em arremate, consigna-se que o estímulo ao uso da Arbitragem pelo Estado poderá acarretar uma gradual, porém considerável, diminuição de litígios a serem solucionados pelo Poder Judiciário, fazendo com que o Estado tenha maior facilidade em solucionar seus próprios conflitos através do juízo estatal.

---

<sup>56</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op. cit. p. 69.

### **3 TRATAMENTO JURÍDICO DADO À ARBITRAGEM**

Estabelecidas as premissas acima delineadas, cumpre demonstrarmos, ainda que de maneira perfunctória, os diplomas legais que autorizam e admitem de maneira implícita ou explícita a subsunção da Administração Pública à Arbitragem, com o fito de esclarecer que tal hipótese já se encontra consolidada no sistema jurídico pátrio nas mais diversas searas da Administração Pública direta e indireta muito antes da inovação trazida pela Lei nº 13.129/15, servindo como norte para um debate para maior aplicação do instituto arbitral, especialmente na resolução de conflitos tributários.

Ainda nesta esteira de intelecção, também demonstraremos a evolução jurisprudencial do tema que ao longo dos anos vem se aperfeiçoando para implementação do instituto arbitral no Brasil, especialmente nas contendas envolvendo a Administração Pública.

#### **3.1 TRATAMENTO LEGISLATIVO PÁTRIO**

As menções aos diplomas legislativos expostos a seguir servem como linha de frente para que se possa ampliar o campo de debate e desmistificar a adesão da Administração Pública ao instituto arbitral, de forma que se possa delinear os limites e contornos que envolvem a subsunção da Administração Pública à Arbitragem.

Por fim, importa o esclarecimento de que tal análise da legislação pátria não se faz com a necessidade de exaurir as demonstrações e o tema, servindo somente, como dito alhures, para “semear o campo” para possibilidade da utilização do instituto arbitral nos conflitos tributários.

##### **3.1.1 Constituição Federal de 1988**

De maneira exemplificativa e inaugural, demonstra-se que a base do nosso sistema jurídico pátrio abre diversas brechas para que a Administração Pública se utilize de tal

via oblíqua de soluções de conflitos, seja por conta de previsões que facilitaram o surgimento de tal instituto, seja por claramente trazer textualmente tal possibilidade.

Quanto às menções indiretas, destacamos primordialmente a ausência de vedação explícita e da indicação do monopólio estatal jurisdicional na redação do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tema que será aprofundado linhas abaixo, mais especificamente no tópico 4.3 do presente estudo.

Neste mesmo sentido, em referência às disposições expressas, necessário se faz a reprodução do artigo 12, § 2º<sup>57</sup> do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 12. Será criada, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, Comissão de Estudos Territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução. [...]

§ 2º Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes.

Tal previsão constitucional confere aos Estados que detenham qualquer litígio entre si acerca da demarcação das suas linhas divisórias, que resolvam tal conflito mediante arbitramento. O que salta aos olhos é que tal previsão advinda da Constituição Federal de 1988 em nada inovou, haja vista possuir antecedentes nas Constituições de 1934, 1937 e 1946<sup>58</sup>, sendo indubitável que a previsão *arbitramento*, neste dispositivo, não deve ser entendida como perícia, mas sim subsunção da matéria a um Tribunal Arbitral, justamente por reproduzir textos constitucionais pretéritos que foram expressos neste sentido.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 22/03/2020

<sup>58</sup> ESCOBAR, Marcelo Ricardo., op. cit. p. 132-133

<sup>59</sup> Idem.

### 3.1.2 Lei Federal nº 9.307/96

A inovação introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.307/96, usualmente denominada como Lei Brasileira de Arbitragem, em seu texto original, deixava límpido e cristalino os requisitos subjetivos para subsunção de certas demandas ao procedimento arbitral, indicando que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Seguindo esta linha de intelecção, tem-se que a premissa referente ao requisito subjetivo emanada do referido comando normativo, abarca a Administração Pública, eis que esta é plenamente capaz de contratar, também podendo redimir certos conflitos pela via arbitral.

Neste sentido, Marcelo Ricardo Escobar tece a crítica de que:

Tendo a Administração pública disponibilizado parcela de seu patrimônio ao pagamento das contratações de produtos ou serviços – exemplificadamente aquelas feitas por intermédio dos procedimentos contidos na Lei nº 8.66/93,- não haveria que se falar de sua indisponibilidade, uma vez que já estariam afetados, provisionados, segregados para adimplir tais obrigações contratualmente assumidas.<sup>60</sup>

Entretanto, a ausência de disposição expressa acerca da possibilidade de subsunção da Administração Pública a tal instituto gerou diversas dúvidas acerca da sua aplicabilidade, principalmente em virtude do princípio da legalidade estrita que rege a Administração Pública.

Tal conflito só fora resolvido no ano de 2015, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 e pelo Código de Processo Civil de 2015 na Lei Brasileira de Arbitragem, principalmente na importância dada pelo código processual aos métodos alternativos de resolução de conflitos e as alterações promovidas pela referida legislação, em especial as havidas com a inclusão do § 1º ao art. 1º, e do §3º ao art. 2º<sup>61</sup>:

---

<sup>60</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>61</sup> BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 22/03/2020

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...]

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

As alterações promovidas, embora tenha acometido certo arrefecimento de tal debate, acabou por promover outros diversos tantos questionamentos, a exemplo dos enunciados nº 487 e 488, extraídos do VI Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ocorrido entre os dias 23 a 25 de outubro de 2015 em Curitiba que versam o seguinte<sup>62</sup>:

487. (Art. 1º, §§1º e 2º, da Lei 9.307/1996) A previsão no edital de licitação não é pressuposto para que a Administração Pública e o contratado celebrem convenção arbitral.

488. (Art. 1º, § 1º, da Lei 9.307/1996) A Administração Pública direta ou indireta pode submeter-se a uma arbitragem ad hoc ou institucional.

Sendo assim, muito embora tais enunciados não disponham de poder vinculante, claro é que servirão como norte para os operadores do Direito.

### **3.1.3 Lei Federal nº 9.472/97**

Em que pese outros diplomas legislativos anteriores já tenham abordado tal tema de forma genérica, destaca-se para estudo a Lei Federal nº 9.472/97 que substituiu a exclusividade do Estado como explorador dos serviços de comunicação, passando a apenas regulá-los. Diante deste cenário, surge a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para suprir essa lacuna normativa, quando da edição da Lei nº 9.472/97.

Em seu art. 19, inciso XVII, o dispositivo legal em comento delega a competência para composição administrativa de conflitos de interesses entre prestadores de serviços de telecomunicação à ANATEL, definindo também, em seu art. 93, inciso XV, que o

---

<sup>62</sup> **VI Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Enunciados sobre arbitragem.** Migalhas, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/229415/vi-forum-permanente-de-processualistas-civis-enunciados-sobre-arbitragem>. Acesso em: 16/05/2020.

contrato de concessão indicará expressamente o foro e o modo para a solução extrajudicial de divergências contratuais, senão vejamos:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

(...)

XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais<sup>63</sup>.

Em análise inicial, as previsões legais acima referenciadas careceriam de maior regulação para sua implementação, no entanto, abrem clara margem para uma solução de conflitos que fuja da alçada do Poder Judiciário

A regulamentação complementar necessária acima apontada concretizou-se com a redação do regimento interno, hoje vigente respaldado na resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, sendo que seus artigos 95 a 101 versam sobre o denominado “Procedimento de Arbitragem Administrativa”<sup>64</sup>. Sendo assim, o modo de solução extrajudicial de conflitos determinado pela Lei nº 9.472/97, seria, em tese, uma arbitragem.

Entretanto, o procedimento acima descrito consta com errônea denominação, não sendo a terminologia “arbitragem” a mais adequada para definição do procedimento, tendo em vista que inexistente qualquer relação entre o método de solução de conflitos imposto pela Lei nº 9.472/97 e a arbitragem prevista Lei nº 9.307/96, devendo-se segregar a atuação da agência enquanto Administração Pública reguladora de um setor específico, da atuação como árbitro entre agentes do setor<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> BRASIL. **Lei nº 9.472**, de 16 de junho de 1997. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm) Acesso em: 22/03/2020

<sup>64</sup> BRASIL. **Resolução ANATEL nº 612**, de 29 de abril de 2013. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612.htm> Acesso em: 22/03/2020

<sup>65</sup> ESCOBAR, Marcelo Ricardo, op. cit. p. 147

Neste sentido, Maria Sylvia di Pietro, faz severa crítica a tal procedimento e à sua nomenclatura, deixando claro que a previsão do art. 155 da Lei Geral de Telecomunicações e prevista na Resolução nº 01 não se confundem com a arbitragem prevista na Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/96)<sup>66</sup>.

A referida autora assertivamente sustenta que os dois institutos baseiam-se em premissas distintas pois, enquanto a Lei de Arbitragem rege-se pelos corolários da autonomia da vontade, pela confiança atribuída pelas partes aos árbitros e pela impossibilidade de controle ou homologação *prima facie* das decisões proferidas pelos árbitros pelo Poder Judiciário, a Lei Geral de Telecomunicações emprega o termo “arbitragem” de maneira equivocada, em razão da inexistência de tais quesitos na composição da denominada “arbitragem”<sup>67</sup>.

Adiante, complementa Maria Sylvia di Pietro, que as Agências reguladoras não teriam competência para normatizar o processo administrativo de resolução de conflitos, nem de impor aos litigantes um determinado órgão julgador, justamente por falta de base legal<sup>68</sup>.

Sendo assim, em que pese a denominação errônea e as críticas doutrinárias ao procedimento da Lei Geral de Telecomunicações, claro é que o Estado visou uma apuração mais técnica e célere de tais conflitos, utilizando um método alternativo à jurisdição estatal como via oblíqua ao Judiciário para resolução de contendas.

### **3.1.4 Lei Federal nº 10.303/01**

Seguindo esta esteira cognitiva, faremos um recorte acerca das sociedades de economia mista e a possibilidade de subsunção de alguns de seus conflitos ao juízo arbitral. Em suma, restará esmiuçado que, mesmo antes da edição da Lei nº 13.129/15, já havia previsão no ordenamento pátrio da possibilidade da Administração Pública submeter-se à arbitragem.

---

<sup>66</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 437-438.

<sup>67</sup> op. cit., p. 440.

<sup>68</sup> op. cit., p. 441.

Após a edição da Lei nº 10.303 de 31 de outubro de 2001, que acresceu o § 3º ao art. 109, da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, o legislador brasileiro expressamente anuiu com possibilidade de utilização da arbitragem para resolver conflitos oriundos entre a companhia e os acionistas, bem como entre os acionistas controladores e os minoritários.

E mesmo com referida previsão legal, havia dúvida de que mesmo com sua inclusão nos estatutos sociais, não se poderia obrigar os acionistas a participarem de uma arbitragem, sem que esses tivessem consentido expressamente com tal possibilidade<sup>69</sup>.

A problemática decorre de duas possibilidades<sup>70</sup>: i) A primeira, da instituição da sociedade desde o seu início com a previsão da cláusula compromissória, o que não demandaria maiores divergências, haja vista que todos os sócios fundadores estariam vinculados a cláusula, partindo-se da premissa do consenso entre as estipulações; ii) A segunda decorreria da instituição da sociedade sem a previsão da arbitragem em seu estatuto e, posteriormente acrescer-se ao ajuste essa possibilidade em assembleia geral ordinária. Podia se questionar neste caso, que somente com aprovação unânime é que essa possibilidade poderia ser acrescida ao estatuto da companhia, todavia, a redação do artigo 129 da lei das S/A parece-nos afastar tal entendimento por prever que: “As deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos não se computando os votos em branco”.

Assim sendo, as alterações legislativas recentes visaram justamente pacificar tais questionamentos, especificamente no que se refere às alterações advindas com a publicação da lei 13.129/15, que alterou a lei brasileira de arbitragem, bem como, dentre outras disposições, acresce o artigo 136-A lei das S/A:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas,

---

<sup>69</sup> ESCOBAR, Marcelo Ricardo, op. cit., p. 148.

<sup>70</sup> Idem

assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

O mencionado dispositivo legal tem a sua importância para o presente estudo pelo fato de se aplicar tanto as companhias de direito privado quanto de direito público, pela inteligência do artigo 173 §1º, inciso II da Constituição Federal de 1988.

Por fim, importante o destaque Petrobras ostenta a previsão para solução de controvérsias pela via arbitral na cláusula 58 do seu estatuto social, autorizando a realização de uma arbitragem entre os acionistas dentre os quais, o controlador, a União Federal, poderá estar presente, sendo está uma hipótese já admitida no ordenamento pátrio de arbitragem envolvendo a administração pública<sup>71</sup>.

### **3.1.5 Emenda Constitucional nº 45/04.**

Dente as diversas inovações, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 transferiu a competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, pra julgamento, originariamente, do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, firmando assim a consolidação do instituto pela farta jurisprudência proveniente das duas cortes.

A transferência de competência supra referida, além de desafogar o STF, ainda privilegiou o instituto da arbitragem ao trazer maior agilidade para julgamento dos

---

<sup>71</sup> BRASIL. **Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A.** Disponível em: <http://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 22/04/2020

pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, havendo registro que apenas entre os anos de 2005 e 2010, trinta processos haviam sido julgados, e em dezembro de 2010 constavam mais dez pedidos de homologação de sentença Arbitral estrangeira em andamento. Em novembro de 2015 havia registro de 63 acórdãos relativos à homologação de sentença estrangeira perante o STJ<sup>72</sup>.

Outra inovação de suma importância trazida pela emenda constitucional em comento reside no acréscimo do inciso LXXVII ao art. 5º da Constituição, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Como exposto no tópico 2.1 do presente estudo, a celeridade da tramitação e a razoável duração do processo, alçados a garantia constitucional após o advento da Emenda Constitucional nº 45, há muito não são características do processo judicial brasileiro, cenário este que fomenta o crescimento da arbitragem por justamente haver a entrega de uma resposta final e irrecorrível em um tempo demasiadamente menor.

O que se demonstra é que as legislações que versam sobre arbitragem e administração pública são uma realidade, sendo que os diplomas legais em questão por anos a fio foram utilizados mesmo antes de qualquer questionamento para o judiciário que, conforme será demonstrado linhas abaixo, também evoluiu em relação ao entendimento do tema.

### 3.2 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO

Em concomitância com as inovações legislativas que passaram a admitir implícita ou explicitamente a possibilidade da Administração Pública se submeter à Arbitragem para resolução de suas demandas, o entendimento jurisprudencial pátrio também acompanhou tais mudanças, afastando-se da resistência outrora criada na medida da consolidação de certos precedentes.

---

<sup>72</sup> LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. **Arbitragem. Temas Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 383-384.

A evolução do sistema jurisprudencial pátrio passou por diversas fases, tendo existido um período cíclico, partindo de certa elasticidade inicial que foram reduzidas pelas supressões legislativas, até o reconhecimento da constitucionalidade do instituto, bem como o alargamento de sua aplicabilidade.

Nos tópicos abaixo do presente trabalho, não se pretenderá esgotar o tema e muito menos os precedentes acerca do tema, mas tão somente contextualizar e explicar os casos mais importantes no cenário nacional e que foram utilizados como espécie de *leading cases* para as demais decisões.

### 3.2.1 STF e os Casos “Lages”

Os chamados casos “Lages”, considerado por Carlos Alberto Carmona como importantes precedentes a respeito do tema<sup>73</sup>, referem-se ao julgamento do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 52.181-Guanabara e do Agravo de Instrumento nº 52.181-Guanabara.

Rememora-se que, muito embora o AI nº 52.181-Guanabara fora o mais aprofundado sobre a temática, ele foi o segundo caso onde o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o tema da possibilidade da Administração Pública solucionar os seus litígios pela via arbitral, diferentemente do RE nº 56.851-Guanabara, que foi julgado em 13/06/1969, este sim, o primeiro precedente sobre a temática.

Considerando que ambos os casos versam sobre os mesmos fatos, passamos a fazer um breve resumo das questões fáticas circundantes à lide para que possamos adentrar nas peculiaridades jurídicas de cada precedente.

Considerando a existência do estado de guerra declarado pelo Decreto nº 10.358/42<sup>74</sup>, adveio a edição do Decreto-Lei nº 4.684/42 que, dentre outras providências,

---

<sup>73</sup> ESCOBAR, Marcelo Ricardo, op. cit., p. 168

<sup>74</sup> BRASIL. **Decreto Lei nº 10.358**, de 31 de agosto de 1942. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D10358.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm). Acesso em: 22/05/2020

incorporou ao patrimônio nacional os bens adquiridos pela empresa chamada Organização Laje e do espólio de Henrique Lage<sup>75</sup>.

Após a avaliação dos bens por um Superintendente de confiança do Governo Federal, o Ministro da Fazenda, alegando auxílio financeiro prestado ao de cujus, sugeriu a expedição do Decreto-Lei fixando a indenização em valor inferior ao apurado<sup>76</sup>.

Não sendo acolhida a sugestão, o Governo construiu uma comissão, sob presidência do Procurador-Geral da Fazenda Pública, com a finalidade de proceder a avaliação dos bens, culminando da expedição do decreto lei 7.024/1944<sup>77</sup>.

Em 26/07/1946, publicou-se o Decreto-Lei nº 9.521/46, que regulou o destino dos bens deixados por Henrique Lage especificando, em seu art. 4º, que a União pagaria pela incorporação dos bens ao seu patrimônio “uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham” e que o montante dessa indenização seria fixada por decisão irrecorrível de um juízo Arbitral, e cuja execução independeria de homologação, nos termos dos artigos abaixo destacados para melhor elucidação<sup>78</sup>:

Art. 4º A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em Vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de 8 Setembro de 1942, e o respectivo "quantum" será fixado pelo Juízo Arbitral a ser instituído de acôrdo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei.

Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-leis ns. 4.648, de 2 de setembro de 1942, e 7.024, de 6 de Novembro de 1944, com as seguintes atribuições:

I - Decidir sobre:

- a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º dêste Decreto-lei;

---

<sup>75</sup> BRASIL. **Decreto Lei nº 4.648**, de 02 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4648-2-setembro-1942-414564-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 23/05/2020

<sup>76</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 52.181-Guanabara.. Relator: PINTO, Bilac. Trecho do voto do Relator Ministros Bilac Pinto, p. 276. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/40890/39650>. Acesso em: 23/05/2020

<sup>77</sup> Idem

<sup>78</sup> BRASIL. **Decreto Lei nº 9.521**, de 26 de julho de 1946. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4648-2-setembro-1942-414564-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 23/05/2020

- b) os débitos a que se referem os arts. 5º, letra a, e 6º,
- c) o levantamento do passivo das referidas Emprêsas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5º letra b;
- d) a apuração da diferença a que alude o art. 8º;
- e) as alterações eventuais previstas no art. 10;
- f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos termos dos arts. 2º e 3º;
- g) a administração, nos termos do art. 21, § 1º, das empresas excluídas;
- h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa a boa e rápida execução do presente decreto-lei.

II - Arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10

Art. 14. O Juízo Arbitral será constituído de três (3) membros, dos quais um de nomeação do Ministro da Fazenda e outro indicado pela inventariante do Espólio de Henrique Lage, mediante autorização do Juízo do inventário, após audiência dos demais interessados. O terceiro será escolhido de comum acôrdo pelos dois primeiros, dentre os Ministros de Supremo Tribunal Federal, em exercício ou aposentados

Art. 16. Da sentença do Juízo Arbitral nenhum recurso será admissível, constituindo decisão final e definitiva que será executada independentemente de homologação.

O Juízo Arbitral foi instituído nos termos do artigo 12 acima destacado, para que fosse julgado em instância única e sem recursos as impugnações oferecidas pelo espólio de Henrique Lage, tendo sido delimitado as matérias sobre as quais poderia o tribunal arbitral decidir e, nos termos do artigo 14 determinou como se daria a composição da corte arbitral.

Em 21/01/1948, o Juízo Arbitral proferiu sentença, concluindo, por votação unanime, que a indenização orçava em Cr\$ 288.460.812,00, isto após deduzidos as dívidas e demais encargos do acervo, e que o pagamento seria feito em apólices entregues ao Banco do Brasil.

Tudo caminhava no sentido de respeito por parte da União da decisão proferida pelo Tribunal Arbitral até que o Governo, alicerçado em parecer do Procurador-Geral da Fazenda, Dr. Haroldo Renato Ascoli, que sustentava a inconstitucionalidade do Juízo Arbitral, enviou ao Congresso Nacional a mensagem nº 463, de 14/11/52, solicitando o cancelamento de todas as providências para pagamento da indenização<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 52.181-Guanabara, op. cit., p. 277.

Diante da ausência de recebimento da indenização concedida pelos Juízo Arbitral, os espólios de Henrique Lage e de Renaud Laje ajuizaram diversas ações que se culminaram nos dois precedentes abaixo abordados.

### **3.2.1.1 Decisão STF – RE nº 56.852 (1º Caso Lage)**

Realizado breve esboço fático acima, o objeto da presente ação que se comenta seria a indenização proposta pelo espólio, o ressarcimento dos prejuízos com a perda das três embarcações.

Em primeira instância a ação foi julgada improcedente quando da prolação do despacho saneador. A sentença foi reformada pelo Tribunal Federal de Recursos, determinando o seu procedimento até o julgamento de mérito<sup>80</sup>.

Considerando os pedidos, agora em sede de sentença, novamente foram julgados improcedentes, resultado mantido pela primeira turma do Tribunal Federal de Recursos. No recurso extraordinário foi conhecido e provido, sendo que das razões de decidir do relator, Ministro Amaral Santos, extraem os seguintes trechos referentes à arbitragem mantida junto à administração pública<sup>81</sup>:

A sentença Arbitral tinha caráter de recorrível, “constituindo decisão final e definitivo, que será executado independentemente de homologação” (Decreto-Lei nº 9,521, art. 16). (...)

Atendendo a que, como se viu, a decisão do Juízo Arbitral, que é sentença, e transitou em julgado, reconheceu ser o Espólio credor e não devedor da União, sendo por isso, caso de aplicar-se o parágrafo 2º, do art. 8º do mesmo Decreto-Lei nº 9.521, cabe à União pagar ao Espólio e as empresas o que a cada um for devido. (...)

Assim, mesmo que indiretamente, temos que apontar que Supremo Tribunal Federal reconheceu a funcionalidade da arbitragem contra a administração pública, bem como reconheceu que a irrecorribilidade das decisões não seria um empecilho para o instituto, tendo-se aprofundado sobre o tema quando do julgamento do AI nº 52.181-Guanabara

---

<sup>80</sup> ESCOBAR, Marcelo Ricardo, op. cit., p. 172

<sup>81</sup> Idem Apud trechos do voto do Ministro Relator Amaral Santos, nos autos do RE nº 56.852-Guanabara, p. 216 e p. 219.

### 3.2.1.2 Decisão STF – AI nº 52.181 (2º Caso Lage)

Feito o breve relato dos fatos envolvendo a lide e delineado a decisão do chamado “1º Caso Lage”, após transcorridos quatro anos da referida decisão, o Supremo Tribunal Federal voltou a deparar-se com o tema, agora de forma mais direta.

No presente caso, a União, visando reverter os efeitos da decisão desfavorável advinda do RE nº 56.852, requereu o reconhecimento da inconstitucionalidade do Juízo Arbitral, alegando também a impossibilidade de existência de cláusula de irrecorribilidade no ordenamento jurídico pátrio, como assim ocorrera no julgamento arbitral.

O magistrado de primeira instância julgou procedente as ações, para o fim de ser paga a indenização estabelecida no laudo arbitral, com juros de mora, custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o total da condenação.

Em apelação ao Tribunal Federal de Recursos, o recurso foi relatado pelo Ministro Godoy Ilha, tendo sido reconhecida validade do Juízo Arbitral e da cláusula de irrecorribilidade, restando assim ementado<sup>82</sup>:

*"Inconstitucionalidade de lei.* A faculdade de declarar a inconstitucionalidade da lei é atribuição precípua e exclusiva do Judiciário, que aos demais Poderes não é lícito usurpar.

*Juízo Arbitral* - Na tradição do nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insuscetíveis de transação.

*Natureza consensual do pacto de compromisso* - O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.

*Princípios de instituto jurídico* – Os princípios informativos de um instituto jurídico de direito privado podem ser modificados ou até mesmo postergados por norma legal posterior.

*Cláusulas de irrecorribilidade* - A cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral é perfeitamente legítima e não atenta contra nenhum preceito da Carta Magna, sendo também dispensável a homologação judicial dessa sentença, desde que, na sua execução, seja o Poder Judiciário convocado a se pronunciar, dando, assim homologação tácita ao decidido.

Acorda a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento, em parte, ao recurso de ofício e ao apelo da União, vencido o Sr.

---

<sup>82</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 52.181-Guanabara, op. cit., p. 278.

Ministro Revisor quanto à questão da exequibilidade do laudo, e, por unanimidade, no tocante a exclusão de honorários e aos juros de mora, que deverão ser contados na forma da lei. Por unanimidade, dar provimento, em parte, ao apelo dos autores, para explicitar a condenação, nos termos do voto do Relator."

Ao chegar no Supremo Tribunal Federal, a decisão manteve-se irretocável, estando insertos no voto do Ministro Relator Bilac Pinto diversos trechos fundamentais para sedimentação do debate, trechos estes destacados a seguir para melhor elucidação diante de sua importância<sup>83</sup>:

(...)Os conflitos de interesse comportam solução negocial. Assim, podem as partes transigir, como podem aceitar o compromisso - tal como lhes é lícito na compra e venda, deixar a fixação do preço ao arbítrio de terceiro. Em nenhuma dessas situações se pode pensar na criação de órgãos revestidos do poder de jurisdição. ~ que, como evidente, este poder não decorre do acordo de vontades dos titulares de interesses em conflito. A jurisdição é poder estatal e seu exercício se não submete à concordância dos litigantes. Ora, quando se estipula o compromisso, não é possível confundir a situação com a instituição de órgão dotado de poder jurisdicional, ou com ofensa ao monopólio da jurisdição que - ressalvados os casos na Constituição previstos - ao Judiciário se reconhece (...)

(...)Não procedem, ainda, as alegações de ofensa à Constituição, porque excluída a recorribilidade da decisão. A fixação do valor por terceiros resulta de ato negocial. E ninguém sustentará que a aceitação do negócio jurídico, ou do valor que veio a ser fixado consoante prévio acordo de vontades, não possa ser admitido legítimo e que a regra *pacta sunt servanda* deva ser tida como inconciliável com o monopólio jurisdicional. Não há confundir, repita-se, a composição negocial de conflito de interesses com o exercício da jurisdição. (...)

Neste sentido, temos que, tanto a decisão emanada pelo Tribunal Federal de Recursos, quanto a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal são de suma importância para possibilidade de subsunção da Administração Pública à Arbitragem, sendo firmado o entendimento que impossibilitar o Estado a resolver seus litígios pela via arbitral seria é restringir a sua autonomia contratual, que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insuscetíveis de transação, sendo também fundamental o reconhecimento de não violação ao ordenamento jurídico pátrio da existência da cláusula de irrecorribilidade nos atos negociais travados pela Administração Pública.

---

<sup>83</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 52.181-Guanabara, op. cit., p. 286.

### 3.2.2 Decisão STJ -REsp nº 616-RJ

Outra decisão de extrema importância foi a oriunda do julgamento do REsp 616-RJ, ocorrido em 24 de abril de 1990, que julgou como válida a cláusula de compromisso arbitral assinada pela companhia estatal Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro, que firmou um contrato internacional com cláusula de arbitragem comercial internacional com a empresa norueguesa de navegação Ivarans Rederi, sujeita às regras procedimentais da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (“CIAC”), que assim restou ementado<sup>84</sup>:

CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENEVRA DE 1923. 1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e por si só, é apta a instituir o juízo arbitral. 2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida. 3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria

O referido *decisum*, para além de admitir implicitamente a possibilidade de empresas estatais (ainda que de economia mista) submeterem os seus conflitos à arbitragem, tratou de privilegiar o princípio da boa-fé e da liberdade contratual, tendo sido recebido com grande entusiasmo pelos estudiosos da arbitragem no Brasil, porque entenderam que o Superior Tribunal de Justiça havia consagrado a equiparação da cláusula compromissória ao compromisso arbitral, ao menos nas arbitragens internacionais, e também pela prevalência conferida ao princípio da boa-fé sobre a idolatria da forma, o que constituiria um grande progresso para desanuviar o clima jurídico no Brasil em favor da arbitragem e abrir as portas para aprovação de uma lei moderna sobre a matéria<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> BRASIL. Recurso Especial nº 616-RJ. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/coletanea/article/view/2797/2522>. Acesso em: 18/05/2020

<sup>85</sup> LOBO, Carlos **A. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil**. Revista de Arbitragem e Mediação, 2016. Rarb Vol 50. Pg. 5

### 3.2.2 Decisão STF – SE nº 5.206-7

A decisão proferida nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, proveniente do Reino da Espanha<sup>86</sup>, acabou por reconhecer a constitucionalidade da do instituto da Arbitragem, cinco anos após o a publicação da Lei nº9.307/96 (Lei Brasileira de Arbitragem).

No julgamento, ocorrido em 12 de dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso, não ofende o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (princípio constitucional do acesso à justiça)<sup>87</sup>.

Analisando a norma extraída do referido artigo, o Ministro Nelson Jobim concluiu que o caráter da norma em relação à composição de conflitos é proibitivo, mas o destinatário da norma seria o Poder Judiciário e não o cidadão:

(...)em primeiro, a referência constitucional. Diz o texto da Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em primeiro lugar, examinando o dispositivo constitucional através da perspectiva de seu núcleo normativo, e verificando o caráter desse dispositivo, vemos, dede logo, que o dispositivo é proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito ou ameaça a direito. Leio “A lei não excluirá à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao cidadão o direito de opção e não a obrigatoriedade do cidadão de compor os seus conflitos fora da área do Poder Judiciário. Vetou-se ao legislador que impedisse o exercício pelo cidadão da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário. Logo, não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma

---

<sup>86</sup> BRASIL. AgR. na Sentença Estrangeira. SE5206/EP – ESPANHA. **Supremo Tribunal Federal**. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 30-04-2004 pp. 00029. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889> Acesso em: 23/05/2020

<sup>87</sup> BRASIL. AgR. na Sentença Estrangeira. SE5206/EP – ESPANHA. **Supremo Tribunal Federal**. Relator: PERTENCE, Sepúlveda Trecho do voto do Ministro Nelsto Jobim, p. 959. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 23/05/2020

faculdade. É permitido recorrer ao Judiciário como é permitido não recorrer ao Poder Judiciário. O que é proibido é impedir essa faculdade. (...) <sup>88</sup>

Outro ponto fundamental da referida decisão refere-se a declaração de constitucionalidade dos artigos 18 e 31 da Lei Brasileira de Arbitragem que, respectivamente, delineiam a previsão de irrecorribilidade e efeito das decisões arbitrais.

Com a decisão, a estrada para a aplicação e ampliação da arbitragem no Brasil restou pavimentada, alterando o posicionamento dos julgadores, inclusive, em relação à sua aplicação em relação à Administração Pública, conforme se verá a seguir.

### **3.2.3 Decisão STJ – REsp nº 612.439.**

Uma importante mudança nos rumos decisórios nas lides envolvendo o tema Arbitragem e Administração Pública veio em 25 de outubro de 2005, quando do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 612.439, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que restou assim ementado:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido.

O caso tem como escorço fático uma ação ordinária condenatória movida por uma sociedade de economia mista com sede no Rio Grande do Sul, a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), movida em face da empresa AES Uruguaiana

---

<sup>88</sup> ibidem p.1.019-1.021.

Empreendimentos LTDA. (AES Uruguaiana), pelo descumprimento injustificado do contrato firmado por elas de aquisição de potência e energia elétrica decorrente de licitação internacional.

Ocorre que a AES Uruguaiana Empreendimentos LTDA., sustentou em sua contestação a existência de cláusula compromissória no referido contrato, tendo requerido a extinção do feito sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 276, VII, do CPC/73.

O pedido de extinção do feito fora indeferido pelo juízo singular, sob a alegação de que a Companhia Estadual de Energia Elétrica seria empresa prestadora de de serviço público essencial, não podendo abrir mão da jurisdição estatal sem autorização do Poder Legislativo Estadual.

A decisão do juízo de piso restou mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o que ensejou a interposição do Recurso Especial nº 612.439-RS, ora sob análise.

Das razões de decidir que fundamentaram a cognição do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se que houve o posicionamento: (i) reconhecimento do caráter híbrido da arbitragem – contratual e jurisdicional; (ii) reconhecimento da força cogente da cláusula arbitral; e (iii) possibilidade de uma sociedade de economia mista celebrar contrato de compra e venda com cláusulas compromissórias, por não envolver interesse público primário, portanto disponíveis<sup>89</sup>.

Com base nessas premissas o recurso foi conhecido e parcialmente provido para, com fundamento no artigo 267, inciso VII, do CPC/73, extinguir o processo sem exame do mérito por conta da cláusula compromissória prevendo a arbitragem como meio de solução de conflitos oriundos daquele contrato específico.

---

<sup>89</sup> BRASIL. Recurso Especial REsp nº 612.439 – RS (2003/0212460-3), Voto do Relator Min. João Otávio p.6-8, disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_612439\\_RS\\_1265037291151.pdf?Signature=o4efeHb4IITh7OnPU4Wgho2bQM%3D&Expires=1592364339&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6646bae8d23172c6d8b31b92f43865f5](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_612439_RS_1265037291151.pdf?Signature=o4efeHb4IITh7OnPU4Wgho2bQM%3D&Expires=1592364339&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6646bae8d23172c6d8b31b92f43865f5). Acesso em: 17/06/2020

A grande contribuição para o estudo da arbitragem envolvendo o Poder Público decorrente do julgamento do caso em comento, deriva do seguinte trecho do voto do Ministro relator João Otávio de Noronha, que sumariza com propriedade a questão:<sup>90</sup>

(...)Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". (...)

Sendo assim, a decisão em comento é de suma importância para o debate acerca da possibilidade da Administração Pública submeter-se à arbitragem, sendo digno de registro que esta foi a primeira decisão neste sentido após o Supremo Tribunal Federal pacificar a constitucionalidade da arbitragem nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, proveniente do Reino da Espanha, já comentado alhures.

---

<sup>90</sup> Ibidem., p. 7.

## 4 ARBITRALIDADE DAS CONTROVÉRSIAS TRIBUTÁRIAS

Veja delineado o cenário dos processos judiciais no Brasil e traçado parte dos caminhos percorridos pela legislação e pela doutrina pátria acerca do tema, temos que a arbitragem vem cada vez mais sendo reconhecida como um meio válido e efetivo para soluções de controvérsias, inclusive aquelas envolvendo a Administração Pública.

Neste sentido, estabelecidas as premissas acima, necessário se faz uma análise da arbitralidade ou requisitos objetivos e subjetivos que seriam ou não atendidos para a implementação da arbitragem no Brasil.

Perpassando pela experiência bem sucedida em Portugal, analisaremos o contexto lusitano e colocaremos em questionamento alguns dogmas existentes acerca do objeto das disputas tributárias e a adequação da solução de conflitos tributários pela via arbitral, fazendo também uma análise dos principais diplomas legais e a completa ausência de dispositivos que vedariam a implementação da arbitragem tributária no Brasil.

Por fim, será analisado criticamente o Projeto de Lei que versa sobre o tema, o Projeto de Lei nº 4.257/19, de autoria do Senador Antonio Augusto Junho Anastasia (PSDB-MG), e a sua relevância prática para o tema.

### 4.1 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA COMO PARÂMETRO - CAAD

A arbitragem para a solução de controvérsias fiscais vem ganhando admissibilidade crescente no panorama internacional.<sup>91</sup> É o que se observa, por exemplo, em Portugal, onde o amadurecimento e a consolidação da arbitragem envolvendo a Administração Pública rompeu barreiras e culminou em uma regulamentação inovadora e de extrema relevância<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup>ESCOBAR, Marcelo Ricardo. op. cit., p. 209.

<sup>92</sup> idem.

Através do despacho nº 5.097/2009 do Secretário de Estado da Justiça, datado de 12 de fevereiro de 2009, criou-se em Portugal o Centro de Arbitragem Administrativa (“CAAD”). Ato contínuo, promulgou-se o Decreto-Lei n.10, de 20 de janeiro de 2011, permitindo a subsunção de conflitos tributários ao CAAD.

Conforme preambulo do instrumento normativo em comento<sup>93</sup>, a arbitragem tributária em Portugal visa três objetivos principais: por um lado, reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, por outro lado, imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo e, finalmente, reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais.

A legislação em questão é bastante completa e tratou de regular todo o procedimento arbitral, definindo modelo de escolha dos árbitros, requisitos para os árbitros comporem o tribunal arbitral, valores máximos das causas passíveis de serem arbitradas, matéria arbitráveis, enfim, serve de norte para países que tem como base estruturante modelo de *civil law*, incluído o Brasil neste contexto.

Após 3 anos de existência, estudos<sup>94</sup> demonstram que, da sua criação no ano de 2010 até o ano de 2013, o CAAD recebeu 200 (duzentas) arbitragens tributárias, das quais 127 (cento e vinte e sete) já teriam sido concluídas. Deste universo de processos, mais da metade (58,8%) teriam sido julgados favoravelmente aos contribuintes, e o prazo médio de tramitação dos procedimentos fora de 04 (quatro) meses e 04 (quatro) dias. Quanto aos valores, a grande parte dos processos tratavam de questões envolvendo até 60.000 euros (48,5%)<sup>95</sup>.

Como visto acima, grande parte das questões resolvidas pelo CAAD envolvem pequenos valores, o que firma o entendimento de que a arbitragem seria uma forma democrática e efetiva de acesso à Justiça.

---

<sup>93</sup> Portugal. **Decreto-Lei n.º 10**, de 20 de janeiro de 2011. Lisboa, PT. Diário da República n.º 14/2011, Série I de 2011-01-20. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/280904/details/normal>. Acesso em: 17/06/2020

<sup>94</sup> ESCOBAR, Marcelo Ricardo., op. cit. p. 215, Apud Villa-Lobos, Nuno; Vieira, Mônica Brito (coord). **Guia da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina/Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, 2013. pg. 89-90

<sup>95</sup> ibidem P.216.

Outro ponto que reforça a abrangência da corte arbitral portuguesa e a sua ampla utilização são os seus custos. Conforme tabela extraída do site do Centro de Arbitragem Administrativas (CAAD)<sup>96</sup>, as arbitragens que discutem questões com valores que circundam a casa dos 60.000 euros não chegam a custar 5.000 mil euros na soma de todas as taxas, incluindo-se os honorários dos árbitros.

Neste sentido, a experiência portuguesa vem se mostrando bastante célere, efetiva e de amplo e fácil acesso, devendo servir como norte para os países do *civil law* para implementação da sistemática arbitral na resolução de suas lides tributárias

#### 4.2 (IN)DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Um dos grandes empecilhos para a instituição da arbitragem tributária no Brasil refere-se ao mito da (in)disponibilidade do crédito tributário que há muito rodeia as discussões da doutrina tributária nacional.

Deste modo, passa-se a analisar se o crédito tributário seria ou não efetivamente disponível, para então adentrar-se na questão acerca de tal condição como viabilizadora da solução arbitral nas lides tributárias.

O que se destaca no presente ponto são as lacunas normativas e as expressões vagas contidas na legislação pátria que não permitem dar obviedade ao termo “indisponibilidade do crédito tributário”, seja por ausência de vedação legal expressa (que será tratada no tópico 4.3), seja por lacunas normativas e interpretativas do próprio Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional traz a definição do tributo como sendo *“toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nessa se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade*

---

<sup>96</sup>Portugal. Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária. **Centro de arbitragem administrativa** - **CAAD.** Disponível em: [https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD\\_AT-Regulamento\\_de\\_Custas\\_Tabela\\_com\\_HONORARIOS\\_Arbs-2016-03-01.pdf](https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD_AT-Regulamento_de_Custas_Tabela_com_HONORARIOS_Arbs-2016-03-01.pdf). Acesso em: 18/06/2020

*administrativa plenamente vinculada*”, neste sentido, tal previsão legal, em tese, seria uma das barreiras da implementação da solução arbitral dos conflitos tributário, pelo fato da exação se dar de atividade vinculada da administração pública.

Ocorre que, como visto no item 2.2 do presente estudo, o interesse público não é absolutamente indisponível, justamente em virtude da já explanada bifurcação do interesse público em interesse público primário e secundário, na medida em que o interesse público coletivo prevalece sobre o interesse do ente estatal. Trazendo tal concepção ao Direito Tributário, afirma-se que não é suficiente meramente arrecadar tributos, em verdade, necessita-se que a arrecadação se opere de forma justa, coerente com os anseios sociais e com as necessidades da máquina estatal<sup>97</sup>.

Deste modo, nos termos do artigo 3º do CTN, a atividade arrecadatória seria dotada de indisponibilidade, na medida em que o administrador não pode abandonar à revelia a função de fiscalizar, lançar e arrecadar o crédito tributário, por ferir a sua atividade funcional precípua e a atividade estatal propriamente dita<sup>98</sup>.

Seguindo esta esteira de intelecção, em sentido contrário defende Hugo de Brito Machado, por entender que o direito da Fazenda Pública de arrecadar o tributo seria indisponível e, desse modo, não seria viável a solução das controvérsias tributárias pela via arbitral.<sup>99</sup>

Entretanto, o que não nos permite concordar com a posição do doutrinador acima citado, seriam - para além do exposto linhas acima - as próprias disposições trazidas pelo Código Tributário Nacional que abrem a possibilidade de anistia, transação, remissão e parcelamento do crédito tributário, consoante permissão expressa nos artigos 151,156,171 e 180 do CTN.

---

<sup>97</sup> MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Transação e Arbitragem nas Controvérsias Tributárias** (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 72

<sup>98</sup> Idem.

<sup>99</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes - simplificação e eficiência administrativa.**, Belo Horizonte, n. 2, p..130-134.

Nestes termos, não faria sentido a letra da lei facultar ao Estado a renúncia ao recebimento do crédito tributário em determinadas situações e, em contrapartida, tratar o instituto como se indisponível fosse<sup>100</sup>.

Em concordância com o exposto, Pedro A. Batista<sup>101</sup> defende que todos os interesses estatais que sejam dotados do quesito patrimonialidade seriam disponíveis e, lastreado nessa premissa, por consequência a definição do artigo 3º do CTN qualificaria o crédito tributário como disponível. O caráter patrimonial do crédito tributário seria inequívoco e decorreria da sua função precípua como fonte de custeio para a atividade Estatal.

O acima exposto também é o que se consolida na jurisprudência pátria, a exemplo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRG no MS 11308, que acordou que a indisponibilidade do interesse público não se confunde com o seu caráter patrimonial.<sup>102</sup>

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux, hoje membro do Supremo Tribunal Federal, decidiu no seguinte sentido:

(...)a arbitragem se presta dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Ora, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Nessa esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõem de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo”.

---

<sup>100</sup> MENDONÇA, Priscila Faricelli de. op. cit., p. 73

<sup>101</sup> MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da lei 9.307/96 (3ª parte)**, *Revista Forense*, vol. 359, p. 169.

<sup>102</sup> BRASIL. AgRg no MS 11308. **Superior Tribunal de Justiça**. Relator: FUX, Luiz, 1ª Secção. DJ 14/08/2006. p. 19. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-11308-df-2005-0212763-0/inteiro-teor-12864814?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27/05/2020

Neste mesmo sentido, Ricardo lobo Torres<sup>103</sup> defende que a disponibilidade do crédito tributário não seria absoluta, mas sim permitiria certa margem disponibilidade por parte do administrador público. Em outras palavras, a disponibilidade do crédito tributário, atendendo aos requisitos legais, estará sempre acompanhada dos aspectos intrínsecos que lhe conferirão validade e efetividade<sup>104</sup>.

Sendo assim, pode-se concluir que o que seria efetivamente indisponível seria a atividade fiscalizatória e arrecadatória da Administração Pública quanto ao crédito tributário, mas não o crédito em si, inexistindo óbice institucional para implementação da arbitragem tributária no Brasil neste quesito específico.

#### **4.2.1 Disposição do crédito tributário pela arbitragem.**

Feito os comentários acima, por amor ao debate visto que superado o mito da indisponibilidade do crédito tributário, questiona-se se a arbitragem efetivamente representaria uma disposição do crédito tributário e qual a ingerência de tal situação no ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentido, Priscila Fariscelli Mendonça<sup>105</sup> sustenta que as partes, ao optarem por submeter a controvérsia tributária ao juízo arbitral, não estariam dispondo do direito em discussão, mas somente renunciando a solução jurisdicional estatal do conflito. Em suma, as partes apenas definem que a solução se dará por um tribunal privado, não havendo qualquer renúncia ou disposição de direito.

Sendo assim, não parece ser relevante o crédito tributário ser ou não renunciável para viabilidade da solução arbitral, sendo seu caráter pecuniário bastante para sua admissibilidade como critério objetivo da solução arbitral.

---

<sup>103</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo**. São Paulo: Fórum, 2008. p. 107-108.

<sup>104</sup> MENDONÇA, Priscila Faricelli de. op. cit., p. 75

<sup>105</sup> Idem.

Em convergência, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no MS 11308, de relatoria do Ministro Luiz Fux, na 1ª secção, realizado no dia 14/08/2006, assim decidiu:

[...] ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumento de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça” (grifou-se) (In artigo intitulado “Da Validade de Convenção de Arbitragem pactuada por Sociedade de Economia Mista” de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutorado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.)

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, por quanto mais célere, nos termos do artigo 23 da lei 8987/95, que dispõem acerca das concessões de permissões de serviços de obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviços públicos, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais.(...)”<sup>106</sup>

Em suma, nas resoluções de conflitos pela arbitragem inexistente abdicação de qualquer direito por qualquer uma das partes envolvidas, o que se abdica é a resolução daquele determinado conflito específico pelo Poder Judiciário, sendo esta uma faculdade dos litigantes que entendem a via arbitral como a mais adequada, havendo pleno respeito a todas garantias fundamentais e vinculação da decisão arbitral, tal como ocorreria com a solução judicial.

---

<sup>106</sup>BRASIL. AgRg no MS 11308. **Superior Tribunal de Justiça**. Relator: FUX, Luiz, 1ª Secção. DJ 14/08/2006. P 291. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-11308-df-2005-0212763-0/inteiro-teor-12864814?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27/05/2020

### 4.3 AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA

Outro ponto que merece destaque, refere-se exatamente à ausência de vedação expressa no ordenamento jurídico acerca da possibilidade de subsunção da Administração Pública à arbitragem, especialmente nas questões relacionadas à tributação.

Neste ponto necessário se faz o recorte de que efetivamente existe disposição não revogada expressamente sobre a impossibilidade de se arbitrar créditos tributários inscritos na Dívida Ativa. Tal previsão encontra-se no artigo 59, do Decreto-Lei nº 960/38, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, onde afirma-se que “A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda não poderá ser submetida ao juízo arbitral”.<sup>107</sup>

Entretanto, em que pese não haja revogação expressa do Decreto-Lei nº 960/38, a jurisprudência pátria considera a referida legislação revogada tacitamente após a edição do Código de Processo Civil de 1973, bem como pela superveniência da atual lei de execução fiscal, a Lei nº 6.830/80, senão vejamos:<sup>108</sup>

Tribunal Regional Federal da 3ª Região. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPI. PRESCRIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO-LEI 960/38. REVOGAÇÃO. [...]. O Decreto-Lei nº 960/38 foi revogado pela lei 6380/80, em que pese o seu artigo 2º, par. 2º, prevê a atualização monetária da dívida ativa com juros, multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato. [...] VOTO ora lei 6380/80. com base na qual execução foi proposta, veio a disciplinar o referido processo, revogados em seu artigo 42, as disposições em contrário, principalmente o Decreto-Lei nº 960/38 que regulava o processo executivo fiscal até a entrada em vigor do CPC de 1973, ao qual passou a ter aplicação subsidiária na espécie[...] (Apelação Cível n. 95.03.100265-6, Rel. Des. Cecília Hamati, julgado em: 10/11/1999)

---

<sup>107</sup> BRASIL. **Decreto Lei nº 9.60**, de 17 de dezembro de 1938 Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De10960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De10960.htm). Acesso em: 28/05/2020

<sup>108</sup> BRASIL. Apelação Cível n. 95.03.100265-6. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Relatora: Hamati, Cecília, DOJ 10/11/1999.

Superada a suposta barreira imposta pelo Decreto-Lei nº 960/38, quanto ao sistema vigente, Heleno Torres ressalva que não se encontra em nenhum artigo da Constituição qualquer impedimento para a adoção de solução pactícias em matéria tributária, cabendo à Lei decidir fazê-lo, nos termos e limites que julgar satisfatório.<sup>109</sup>

Neste sentido, Lei posterior definindo os limites e incluindo a sentença arbitral no rol do Código Tributário Nacional das formas de exclusão do crédito tributário seriam suficientes para a implementação do sistema no país, inexistindo qualquer diploma legal em voga que verse o contrário

#### 4.4 AUTONOMIA DA VONTADE

Como condição inerente ao instituto arbitral, a opção pela solução de determinada controvérsia por arbitragem necessariamente deve ser oriunda de uma manifestação, uma externalização da vontade das partes em submeter aquele conflito específico ao Juízo Arbitral<sup>110</sup>.

Nestes termos, além de ser inerente ao instituto da arbitragem, a autonomia da vontade para a instauração do procedimento arbitral também decorre do comando legal emanado dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei Brasileira de Arbitragem<sup>111</sup>. Em se tratando de direito tributário, tal manifestação deverá encontrar limites e condições na lei, na medida em que não se pode afastar a legalidade e nem tampouco a tipicidade tributária<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> TORRES, Heleno. **Princípios da segurança jurídica é transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativas dos acordos tributários** apud Saraiva Filho, Oswaldo Othon de Pontes ponto; Guimarães Vasco (Org.). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte. Fórum, 2008, p.305.

<sup>110</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op. cit. p. 75.

<sup>111</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. (...)

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.

<sup>112</sup> AMARAL. Paulo Osternak. **Arbitragem e administração pública – Aspectos processuais medidas de urgência e instrumentos de conta**. São Paulo: Fórum. p.36-37

A arbitragem, como método de solução de controvérsias, deve observar todos os requisitos inerentes a um processo justo em sua essência, quais sejam o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a imparcialidade dos árbitros e seu livre convencimento, sob pena de haver brechas para questionamentos judiciais posteriores quanto ao que venha ser decidido pelo tribunal arbitral.

Quanto à autonomia da vontade, por consectário lógico, esta também estará vinculada aos princípios constitucionais, na medida em que não se pode afastá-los de qualquer forma de solução adequada de conflitos.

Neste sentido, Carlos Alberto de Salles salienta que, em determinadas situações onde há clara discrepância entre o poderio probatório, financeiro e instrumental das partes, a autonomia da vontade não prevalecerá e, nesses casos, a solução arbitral do conflito não seria adequada e nem tão pouco recomendada.<sup>113</sup>

A situação de descompasso entre a situação das partes, ou hipossuficiência, pode parecer latente nas controvérsias tributárias onde, geralmente, o contribuinte estará em situação de desvantagem se comparado ao fisco que possui o aparato da máquina estatal.

Entretanto, como dito alhures, apenas em casos de hipossuficiência latente em determinados conflitos é que a arbitragem não seria recomendável, não parecendo ser plausível inviabilizar a solução pela via arbitral de todas as contendas tributárias se este for o caminho mais célere e adequado<sup>114</sup>.

Como a seara tributária é extremamente peculiar e ambas as partes envolvidas (Fisco e Contribuinte) compõe os polos da relação jurídico-tributária independentemente da vontade na medida em que o Estado tem a obrigação legal de exercer a competência tributária e o contribuinte, também por determinação legal, não pode recusar-se a cumprir determinada obrigação tributária, não seria plausível exigir a manifestação da

---

<sup>113</sup> SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36—37.

<sup>114</sup> MENDONÇA, Priscila Faricelli de. op. cit., p. 93.

vontade das partes para solução pela via arbitral de uma possível controvérsia oriunda de uma relação onde inexistente autonomia de vontade para o seu surgimento.<sup>115</sup>

#### 4.5 LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA PARA SUBMISSÃO DO CONFLITO À SOLUÇÃO ARBITRAL

Tomando como base as previsões contidas na Lei nº 9.307/96 (Lei Brasileira de Arbitragem), o seu artigo 1º determina que pessoas capazes poderão submeter os conflitos a solução arbitral.

Neste interim Carlos Alberto Carmona, defende a respeito deste tema, que a aptidão para submeter conflito a arbitragem relaciona-se com a aptidão de tornar-se sujeito de direitos e deveres, sendo tal capacidade o pressuposto de todos os direitos e obrigações<sup>116</sup>.

Neste sentido, qualifica-se que o importante é que o indivíduo, ao submeter determinada lide para solução pela via arbitral, esteja na plenitude de suas faculdades mentais e tenha capacidade para manifestar a sua vontade de maneira livre e consciente, sendo vedado a manifestação de vontade àqueles inaptos a praticar atos da vida civil. Deste modo, a competência para legislar sobre as pessoas capazes de optar pela via arbitral para solução de contendas cabe ao Código Civil, na medida em que este é o instrumento hábil para tratar da capacidade das pessoas.<sup>117</sup>

No que toca especificamente à faculdade do Estado de submeter os seus conflitos arbitrais, é inegável que este atende o requisito da “capacidade para contratar” constante do artigo 1º, da Lei Brasileira de Arbitragem, tendo a Lei nº 13.129/2015 encerrado tal debate ao incluir o parágrafo primeiro no artigo em comento para

---

<sup>115</sup> *ibidem*. pg. 92

<sup>116</sup> CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 55.

<sup>117</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *op. cit.* p. 54

expressamente autorizar a Administração Pública direta e indireta a utilizar da arbitragem<sup>118</sup>.

Neste sentido, o contribuinte capaz para a prática atos civis, pessoalmente ou representado por procurador legalmente constituído, poderá manifestar a vontade de solucionar determinada controvérsia por arbitragem. Por outro lado, a pessoa jurídica de direito público, mediante agente com competência delineada em legislação específica para tanto, poderá igualmente manifestar a intenção de submissão do conflito à solução arbitral.<sup>119</sup>

Conclui-se, portanto, que a opção pela solução arbitral da controvérsia tributária depende da capacidade das partes optantes, no caso em tela a capacidade civil para o contribuinte e autorização legal no caso do agente público.

#### 4.6 OBJETO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Sustentada a premissa de inexistência de óbices no ordenamento jurídico pátrio e a arbitralidade das controvérsias tributárias, cabe tecermos breves comentários acerca dos limites materiais da arbitragem tributária, cabendo a ressalva de que inexistente legislação sobre o tema.

Primordialmente, questiona-se se seria possível arbitrar assuntos previamente à constituição do crédito tributário ou se somente poderia instaurar-se a arbitragem após a constituição definitiva do crédito.

Atualmente, a prática jurídica confere aos contribuintes amplo campo de diálogo para com o Fisco anteriormente à constituição do crédito tributário, é o que ocorre, por exemplo, com as chamadas “Consultas Fiscais”, sendo este um meio para sanar

---

<sup>118</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>119</sup> MENDONÇA, Priscila Faricelli de. op. cit., p. 113.

eventuais dúvidas dos contribuintes para adimplemento das suas obrigações tributárias.

Helena Taveira Torres<sup>120</sup>, ao examinar a possibilidade da utilização da arbitragem anteriormente à constituição do crédito tributário, concluiu que há um campo extremamente fértil para a utilização do instituto da arbitragem anteriormente à constituição do crédito tributário, usando como exemplo: a fixação e definição de preço de mercado, valor venal, valor da terra nua, ou seja, conceitos que guardam amplo debate e discordância entre Fisco e contribuintes e de extrema relevância para definição da base imponible de exações.

Nestes termos, a qualidade técnica das decisões que poderão advir da arbitragem tributária poderá ser de grande valia ao Direito Tributário, tendo em vista que muitas das discussões travadas nas lides tributárias referem-se a questões complexas de fato, a exemplo de cálculos contábeis que geram consequência diretas nos aspectos da regra matriz tributária, composição de produtos/materiais e a adequada classificação de determinado produto, sendo essas algumas das questões sobre as quais uma análise essencialmente técnica seria adequada ao tratamento do conflito<sup>121</sup>.

Tanto é assim, que tais questões são comumente objeto de prova pericial, na medida em que os magistrados, como juristas, não possuem conhecimento técnico específico necessário ao julgamento de tais questões. Tratando-se de processos administrativos, é comum a *baixa dos autos em diligência* para fins de esclarecimento de questões técnicas, pelas instâncias inferiores e nas quais há técnicos capazes de avaliar determinados aspectos inerentes à controvérsia.<sup>122</sup>

Sendo assim, aparenta haver um amplo campo livre de obstáculos para a arbitragem solucionar diversas questões fáticas controversas nas lides tributárias. Resta a análise se questões interpretativas legais seguiriam o mesmo caminho.

---

<sup>120</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. cit. loc. cit.

<sup>121</sup> MENDONÇA, Priscila Faricelli de. op. cit., p. 105

<sup>122</sup> Idem.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>123</sup>, simples dúvidas sobre a aplicação da legislação tributária restariam com âmbito próprio para serem resolvidas por consultas fiscais; do mesmo modo que assuntos vinculados a matérias típicas de julgamento sobre direito material, constitucionalidade, controle de legalidade, aplicação de sanções pecuniárias, dentre outras, continuariam sujeitas ao controle exclusivo dos órgãos do processo administrativo. questões mais simples, tais como dúvidas sobre a correta aplicação da lei tributária, não seriam arbitráveis, devendo permanecer solucionáveis por consultas fiscais.

Priscila Fariscelli Mendonça<sup>124</sup>, em posicionamento mais brando e visando uma maior aplicação da arbitragem nos conflitos tributários, entende não ser benéfico impedir, em termos gerais, que a arbitragem trate de determinados aspectos específicos, até mesmo porque determinada questão pode ser simples para um contribuinte, mas gerar dúvida para tantos outros.

Por fim, resta verificar se a arbitragem constituiria meio hábil para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos tributários e afastarem a sua incidência no caso concreto.

No que se refere a lei já declarada inconstitucional por decisão irrecorrível do Supremo Tribunal Federal, por consectário lógico, esta deve ser afastada por qualquer instância de julgamento, seja ela administrativa, judicial ou arbitral.

Seguindo esta esteira de inteligência, Priscilla Fariscelli Mendonça<sup>125</sup> defende que a arbitragem não seria meio hábil pra a declaração de inconstitucionalidade e afastar a incidência de um ato normativo tributário em determinado caso, diante da legalidade estrita e das prerrogativas do Judiciário somente ele poderia adentrar na análise da compatibilidade ou incompatibilidade de determinado ato normativo com o sistema constitucional tributário em vigor.

---

<sup>123</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 61.

<sup>124</sup> MENDONÇA, Priscila Faricelli de. op. cit., p. 107

<sup>125</sup> Ibidem., p. 109

Deste modo, existe amplo campo sobre o qual a arbitragem tributária poderia propiciar soluções técnicas, céleres e adequadas, sempre respeitando os limites constitucionais e a legalidade estrita tributária.

#### 4.7 BREVE ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI Nº 4.257/19.

Feito os comentários acima e esposado o entendimento de inexistência de óbices institucionais para implementação da arbitragem no Brasil, passa-se a discutir o Projeto de Lei nº 4.257/19, de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSDB-MG), que altera a Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, corroborando em parte com exposto no presente trabalho e tenta “dar o ponta-pé inicial” para implementação da arbitragem tributária no Brasil, muito embora padeça de diversos vícios e omissões a seguir comentados.

Na exposição das justificativas do Projeto de Lei nº 4.257/19<sup>126</sup>, o Senador sustenta que a recuperação do crédito público passou a ser o grande desafio para os governos de todos os níveis da federação, tendo delineado, como base do argumentado, o cenário dos processos judiciais no Brasil, conforme feito no tópico 2.1 do presente estudo.

Feito esta introdução, o Projeto de Lei defende que é de relevância extrema que o Congresso Nacional passe a discutir soluções que levem a desjudicialização de demandas, devendo haver participação do Poder Judiciário somente nos casos de proteção de direitos fundamentais dos cidadãos, sustentando que este não seria o caso das execuções fiscais dos tributos devidos em razão da propriedade, posse ou usufruto de bens imóveis, a exemplo do IPTU, do ITR e do IPVA<sup>127</sup>.

O referido projeto de lei, para além da adoção da via arbitral para julgamento dos embargos à execução, propõe também a execução administrativa para a cobrança do

---

<sup>126</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.257/19**, Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1576503704535&disposition=inline>. Acesso em: 10/06/2020

<sup>127</sup> Ibidem. p. 11.

IPTU, do IPVA, do ITR, da contribuição de melhoria e das taxas incidentes em razão da propriedade, o que não será objeto de análise por fugir do escopo do presente estudo.

Por fim, o projeto também insere uma regra de procedimento arbitral para processamento de embargos à execução. Para ser interessante para a Fazenda Pública, o procedimento arbitral, após julgar os embargos, deve permitir a imediata satisfação do crédito. A circunstância de o devedor garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, permite que, se a Fazenda vencer o julgamento, poderá logo levantar o valor, extinguir a execução e não terá o ônus de procurar bens ou se submeter aos procedimentos de alienação de bens imóveis ou de outras modalidades de garantia<sup>128</sup>.

Por outro lado, para que não haja ônus adicional à Fazenda Pública, o projeto prevê que, caso o executado opte pelo procedimento arbitral, procedimento que deverá ser autorizado por lei de cada ente federado, ele deverá antecipar as custas. Se a Fazenda for vencida, ressarcirá tais despesas na forma da legislação local, e arcará com honorários advocatícios arbitrados consoante previsão do CPC, os quais serão, após definidos, reduzidos pela metade. Os custos com o procedimento arbitral não poderão exceder esse valor. Tem-se, assim, critério que não implica ônus adicional para a Fazenda, caso opte pelo procedimento arbitral e fique vencida<sup>129</sup>.

Por tratar sucintamente da arbitragem tributária, o Projeto de Lei 4.527/19 deixa diversas lacunas e acaba por não explorar todo o potencial e todo o campo por onde a arbitragem poderia ser utilizada, conforme exposto no item 4.7 do presente estudo.

As lacunas e contradições podem ser encontradas, por exemplo, na redação do artigo 16-A<sup>130</sup> que, ao equiparar a arbitragem tributária com a arbitragem da Lei nº 9.307/96, comete grande equívoco pela disparidade dos institutos, tendo em vista que a Lei

---

<sup>128</sup> Ibidem. p. 17.

<sup>129</sup> Idem.

<sup>130</sup> 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, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação

Brasileira de Arbitragem tutela litígios oriundos de relações negociais, o que diverge frontalmente da essência da relação jurídico-tributária que é marcada pela coercividade e inafastabilidade da competência tributária, além da legalidade estrita. Como, justamente, a confusão gerada com o artigo 16-C. Precisamos ter em mente que a arbitragem tributária é um instituto à parte, justamente por precisar seguir outros ditames que não estão dentre os originais previstos pela Lei de Arbitragem brasileira. Por exemplo, em regra, há confidencialidade, que difere da obrigatoriedade de o processo arbitral ser público, conforme o artigo 16-C<sup>131</sup>.

Outro ponto que causa certa preocupação, finca-se no fato do artigo 16-B<sup>132</sup>, do Projeto de Lei nº 4.257/19, apenas estabelecer impedimentos na escolha dos árbitros por parte do contribuinte, criando um certo desequilíbrio entre as partes.

Em verdade, caso não advenha legislação ordinária delineando questões como: i) a questão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário frente ao lapso temporal entre o pedido de instauração do procedimento arbitral e a efetiva instauração da arbitragem tributário; ii) como serão nomeados os árbitros; iii) quais os requisitos, os impedimentos e os deveres para integrar a lista de árbitros em matéria tributária e; iv) incluir a sentença arbitral no rol do artigo 156 do Código Tributário Nacional, como uma das formas de extinção do crédito tributário, o Projeto de Lei 4.257/19 não estará solucionando o problema, mas sim criando um verdadeiro clima de insegurança jurídica.

Feito os comentários acima, destaca-se que os motivos pelos quais fazem surgir a discussão do Projeto de Lei 4.257/19 são bastante nobres e merecem os louros por acalantar e iniciar uma discussão mais prática sobre o tema. Entretanto, há de se ter bastante cuidado e amplo debate com a sociedade civil para evitar que, ao invés de atingir sua finalidade precípua (desafogar o Poder Judiciário e implementar um método célere e eficaz de solução de controvérsias tributárias), o referido projeto de

---

<sup>131</sup> Art. 16-C. O processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais

<sup>132</sup> 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.

lei não se torne um entrave para instituição de uma arbitragem tributária mais ampla e efetiva no Brasil.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme foi abordado nesse trabalho, o sistema judiciário nacional tem um grande custo e é extremamente moroso para a solução das controvérsias levadas ao seu juízo. Conforme apontado no presente estudo, o mesmo Estado que sustenta tal estrutura, também é um dos maiores litigantes, principalmente nas demandas tributárias.

Ao longo do presente estudo fora demonstrado que a recuperação de créditos tributários através desta sistemática judicial vem se mostrando insignificante, estando o Estado contribuindo para o abarrotamento do sistema judiciário e, por outro lado, também não consegue os seus objetivos para a cobrança de tributos.

Neste sentido, sendo os tributos uma das principais formas de manutenção de todo o aparato estatal, é de suma importância que se encontrem meios hábeis e eficazes para a persecução do crédito e o consequente preenchimento dos cofres públicos.

Por outro lado, não subsiste somente o interesse da Administração Pública em uma cobrança mais célere e efetiva do crédito, tendo também grande interesse da população em uma análise mais célere e especializada das contendas tributárias. Seja por afastar uma cobrança sobre a qual reputa-se alguma ilegalidade, seja por ser interessante para a sociedade como um todo que o Estado consiga obter a fonte de custeio de toda a sua estrutura.

Em respeito ao explanado acerca do amplo interesse na desobstrução do sistema judiciário e na solução célere e efetiva das contendas tributárias, o trabalho demonstrou que a arbitragem vem se mostrando como um método importante e efetivo de desjudicialização, servindo também como uma via oblíqua rápida para que solucione determinados conflitos específicos.

Ocorre que, o instituto da arbitragem usualmente era utilizado como um meio compositivo nas relações privadas, especialmente nos contratos internacionais, tendo

existido certa resistência por parte da doutrina e da jurisprudência acerca da possibilidade da Administração Pública submeter os seus conflitos ao juízo arbitral.

Entretanto, o presente estudo demonstrou que tal resistência era meramente nominal, inexistindo óbices institucionais para que a Administração Pública pudesse resolver seus conflitos através da arbitragem, sendo necessária apenas previsão legal para tanto.

Ao longo das linhas acima analisou-se a arbitralidade objetiva e subjetiva dos conflitos envolvendo a Administração Pública, chegando-se a conclusão do pleno preenchimento de tais institutos e da não vedação ou vilipêndio a certos preceitos constitucionais ao autorizar o Estado a submeter certos conflitos ao juízo arbitral.

Chegando-se a conclusão e superação do paradigma da impossibilidade da Administração Pública arbitrar os seus conflitos, restou demonstrado que ao longo de muitos anos a legislação pátria foi evoluindo para admitir explicitamente tal possibilidade no ordenamento jurídico. Neste mesmo sentido, a jurisprudência pátria já aceitava a subsunção do Estado ao juízo arbitral antes mesmo da edição da Lei Brasileira de Arbitragem, tendo sido destacados como exemplos os denominados “Casos Lajes” que foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 1969 e 1973, respectivamente.

Após consolidação legislativa sobre o tema, a jurisprudência fora sedimentando e validando o instituto, tendo sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do SE nº 5.206-7 a constitucionalidade da Lei Brasileira de Arbitragem.

Uma vez demonstrada a validade e efetividade da arbitragem na solução de litígios, temos que a discussão que fora sedimentada tratava exclusivamente do Estado atuando como contratante ou contratado e a solução de eventuais litígios oriundos destes contratos, sendo necessário um aprofundamento e aperfeiçoamento do debate para subsunção de conflitos tributários (uma relação não-contratual) ao juízo arbitral.

Em estudo legislativo comparado, houve a análise do tratamento legislativo dado ao tema em Portugal, país com uma tradição jurídica similar ao Brasil, tendo sido demonstrado a sofisticação, a celeridade, a efetividade e o não tão alto custo da resolução de conflitos pela via arbitral, sendo este um grande vetor que deve ser seguido pelas nações do *civil law* para subsunção de conflitos tributários à arbitragem.

Neste sentido, o estudo aprofundou-se sobre os eventuais empecilhos para que se pudesse instituir a arbitragem tributária no Brasil, passando pela discussão acerca do conflito entre o requisito objetivo da disponibilidade do direito debatido, imposta pela Lei Brasileira de Arbitragem, e o paradigma da (in)disponibilidade do crédito tributário, chegando-se a conclusão de que efetivamente o crédito tributário seria disponível, restando a indisponibilidade somente à competência tributária propriamente dita.

Seguindo esta esteira de inteligência, também verificou-se a completa ausência de vedação legal expressa acerca do tema e não supressão da autonomia da vontade quanto a subsunção de conflitos tributários ao juízo arbitral.

Quanto ao objeto da arbitragem tributária, os estudos realizados para composição do presente trabalho demonstram um campo extremamente fértil onde a arbitragem serviria de maneira muito mais efetiva do que o Poder Judiciário para solução de determinados casos, sendo analisado também quais conflitos específicos restariam obstados de análise pelo juízo arbitral.

Por fim, fez-se crítica do Projeto de Lei nº 4.257/19, que poderá ser o marco inaugural da arbitragem tributária no Brasil, analisando criticamente as suas disposições, chegando-se a inegável conclusão de que tal iniciativa é de suma importância, em que pese padeça de lacunas jurídicas e maior regulamentação do tema para que não se torne um entrave para uma implementação mais ampla do instituto arbitral na resolução de lides tributárias.

Portanto, reafirma-se a necessidade de superação de certos paradigmas impostos pela doutrina mais tradicional, sendo demonstrado, especialmente em Portugal, que a arbitragem serve sim para a sociedade como um método efetivo para solução de

litígios, servindo como um meio de desjudicialização de demandas e o conseqüente desafogamento do Poder Judiciário.

No entanto, claro é que a solução pela via arbitral não servirá ao devedor contumaz ou àquele que pretende-se escusar de suas obrigações para com o Fisco, em verdade, tal sistemática privilegiará os bom pagadores, aqueles que urgem por uma solução adequada, célere e efetiva para a solução de suas demandas, tendo o Estado a obrigação de atender os anseios sociais para a consecução da Justiça, pois Justiça não somente significa entregar a prestação jurisdicional devida, mas sim entrega-la de maneira ampla, célere e efetiva.

Por outro lado, o Estado também não pode escusar-se do seu papel e entregar à arbitragem a competência para a solução de todos os litígios, ou enxergá-la como o único meio de desafogamento do Poder Judiciário. A morosidade do Poder Judiciário não reside somente na quantidade de processos existentes, esta também reside na falta de estrutura de certas comarcas, na falta de profissionalismo de alguns servidores públicos e na ausência de definição de metas e instituição de medidas coercitivas efetivas para o seu cumprimento, sendo pujante uma reforma administrativa que privilegie o rendimento e a produtividade em detrimento da estabilidade plena.

Com isso, não se pretende entrar no senso comum de açoitamento das entidades estatais, mas sim propor um debate amplo e honesto acerca da hercúlea tarefa de se melhorar o Estado, tendo em vista o seu fundamental papel de pacificador de conflitos e de tutela dos cidadãos.

Em arremate, ao contrário da visão neoliberal que hoje domina o debate político mundial, que hostiliza e ataca as entidades estatais pondo em cheque a sua credibilidade e capacidade, cremos que a resposta não esteja no brocardo “menos Estado”. Pelo contrário, necessitamos sim de mais Estado, só que de outra forma. A globalização e a revolução das tecnologias obrigam-nos a reafirmar o papel do poder público, porém reinventando-o, sendo a democratização, a ampliação dos mecanismos de acesso à Justiça, a prestação jurisdicional célere, desburocratizada e efetiva alguns dos corolários deste “Novo Estado” que urge por surgir.

## REFERÊNCIAS

AMARAL. Paulo Osternak. **Arbitragem e administração pública – Aspectos processuais medidas de urgência e instrumentos de conta.** São Paulo: Fórum. p.36-37

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 152; 385.

BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição.** Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, n.241. jul./set. 2005. p. 175.

BRASIL. AgRg no MS 11308. **Superior Tribunal de Justiça.** Relator: FUX, Luiz, 1ª Secção. DJ 14/08/2006. P 291. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-11308-df-2005-0212763-0/inteiro-teor-12864814?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27/05/2020

BRASIL. AgR. na Sentença Estrangeira. SE5206/EP – ESPANHA. **Supremo Tribunal Federal.** Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 30-04-2004 pp. 00029. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889> Acesso em: 23/05/2020

BRASIL. Apelação Cível n. 95.03.100265-6. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região.** Relatora: Hamati, Cecília, DOJ 10/11/1999.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 22/03/2020

BRASIL. **Decreto Lei nº 9.60,** de 17 de dezembro de 1938 Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del0960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0960.htm). Acesso em: 28/05/2020

BRASIL. **Decreto Lei nº 4.648,** de 02 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4648-2-setembro-1942-414564-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 23/05/2020

BRASIL. **Decreto Lei nº 10.358,** de 31 de agosto de 1942. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D10358.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm). Acesso em: 22/05/2020

BRASIL. **Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A.** Disponível em: <http://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 22/04/2020

BRASIL. **Decreto Lei nº 9.521**, de 26 de julho de 1946. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4648-2-setembro-1942-414564-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 23/05/2020

BRASIL. **JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019**. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 22/03/2020

BRASIL. **Lei nº 9.472**, de 16 de junho de 1997. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm) Acesso em: 22/03/2020

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.257/19**, Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1576503704535&disposition=inline>. Acesso em: 10/06/2020

BRASIL. **OS 100 MAIORES LITIGANTES**. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](https://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Recurso Especial REsp nº 612.439 – RS (2003/0212460-3), **Superior Tribunal de Justiça**. Voto do Relator Min. João Otávio p.6-8, disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_612439\\_RS\\_126503729115\\_1.pdf?Signature=o4efeHb4IITlh7OnPU4Wqho2bQM%3D&Expires=1592364339&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6646bae8d23172c6d8b31b92f43865f5](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_612439_RS_126503729115_1.pdf?Signature=o4efeHb4IITlh7OnPU4Wqho2bQM%3D&Expires=1592364339&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6646bae8d23172c6d8b31b92f43865f5). Acesso em: 17/06/2020

BRASIL. Recurso Especial nº 616-RJ. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/coletanea/article/view/2797/2522>. Acesso em: 18/05/2020

BRASIL. **RELATÓRIO DE GESTÃO DO EXERCÍCIO DE 2016**. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, 2016. Disponível em: [https://www.pgfn.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias/relatorio-de\\_gestao/relatorio\\_gestao\\_PGFN\\_Exer\\_2016.pdf](https://www.pgfn.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias/relatorio-de_gestao/relatorio_gestao_PGFN_Exer_2016.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Resolução ANATEL nº 612**, de 29 de abril de 2013. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612.htm> Acesso em: 22/03/2020

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 52.181-Guanabara.. Relator: PINTO, Bilac. Trecho do voto do Relator Ministros Bilac Pinto, p. 276. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/40890/39650>. Acesso em: 23/05/2020

CARAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitralidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301815/mod\\_resource/content/0/ANTONIO%20CARAMELO%20-%20Critério%20de%20arbitrabilidade%20dos%20litígios.%20Revisitando%20o%20t%20ema.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301815/mod_resource/content/0/ANTONIO%20CARAMELO%20-%20Critério%20de%20arbitrabilidade%20dos%20litígios.%20Revisitando%20o%20t%20ema.pdf). Acesso em: 15 nov. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 02; 132-134.

BRASIL. Conflito de Competência n. 156133 BA 2017/0334832-7. **Superior Tribunal de Justiça**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília. DF 21 set. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631931021/agravo-interno-no-conflito-de-competencia-agint-no-cc-156133-ba-2017-0334832-7/relatorio-e-voto-631931055?ref=serp>>. Acesso em: 15/11/2019

CRESCIMENTO DA ARBITRAGEM. **Centro de arbitragem e mediação**, 2018. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>. Acesso em: 15 nov. 2019

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPODIVUM, 2015 p. 172.

DOLINGER, Jacob; *et al.* **Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 06; 95.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil – Ed. Almeida São Paulo 2017**, Pg. 132-133

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes - simplificação e eficiência administrativa.**, Belo Horizonte, n. 2, p..130-134.

FICHTNER, José Antonio. *et al.* **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 22-23; 239.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitralidade objetiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2008, p. 157. Disponível em: <https://bdpi.usp.br/item/001664466>. Acesso em: 15/11/2019

HARARI, Yuval. Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 28 ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 31-32.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 276.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem e os vetos à nova lei**. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%201-Arbitragem%20e%20os%20vetos%20%C3%A0%20nova%20lei.pdf>>. Acesso em: 15/04/2020

LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. **Arbitragem. Temas Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 383-384.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Uso da Arbitragem na Administração Pública**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo31.pdf>>. Acesso em: 12/06/2020

LOBO, Carlos A. **História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil**. Revista de Arbitragem e Mediação, 2016. Rarb Vol 50. Pg. 5

MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da lei 9.307/96 (3ª parte)**, *Revista Forense*, vol. 359, p. 169.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2004. p. 76.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Transação e Arbitragem nas Controvérsias Tributárias** (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 72

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, n. 236. abr./jun. 2004. p. 234

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 94

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 263

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 437-438.

PINHEIRO, Aline. Corte europeia tenta acabar com lentidão judicial. **Revista Consultor Jurídico**. 01 dez. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-01/corte-europeia-tenta-obrigar-paises-resolver-lentidao-judicial>. Acesso em: 15 nov. 2019.

Portugal. **Decreto-Lei n.º 10**, de 20 de janeiro de 2011. Lisboa, PT. Diário da República n.º 14/2011, Série I de 2011-01-20. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/280904/details/normal>. Acesso em: 17/06/2020

Portugal. Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária. **Centro de arbitragem administrativa - CAAD**. Disponível em: [https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD\\_AT-Regulamento de Custas Tabela com HONORARIOS Arbs-2016-03-01.pdf](https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD_AT-Regulamento de Custas Tabela com HONORARIOS Arbs-2016-03-01.pdf). Acesso em: 18/06/2020

REINERT, Edison Eduardo Bogo. **Contratos Administrativos e a aplicabilidade da Lei de Arbitragem**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGO.pdf>>. Acesso em 23/05/2020

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36—37.

TÁCITO, Caio. **Arbitragem nos Litígios Administrativos**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n. 210. out./dez. 1997. p. 114

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. (Coletânea) A Arbitragem na Era da Globalização, coordenação de José Maria Rossini Garcez, Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 25.

TORRES, Heleno. **Princípios da segurança jurídica é transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativas dos acordos tributários** apud Saraiva Filho, Oswaldo Othon de Pontes ponto; Guimarães Vasco (Org.). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte. Fórum, 2008, p.305.

TORRES, Ricardo Lobo. **Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo**. São Paulo: Fórum, 2008. p. 107-108.

VI Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Enunciados sobre arbitragem. **Migalhas, 2015**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/229415/vi-forum-permanente-de-processualistas-civis-enunciados-sobre-arbitragem>. Acesso em: 16/05/2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Vol. 08. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.