



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

MARCELLA ALMEIDA BRANDÃO REBOUÇAS

**A POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador
2020

MARCELLA ALMEIDA BRANDÃO REBOUÇAS

**A POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

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

Orientador: Prof. João Glicerio

Salvador

2020

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELLA ALMEIDA BRANDÃO REBOUÇAS

A POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

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

A Deus, por todo suporte que me foi dado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me ajudar em cada batalha que tenho enfrentado ao longo da vida e por ter me sabedoria, concentração e força para realizar esse trabalho. Sem a sua presença em minha vida nada seria possível.

Aos meus familiares, principalmente aos meus pais por acreditarem em mim, me apoiarem e por estarem sempre presentes quando preciso, além de financiarem a realização desse sonho. A minha irmã por todo o apoio nos momentos em que preciso, por ter me ajudado a conseguir mais tempo para me dedicar as pesquisas e ser a minha maior companheira.

Agradeço imensamente ao professor João Glicério pela excelente orientação, por todo o apoio, cuidado e atenção que me dedicou. Obrigada por acreditar no meu projeto!

Ao meu noivo pela paciência e compreensão no período de construção desse projeto. Aos meus amigos Giselle, Suzana, Jorge, Ariel, Hannah, Eloah, Nath, Paulinha e tantos outros amigos incríveis que a baiana me deu e que estiveram durante todos esses anos ao meu lado, sempre com energias positivas e muito apoio, principalmente nesses momentos mais difíceis.

Não podendo deixar de agradecer a todos aqueles mestres que ao longo dessa jornada me ajudaram, compartilhando os seus ensinamentos e sempre solícitos para esclarecer as dúvidas existentes, e que sem dúvida marcaram a minha vida. Por fim, agradecer a todos os funcionários da Faculdade Baiana de Direito, que com a sua alegria e carisma fizeram de lá a minha segunda casa.

“Cada sonho que você deixa pra trás é um pedaço do seu futuro
que deixa de existir”.

Steve Jobs

RESUMO

A lentidão e a ausência de uma justiça especializada na área tributária preocupam bastante, meios complementares de solução de conflitos vem atuando em cada vez mais áreas do direito. A arbitragem tributária já é realidade em vários países, sendo um grande exemplo o funcionamento desta em Portugal, que antes da sua regulação superou obstáculos como os questionamentos que ocorrem no Brasil acerca da indisponibilidade do crédito tributário. O próprio Código Tributário Nacional vai de encontro com tal questionamento ao regular certos institutos. O presente trabalho busca demonstrar de forma clara a permissão legislativa para a utilização da arbitragem tributária no Brasil, e, a partir de uma análise da utilização do instituto em Portugal, indicar o melhor caminho a ser utilizado para a regulação da arbitragem tributária no Brasil.

Palavras-chave: Arbitragem Tributária. Resolução de Conflitos. Acesso a Justiça. Crédito Tributário.

ABSTRACT

The slowness and the absence of a specialized justice in the tax area are very worrying, complementary means of conflict resolution has been acting in more and more areas of law. Tax arbitration is already a reality in several countries, a great example of how it works in Portugal, which, before its regulation, overcame obstacles such as the questions that occur in Brazil about the unavailability of tax credit. The National Tax Code itself meets this question by regulating certain institutes. The present work seeks to clearly demonstrate the legislative permission for the use of tax arbitration in Brazil, and, from an analysis of the use of the institute in Portugal, to indicate the best way to be used for the regulation of tax arbitration in Brazil.

Keywords: Tax Arbitration. Conflict resolution. Access to justice. Tax Credit.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CPPT	Código de Procedimento e Processo Tributário
CTN	Código Tributário Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal
ICC	<i>International Court of Arbitration</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
Ipea	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEF	Lei de Execuções Fiscais
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PL	Projeto de Lei
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
RJAT	Regime Jurídico da Arbitragem Tributária
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. DOS ELEMENTOS DA ARBITRAGEM QUE INTERESSAM A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA.....	15
2.1 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.307/96.....	17
2.2 NATUREZA JURÍDICA DA LEI DE ARBITRAGEM.....	20
2.3 NOÇÕES ACERCA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	23
2.3.1 A autonomia da cláusula compromissória.....	24
2.3.2 O compromisso arbitral como meio de solução de um conflito atual.....	26
2.3.3 Sentença arbitral como meio de solução de litígio.....	27
2.4 ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO.....	28
2.4.1 A importância da Lei 13.129/15 para os avanços na arbitragem.....	29
3. ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA.....	32
3.1 O MODELO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA PORTUGUESA.....	35
3.1.1 O modelo institucional do CAAD.....	37
3.1.2 Noções sobre o regime da arbitragem tributária portuguesa.....	43
3.1.3 O processo arbitral e suas derivações.....	45
3.2 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA – RESULTADOS OBTIDOS PELO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS COM A IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM.....	48
4. IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL.....	50
4.1 DESAFIOS INSTITUCIONAIS: NORMA GERAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO E A (IN)DISPONIBILIDADE DA RECEITA TRIBUTÁRIA.....	52
4.1.1 Arbitragem e transação tributária.....	56
4.2 CONTROLE DE LEGALIDADE.....	59
4.3 PROJETO DE LEI 4.257 DE 2019 E O CAMINHO A SER PERCORRIDO.....	62

4.4 POSSÍVEL MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL.....	65
5. CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	73

1. INTRODUÇÃO

A arrecadação de receita para os cofres públicos é um desafio enfrentado há muitos anos no país, a sobrecarga do judiciário faz com que os conflitos levem muito tempo para chegar ao fim, o que afeta o princípio da duração razoável do processo e também o princípio da efetividade da Administração Pública. A reforma da legislação tributária não deve contemplar apenas a legislação material dos tributos, mas junto a esta, novas formas de resolução de litígios tributários.

Existe uma constante busca por um maior acesso a justiça e há uma tendência para que esta não seja alcançada somente através de reformas processuais e institucionais, mas também através da utilização de procedimentos mais simples e informais. Com isso, métodos alternativos de solução de conflitos vem sendo utilizados em cada vez mais áreas do direito para uma maior celeridade e qualidade das decisões.

O problema de pesquisa a ser enfrentado nesse trabalho é a viabilidade da arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro. A presente pesquisa discorre acerca da possibilidade do uso da arbitragem para a solução de litígios tributários, analisando a interseção entre a arbitragem e o direito tributário em busca de um modelo de arbitragem tributária a ser implementado no Brasil. Para tanto é feita uma análise do instituto da arbitragem, junto a um estudo da arbitragem tributária portuguesa e uma análise da melhor maneira de utilização do instituto no Brasil.

No segundo capítulo é estudada a arbitragem, que é regulamentada através da Lei nº 9.307/96. A arbitragem é um dos meios mais antigos de solução de conflitos através de um terceiro imparcial, estando presente no Brasil desde a colonização portuguesa. Por conta de uma errônea interpretação do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que impossibilita a negativa do Poder Judiciário à análise de qualquer lesão ou ameaça de direito, alguns doutrinadores questionaram a constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Somente em 2001 que a Lei 9.307/96 teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, após o julgamento da Sentença Estrangeira 5.206-7 na qual foi questionada a constitucionalidade da mesma, se ia ou não de encontro ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

A arbitragem traz benefícios como uma maior especialização dos árbitros, a predominância da autonomia das partes e a celeridade, tendo como objetivo principal a solução pacífica de litígios para que sejam preservadas as relações entre as partes.

No terceiro capítulo há um estudo acerca da arbitragem tributária portuguesa. A Constituição de Portugal traz em seu bojo a previsão de utilização de tribunais arbitrais, o que mostra uma maior receptividade para os métodos alternativos de solução de conflitos. Tratamos como uma grande referência o Regime Jurídico da Arbitragem portuguesa que funciona muito bem no país, tendo sido instituído como um direito potestativo dos contribuintes desde 2011 através do Decreto Lei nº 10/2011 de 20 de janeiro, que foi autorizado pelo artigo 124º da Lei nº 3-B/2010.

A arbitragem tributária foi instituída em Portugal para reafirmar uma proteção eficaz dos interesses e direitos dos sujeitos passivos, levar mais celeridade aos processos e diminuir as pendências de conflitos nos tribunais administrativos e fiscais. O sistema português conta com o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) que foi criado para solucionar litígios de contratos de relações jurídicas e de emprego público.

O CAAD é um centro de arbitragem que trabalha através de uma instituição privada sem fins lucrativos, formada por tempo indeterminado e possuidora de caráter especializado. O CAAD é responsável pela organização e desenvolvimento da arbitragem administrativa e tributária portuguesa e tem seu trabalho reconhecido por uma realização honesta e eficiente.

Na legislação portuguesa é proibida a decisão arbitral tributária fundamentada na equidade, costumes, princípios ou análise moral dos fatos, devendo se basear sempre em elementos e fundamentos legais. A lista de árbitros é de responsabilidade do CAAD, e é muito mais econômica uma arbitragem em que o próprio centro indica o árbitro do que a em que as partes a faz.

A arbitragem é comumente descrita como um meio extrajudicial de solução de conflitos através do qual um terceiro, o árbitro, que considera os fatos e decide. Já no artigo 1º da Lei de Arbitragem é definido que esta deve tratar de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, surgindo assim um grande questionamento acerca da disponibilidade do crédito tributário.

No capítulo quatro há a análise do possível meio de instauração da arbitragem tributária brasileira. Assim como aconteceu em Portugal, a utilização da arbitragem em matéria tributária é questionada em relação a (in)disponibilidade do crédito

tributário também no Brasil. Entretanto, o próprio Código Tributário Nacional brasileiro nega o questionamento visto que o artigo 151 possibilita o parcelamento do crédito, o artigo 171 permite a realização de transação tributária e o artigo 180 regula a anistia.

A indisponibilidade do crédito tributário faz com que o poder público não possa renunciar as obrigações tributárias com dívidas, pois tais valores pertencem a toda a sociedade e não a administração pública em si. A busca por uma maneira mais eficiente de chegar aos valores devidos não vai de maneira alguma de encontro ao referido princípio.

Até 2015, quando a Lei 9.307/96 foi alterada pela Lei 13.129/15, foi muito questionada a possibilidade do Estado fazer parte de procedimentos arbitrais, discussão findada com a referida alteração. Esta, assegura a possibilidade da Administração Pública direta ou indireta utilizar as vias arbitrais mas sendo essencial um cuidado com o princípio da publicidade dos atos administrativos.

Em agosto de 2019 houve um grande avanço para a implementação da arbitragem em matéria tributária no Brasil, com o Projeto de Lei 4.257. Este é uma modificação da Lei de Execuções Fiscais e busca instituir a arbitragem tributária e a execução fiscal administrativa em casos de débitos inscritos em dívida ativa, objeto de execução fiscal e ação consignatória e anulatória de débito fiscal.

O projeto apesar de sofrer algumas críticas é um marco para o direito tributário brasileiro assim como para os diversos métodos de resolução de conflitos. Muitos classificam tais métodos não como alternativos, mas sim meios complementares ou adequados para tipos específicos de litígios, e estes vem ganhando muito espaço como mostram as alterações legislativas ocorridas em 2015, como o novo Código de Processo Civil, assim como a alteração da Lei de Arbitragem, a regulamentação da Mediação e a recente regulamentação da Transação Tributária.

O método de pesquisa utilizado no presente trabalho é o dedutivo, analisando a possibilidade e a melhor forma de implementação da arbitragem tributária no Brasil. A partir da necessidade de maior rapidez para a solução de conflitos tributários, assim como maior efetividade das sentenças, foi observado o instituto da arbitragem e o seu funcionamento no país.

Foi realizada também uma análise da arbitragem tributária portuguesa, que é reconhecida mundialmente, para que através da compreensão do seu funcionamento se alcance a melhor opção de regulamentação para o instituto no Brasil. Então foi possível desconstruir os questionamentos acerca da legalidade da utilização da

arbitragem tributária no país e analisar os avanços já ocorridos em relação a matéria, para a partir destes encontrar a melhor forma de instaurá-la.

Impedir o Fisco de utilizar a arbitragem para solucionar conflitos restringiria a autonomia contratual do Estado, como parte com capacidade para contrair obrigações e possuidora de direitos.

2. DOS ELEMENTOS DA ARBITRAGEM QUE INTERESSAM A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Os métodos heterocompositivos e autocompositivos de solução de controvérsias tradicionalmente adotados por sociedades primitivas vem garantindo espaço no Brasil devido à crise no judiciário e a tendência é de que a procura por solução diversa aumente¹. Luiz Guilherme Marinoni² acredita que teriam surgido em razão da morosidade e falta de preparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos.

A arbitragem é um método heterocompositivo muito antigo de solução de conflitos presente em diversas partes do mundo, inclusive, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do qual as partes interessadas elegem, em conjunto, uma terceira pessoa visando uma solução pacífica e imparcial do problema, sem a intervenção estatal³.

De acordo com Luiz Antônio Scavone Jr⁴, “a arbitragem é um dos meios mais antigos para composição de conflitos pela heterocomposição, ou seja, a solução do conflito por um terceiro imparcial”. Fredie Didier Júnior⁵ define que:

a arbitragem é a técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, uma solução amigável e “imparcial” (porque não feitas pelas partes diretamente) de litígio. É, portanto, heterocomposição.

Como define Frederico José Straube⁶, “nunca é demais assinalar que a arbitragem, desde o início de nosso país, como nação soberana, passou a integrar, ainda que de forma limitada, nossa legislação”. José Luis Bolzan de Moraes⁷ ressalta que o instituto da arbitragem se faz presente no Brasil desde os tempos da

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 9, n. 52, 2008, P.16.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**, volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V.1., p.174.

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. P.169. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010** (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.85.

⁴ SCAVONE JR., Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense.7. ed. 2016. p. 1.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21 ed. 2019. P.208.

⁶ STRAUBE, José Frederico. **A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/96**. Revista de Arbitragem e Mediação. RARB, vol. 50, jul./set., 2016, p.2.

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: a alternativa à jurisdição!** 3 ed. ver. E atual com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010). Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.214.

colonização portuguesa, período no qual o Juízo Arbitral estava previsto no artigo 160 da Constituição Imperial de 1824, ao definir que “Nas civeis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juizes Árbítrós. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”⁸.

Entretanto, a previsão do instituto da arbitragem não seguiu o mesmo ritmo que o seu desenvolvimento. Pelo contrário, a modalidade esteve por muito tempo marginalizada, ainda que a comunidade internacional já a considerasse como uma alternativa válida e eficaz para a resolução de conflitos. Sem a adequada regulamentação, a mera previsão da arbitragem no ordenamento jurídico revelava-se obsoleta⁹.

Somente após a década de 1970, em razão de grandes mudanças políticas e econômicas, passou-se a pensar de maneira efetiva na implantação do instituto. Tudo isso derivado do fato de que Brasil que passou a ser alvo de grandes investimentos de empresas estrangeiras que, para injetar capital na economia brasileira, exigiam a inclusão da cláusula arbitral para a resolução de suas eventuais disputas¹⁰.

Ao averiguar os fatos históricos que cercam a Lei 9.307/96, Carlos Alberto Carmona¹¹ ressalta que foi lançada, em 1991, a Operação Arbitier, que visava o surgimento de discursões sobre o instituto da arbitragem, com a elaboração de um “anteprojeto de lei que, unindo a experiência pratica dos conhecimentos específicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias”.

O eminente autor ressalta ainda que proposta foi aprovada por grandes nomes da advocacia, sendo formado um grupo de trabalho para apresentação do texto, composto pelo mesmo junto a Selma Maria Ferreira Lemes e Pedro Antônio Batista Martins, tendo participado também o senador Marco Maciel¹².

⁸ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824. P. 7

⁹ STRAUBE, José Frederico. **A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/96**. Revista de Arbitragem e Mediação. RARB, vol. 50, jul./set., 2016, p.2.

¹⁰ STRAUBE, José Frederico. **A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/96**. Revista de Arbitragem e Mediação. RARB, vol. 50, jul./set., 2016, p.2.

¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n 9.307/96**. 2 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 09.

¹² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010** (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3.a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 88.

Em 23 de setembro de 1996 nasce a Lei 9.307, revogando os artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916 e os artigos 101 e 1.072 a 1.102 do CPC/73, entrando em vigor no dia 22 de novembro de 1996¹³.

Logo após a *Operação Arbiter*¹⁴, em 1991, “foi aprovado um anteprojeto proposto por notáveis juristas, tais como Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro Batista Martins, cuja versão final foi apresentada ao Congresso Nacional e convertida na Lei 9.307, de 1996: a chamada Lei de Arbitragem”¹⁵.

O professor José Emilio Nunes Pinto¹⁶ explica as mudanças trazidas pela Lei 9.307/96, que tornaram a cláusula compromissória mais eficaz ao colofar fim ao problema da ausência de execução específica:

Além de outorgar à cláusula compromissória execução específica (art. 7º), atribui-se a ela, desde que se possa interpretá-la como cláusula completa ou, ainda, na terminologia arbitral, “cláusula cheia”, o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem. Por essa razão e nessas circunstâncias, o compromisso passa a desempenhar um papel secundário, já que, por força do art. 5º da Lei, proceder-se-á da forma prevista nas regras escolhidas. Portanto, em face do art. 5º e desde que aceita a designação pelo(s) árbitro(s), a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso.

Adriano Fernandes Ferreira¹⁷ acredita que a principal inovação trazida pela referida Lei foi fornecer à jurisdição arbitral independência visto que a decisão do árbitro não precisa ser homologada pelo Poder Judiciário, o que era necessário de acordo com o Código Civil de 1916.

2.1 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.307/96

Antes da Lei 9.307/96 existia a previsão da utilização da arbitragem no Código de Processo Civil de 1973, nos artigos 1072 e 1102, para a solução de conflitos

¹³ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.65 e 185.

¹⁴ Em 1989, advogados e empresários ligados ao Instituto Liberal de Pernambuco reúnem-se com o objetivo de lançar um movimento, denominado *Operação Arbiter*, destinado a mobilizar lideranças empresariais, jurídicas e políticas no sentido da elaboração e encaminhamento ao Congresso Nacional de um anteprojeto de lei de arbitragem” LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Revista de Arbitragem e Mediação. RARB. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil*. v. 50. jul/set. 2016, p.7.

¹⁵ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Revista de Arbitragem e Mediação. RARB. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil**. v. 50. jul/set. 2016. p.7.

¹⁶ PINTO, José Emilio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil in Revista Eletrônica Jus Navigandi**. n. 518, 07 dez. 2004. Ano 9. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/6025>>. Acesso em: 17 de nov 2019.

¹⁷ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018. P.34.

privados. Mas nesse momento havia a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário, o que retira a independência da arbitragem.¹⁸

A arbitragem está presente nas Constituições brasileiras desde a sua primeira em 1824, que previa em seu artigo 126 a instauração de juízo arbitral para solucionar divergências civis, através de árbitros escolhidos pelas próprias partes. A Constituição de 1946 em seu artigo 141, por sua vez, garantiu o amplo acesso à justiça, não sendo possível a negativa do Poder Judiciário à análise de qualquer lesão ou ameaça de direito, dispositivo presente hoje no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal vigente.

Alguns doutrinadores ao interpretar o referido dispositivo literalmente, questionaram a possibilidade da aplicação da arbitragem partindo do pressuposto de que o Estado, detentor do monopólio da prestação jurisdicional, não permitiria o surgimento de um mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias.

Cassio Ferreira Neto¹⁹ entende que “o acesso à justiça é uma garantia ao cidadão e não uma imposição, ou seja, ninguém é obrigado a estar em juízo contra alguém. Além disso, a sentença arbitral pode ser anulada pelo Poder Judiciário nos casos listados pela própria Lei de Arbitragem.”

Pouco depois da entrada em vigor da referida lei, surgiu o questionamento sobre a constitucionalidade de seus principais dispositivos perante o Supremo Tribunal Federal²⁰ por conta de incidente relacionado ao processo de homologação de sentença arbitral estrangeira proferida na Espanha, por suposta ofensa à garantia de acesso à justiça prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988²¹.

Na Sentença Estrangeira 5.206-7 no qual uma empresa estrangeira visava homologar um laudo de sentença arbitral proferido no Reino da Espanha para que tivesse efeitos no Brasil. Inicialmente o pedido foi indeferido, mas, durante o processo,

¹⁸ PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no direito tributário: uma demanda do estado democrático de direito. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. P.127.

¹⁹ NETO, Cassio Ferreira. **Contratos Administrativos e Arbitragem**. Editora Elsevier, São Paulo, 2008. P.21.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Sentença Estrangeira no 5.206**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. 29/04/2004. Diário Oficial da União. Brasília. 30/04/2004. Nesse sentido: MUSSNICH, Francisco Maciel. A cláusula compromissória no Direito Societário. In: Arbitragem e mediação (coord. Caio Cesar Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão). São Paulo: Atlas, 2017, P. 127/128.

²¹ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018. P.40.

foi promulgada a Lei 9.307 através da qual não é mais necessária a homologação desse laudo no país de origem. A constitucionalidade da referida lei foi questionada no Agravo Regimental da Sentença Estrangeira em questão, e, em 10 de outubro de 1996, foi requerida a averiguação se a Lei que passou a regulamentar a arbitragem no Brasil iria contra ou não o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário²².

O Procurador-Geral da República à época, Dr. Geraldo Brindeiro²³ resume bem os pontos através de seu parecer:

(...) o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àquele das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

E esse foi o raciocínio que prevaleceu em face dos que defendiam a inconstitucionalidade da lei baseando-se na afronta à garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. Ressaltando que nenhuma lei pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito ou impor a aplicação compulsória da arbitragem²⁴, como defende Cahali²⁵:

A lei não impõe a utilização da arbitragem, mantendo integro aos interessados o acesso à jurisdição estatal, porém, como expressão da vontade e liberdade de contratar, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, permite que seja eleito o palco arbitral para a solução de conflito.

A decisão final foi somente em dezembro de 2001, na qual todos os ministros votaram pelo deferimento do recurso no que se tratava da homologação do referido

²² FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018. P.41.'

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Sentença Estrangeira no 5.206**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. 29/04/2004. Diário Oficial da União. Brasília. 30/04/2004. Nesse sentido: MUSSNICH, Francisco Maciel. A cláusula compromissória no Direito Societário. In: Arbitragem e mediação (coord. Caio Cesar Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão). São Paulo: Atlas, 2017.

²⁴ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018 P.42.

²⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010** (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3.a.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.91.

laudo arbitral espanhol no Brasil, entretanto houve certa discordância a respeito da constitucionalidade da Lei, tendo a maioria a considerado constitucional²⁶.

Luiz Guilherme Marinoni acredita que tal decisão foi, de fato, desvirtuada, pois não se pode afirmar que a atividade do árbitro possui natureza jurisdicional, apesar da sua escolha não ir contra a Constituição, visto que a jurisdição só pode ser exercida por alguém investido na qualidade de juiz, nos termos da Constituição²⁷.

Após intensos debates, a Lei da Arbitragem foi considerada constitucional pela Suprema Corte Brasileira e tem adquirido cada vez mais credibilidade pela solução célere e informal dos litígios, tendo vencido uma resistência antiga causada pelos empecilhos advindos do Código Civil de 1916 e Código de Processo Civil de 1939²⁸.

Adriano Fernandes²⁹ acredita que reconhecer a constitucionalidade da Lei foi um grande avanço, e caso não ocorresse, o Judiciário estaria ainda mais moroso e precário do que se encontra hoje. Ademais, o Brasil estaria em uma “situação de inferioridade nas relações internacionais, amplamente dinamizadas pela globalização econômica e que, por isso, exigem celeridade na solução das controvérsias”.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA LEI DE ARBITRAGEM

Nas palavras de Selma Maria Ferreira Lemes³⁰, a arbitragem seria “um meio extrajudicial de solução de controvérsias, na qual as partes, ao firmarem um contrato, outorgam a terceiro(s), árbitro(s), a competência para dirimir futuras controvérsias que surgirem e forem decorrentes dessa avença.”

A Cândido Rangel Dinamarco³¹ afirma que a jurisdição é uma atividade que possui três escopos: jurídico, social e político. O primeiro pretende afirmar o direito; o segundo, solucionar o conflito; e o terceiro, afirmar a soberania do Estado. A

²⁶ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018 P.48.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, v I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P.175.

²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3 ed. Ver. Atual e ampl., São Paulo: Atlas, 2009, p.01.

²⁹ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018 P.50.

³⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. **A arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas**. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, SP, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, p. 342, julho/setembro de 2002.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37-41.

arbitragem tem como escopo essas três atividades e, com isso, caracteriza-se como jurisdição.

A doutrina brasileira de Carlos Alberto Carmona³² define o instituto da arbitragem como um método alternativo para solução de conflitos por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem os poderes através de uma convenção privada, e, devem decidir com base na mesma sem que haja interferência do Estado. Insta frisar que a decisão proferida assume a mesma eficácia que tem a sentença judicial, com isso, esse método de resolução fica disponível a todos que desejarem para solução de litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

Daniel Mitidiero³³ acredita que a arbitragem não é jurisdição pois a validade de suas decisões podem ser comandadas pelo poder judiciário, sendo este uma estrutura diversa da qual originou a decisão. Já Fredie Didier³⁴ entende que a arbitragem não é apenas um equivalente jurisdicional, mas sim de fato uma jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e tem como consequência o exercício do direito fundamental de auto-regramento (autonomia privada).

Para o nobre jurista, a escolha pela arbitragem não significa uma renú à jurisdição, mas apenas a uma jurisdição exercida pelo Estado³⁵. Vale ressaltar que o STJ³⁶ em um julgado recente se posicionou acerca da natureza jurídica da convenção de arbitragem, afirmando que:

Da definição do instituto, surge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.

³² CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº9.037/96**, São Paulo:Malheiros, 1998, p.43.

³³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21 ed. 2019. P.172. Também considerando a arbitragem como jurisdição, STJ.2ª S.,CC n. 111230-DF, rei.Min.Nancy Andrichi, j.em 8.5.2013.

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21 ed. 2019. p.172.

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **RESP 606345/RS**. Ministro-Relator João Otávio de Noronha. DJ. 8/6/2007.

A Lei de Arbitragem, assim como o Código de Processo Civil defendem a equiparação das sentenças arbitrais às sentenças judiciais, deixando claro que “a arbitragem é, no Brasil, jurisdição”³⁷.

Adriano Fernandes³⁸ acredita que a natureza jurídica da arbitragem continua sendo um assunto polêmico no Brasil, já Francisco Cahali³⁹ entende que a polêmica tenha sido solucionada com a Lei 9.307/96, que forneceu nova folhagem à arbitragem no país. Segundo Ricardo Ranzolin⁴⁰ estes questionamentos foram herdados da doutrina italiana.

Existem basicamente quatro teorias: publicista, privatista, híbrida e autônoma. A corrente publicista defende que a arbitragem é representada pelo árbitro, possuindo natureza jurisdicional e tendo a sua existência proclamada pelo Estado, que lhe confere poderes para resolver os conflitos a que é submetido⁴¹.

Um dos defensores da corrente publicista é Nelson Nery Jr⁴², que defende que:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial (...).

A corrente privatista, por outro lado, vê o surgimento da obrigação arbitral a partir do contrato. De acordo com Adriano Fernandes⁴³, esta corrente acredita que os acordos firmados entre as partes devem ser respeitados e cumpridos, sendo a arbitragem um pacto contratual assumido por partes capazes. Tendo neste cenário a autonomia da vontade em seu maior grau de realização visto que há a opção de

³⁷ DIDIER JR., Fredie. **A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil** (Versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 4, out/dez 2013. p.73.

³⁸ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018 P.55.

³⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010** (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 92.

⁴⁰ RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da Arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p.51.

⁴¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010** (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

⁴² NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. Ed. São Paulo: RT, 1997, p. 1300.

⁴³ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018 P.57.

escolha se tratando de direito; processual e material e até como o mérito será analisado⁴⁴.

A terceira corrente é a híbrida, que é explicada por Carnelutti⁴⁵ como a união das características mais marcantes dessas duas frentes para que, em uma terceira vertente sejam afirmados argumentos mais convincentes perante a doutrina mais abalizada. Essa corrente defende que a arbitragem tem sua formação com base na autonomia privada ou vontade das partes e, após convergir os objetivos, que eram individualizados, unem-se e entregam solução à decisão arbitral⁴⁶.

Alexandre Freitas Câmara é adepto a esta teoria e afirma:

Parece-me que as duas posições são criticáveis. Em primeiro lugar, deve-se afirmar que, a meu juízo, a função exercida pelos árbitros é pública, por ser função de pacificação de conflitos, de nítido caráter de colaboração com o Estado na busca de seus objetivos essenciais. De outro lado, parece inegável que a arbitragem se inicia por ato de direito privado, qual seja, a convenção de arbitragem (...).

Existe um pequeno grupo que defende a corrente autonomista, estes vêem o procedimento arbitral, não como inserto na dicotomia entre o público ou privado, mas como um procedimento possuidor de identidade própria, independente, algo de natureza totalmente processual. É afirmar que a arbitragem não é contratual nem jurisdicional, apenas arbitragem⁴⁷.

A arbitragem surge a partir da convenção de arbitragem, esta possui natureza de negócio jurídico bilateral, sendo um contrato mediante o qual as partes decidem solucionar um conflito já existente ou futuro por meio da arbitragem. Vale ressaltar que a convenção de arbitragem é o gênero, que é dividido em duas espécies, que são a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

2.3 NOÇÕES ACERCA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A escolha pela resolução de litígios através da via arbitral é realizada por um acordo entre as partes, chamado pela Lei 9.307/96 de convenção de arbitragem, esta

⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3. Ed. ver. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009, p.15

⁴⁵ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.33.

⁴⁶ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018. P.60.

⁴⁷ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018 P.63.

é realizada através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. A primeira refere-se a litígios que ainda irão ocorrer, e deve estar obrigatoriamente inserida por escrito no contrato ou aderindo-lhe. Já o compromisso arbitral pressupõe a existência previa do litígio, nesta, se estipulam todos os elementos necessários à constituição e desenvolvimento da arbitragem. O compromisso pode ser judicial ou extrajudicial, neste caso podendo ser realizado de maneira particular, desde que assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público⁴⁸.

Alexandre Freitas Câmara⁴⁹ define que “a cláusula compromissória é um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar o contrato definitivo, que é o compromisso arbitral.”

O art. 3º da Lei de Arbitragem⁵⁰ define que as partes interessadas, desde que capazes de contratar “poderão submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Já o art 4º do mesmo diploma define a cláusula compromissória como “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

A convenção de arbitragem é considerada a máxima expressão da autonomia das partes, na qual a obrigatoriedade surge a partir do compromisso por elas instituído. Sendo submetida determinada matéria ao juízo arbitral por meio dos atos de celebração, é totalmente possível a alegação de existência de cláusula negocial firmada em momento anterior, afastando assim a jurisdição estatal⁵¹.

2.3.1 A autonomia da cláusula compromissória

Ana Luiza Nery⁵² acredita que a natureza jurídica da cláusula compromissória ficou definida após a criação da Lei de Arbitragem no Brasil, que antes essa era tratada como um pré-contrato, com isso, havia a necessidade de uma confirmação através de um novo acordo entre as partes. Hoje, é notória a mudança em relação ao

⁴⁸ MARINONI. **Curso de Processo Civil – V. 7.** ed. 2008. p.783 e 784

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem. Lei nº 9.307/96.** 5. Ed., rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵⁰ BRASIL. **Lei 9.307/96, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em 03 de nov. 2019.

⁵¹ SCAVONE JR., Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação.** Rio de Janeiro: Forense.7. ed. 2016. p. 1.

⁵² NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva.** Ed. Revista dos Tribunais:2016, p. 66.

tema, uma alteração que chama a atenção é a sua criação, antes mesmo de haver o litígio fica instituída a obrigação de fazer.

A definição legal da clausula compromissória está definida no artigo 4 da Lei 9.307/96:

Art. 4.º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato.

§ 1.º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que ele se refira.

A cláusula compromissória não precisa estar inserida no contrato, apesar de ser nomeada como “cláusula”, esta é possuidora de individualidade e independência, se fazendo presente no contrato apenas por ser mais comodo e prático⁵³.

José Cahali⁵⁴ acredita que na verdadeira autonomia da cláusula, esta se fazendo presente, mesmo que o contrato principal seja considerado invalido total ou parcialmente, a cláusula arbitral continuara se possuir os requisitos válidos e for eficaz.

A respeito da clausula compromissória Luiz Antonio Scavone Junior⁵⁵ define que:

Cláusula arbitral cheia é aquela que contém os requisitos mínimo para que possa ser instaurando o procedimento arbitral (as condições mínimas que o art.10 da Lei de Arbitragem impõe para o compromisso arbitral), como, por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local etc... tornando prescindível o compromisso arbitral. Cláusula arbitral vazia é aquela em que as partes simplesmente se obrigam a submeter sus conflitos à arbitragem, sem estabelecer, contudo, as regras mínimas para desenvolvimento da solução arbitral e, tampouco, indicar as regras de uma entidade especializada, tornando necessário, ao surgir o conflito, que as partes, antes de dar inicio à arbitragem, firmem, além da cláusula arbitral, um compromisso arbitral.

Ao tratar de uma cláusula compromissória vazia, se faz necessária a concretização de um compromisso arbitral, com isso, geralmente, ao se referir a clausula compromissória, entende-se, salvo aviso em sentido oposto, estar tratando da clausula compromissória cheia.

⁵³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Comentários à Lei de arbitragem**: Lei 9,307. p.217.

⁵⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: Resolução CNJ n 125/2010: mediação e conciliação**. 2. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.176.

⁵⁵ SCAVONE JR., Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense.7. ed. 2016. p. 89.

Entre os efeitos da cláusula compromissória há a vinculação das partes, mas só será válida com partes capazes e objeto de direito disponível⁵⁶. Caso optem pela proposição de ação judicial em lugar da cláusula compromissória, a ré deverá denunciar a instituição da arbitragem ao juiz, para que este deixe de discutir a matéria em si e transfira o litígio à competência arbitral⁵⁷.

2.3.2 Compromisso arbitral como meio de solução de um conflito atual

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral são os meios por onde se exterioriza a convenção, estes diferenciam-se inicialmente pelo aspecto temporal. Pode-se dizer que a primeira não forma um contrato perfeito e acabado, mas futuro e incerto quanto ao suposto litígio a ser solucionado. O compromisso arbitral, por sua vez, trata de contrato incidente à discussão judicial ou extrajudicial, onde as partes se obrigam a resolver um conflito atual e concreto através da decisão vinculativa de árbitros regularmente escolhidos⁵⁸.

Adriano Fernandes⁵⁹ define o compromisso arbitral como o “instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão.”

O Cahali⁶⁰ define que se tratando de compromisso arbitral, as partes, de maneira bilateral abrem mão da jurisdição do Estado e passam para o árbitro a resolução do conflito.

O compromisso arbitral ocorre depois de surgido o conflito, sendo definido pela Lei no 9.307/96⁶¹, em seu artigo 9º e seus parágrafos, como sendo:

Art. 9º - O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.
 § 1º - O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

⁵⁶ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. Ed. Revista dos Tribunais:2016, p. 66

⁵⁷ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018 P.100.

⁵⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº9.037/96**, São Paulo: Malheiros, 1998, p.134

⁵⁹ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018. P.113.

⁶⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: Resolução CNJ n 125/2010: mediação e conciliação**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 177.

⁶¹ BRASIL. **Lei 9.307/96, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em novembro de 2019.

§ 2º - O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Caso o compromisso arbitral ocorra por meio judicial, este deverá seguir o rigor previsto no artigo 209 do CPC/15, no qual deverá ser incluso as assinaturas das partes assim como dos seus patronos. Insta frisar que o advogado apenas poderá firmar tal compromisso pela parte caso possua poderes específicos e especiais para tanto⁶².

Quando as partes escolhem o compromisso arbitral na forma judicial consequentemente extinguem o processo sem resolução de mérito na forma do artigo 485, VII, do CPC/15. Adriano Fernandes⁶³ ressalta que caso as partes escolham o compromisso arbitral na forma judicial, ocorrendo este acordo após a instrução judicial as provas, de acordo com o critério do árbitro estas podem ser aproveitadas. A forma do compromisso arbitral possui requisitos próprios e é prescrita em lei⁶⁴, como fica demonstrado no artigo 10 da Lei 9.307/96.

2.3.3 Sentença arbitral como meio de solução de litígio

No que tange à função da sentença arbitral, explica bem Joel Dias Figueira Júnior⁶⁵ que assim como aquela proferida pelo Estado-juiz, a sentença arbitral tem por escopo imediato e principal a solução do conflito de interesses que lhe foi submetido a conhecimento pelos litigantes insatisfeitos diante da violação a direito patrimonial disponível ou ameaça de violação de determinada relação jurídica ou fática dentro dos contornos assinalados no compromisso arbitral. Atinge também outras finalidades, o que se dá por meio da sua função pacificadora de conflitos sociais, econômicos, comerciais e políticos, seja de ordem interna ou internacional, de forma muito mais célere, simplificada e menos onerosa às partes litigantes.

Sentença arbitral, segundo Lemos⁶⁶ é:

a decisão pela qual o árbitro ou o tribunal arbitral, com base nos poderes que lhe foram conferidos pela convenção (cláusula compromissória cheia ou

⁶² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: Resolução CNJ n 125/2010: mediação e conciliação**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 177

⁶³ FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018. P.116

⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n 9.307/96**. 3 ed. rev. Atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 189-190

⁶⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.182.

⁶⁶ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem e Conciliação: Reflexões Jurídicas para Juristas e Não Juristas**. 1. ed., Brasília, DF: Editora Consulex, 2001. p.123.

compromisso arbitral), resolvem as questões litigiosas sobre direitos patrimoniais disponíveis que lhe forem submetidas pelas partes.

Em linhas gerais, o árbitro tem o poder de formar livremente seu convencimento quanto à verdade apurada na arbitragem, externando-o através da sentença arbitral. A sentença, no momento final do processo, deve estar pautada nos critérios e parâmetros apontados pelas partes na convenção arbitral e preencher os requisitos legais, apresentando a motivação e a fundamentação que o levaram à solução⁶⁷.

Como conceitua Fredie Didier⁶⁸ Tanto a Lei de Arbitragem quanto o Código de Processo Civil delinham a equiparação das sentenças arbitrais às sentenças judiciais, deixando claro que “a arbitragem é, no Brasil, jurisdição”.

2.4 ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO

O princípio da eficiência é fundamental para a Administração Pública, pode se afirmar então que a integração cada vez maior dos Estados não se satisfaz mais com um modelo de gestão pública lento para acompanhar os avanços da sociedade⁶⁹. Há a necessidade do poder público por meios mais eficientes que viabilizem o alcance de suas metas.

Eros Grau⁷⁰ entende não existir razão para a não utilização dos tribunais arbitrais pela Administração Pública. O mesmo entende que:

quando se afirma que a arbitragem se presta para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, isso não significa que não possa a administração socorrer-se dessa via, visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A administração, para a realização do interesse público, pratica atos da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-los em relação a outros deles.⁷¹

⁶⁷ BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao código de processo civil**. Ed. Forense. 1977. p.510.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil** (Versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 4, out/dez 2013. p.73.

⁶⁹ NETO, Moreira, Figueiredo, Diogo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno - Legitimidade - Finalidade - Eficiência - Resultados**. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2008. p. 90 e 101.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 32, 2000, p. 14-20.

⁷¹ GRAU, Eros e GOMM, Maurício. **Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas**. Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial. Brasília, n. 11, p. 35, fev. 2005.

Rafael Munhoz de Mello⁷² vai no mesmo sentido ao afirma que:

a utilização da arbitragem pela Administração Pública brasileira é hoje uma realidade, não apenas pelo avanço legislativo verificado nos últimos anos como também pela superação da inicial resistência doutrinária ao emprego da arbitragem na solução de controvérsias envolvendo o Estado e os particulares.

O relatório do ICC (*International Court of Arbitration*) ressalta que o número de arbitragens envolvendo Estados ou entidades públicas representou 9,5% das arbitragens havidas no mundo inteiro no ano de 2009, ocorrendo solução, sobretudo, de casos que tratam de construção civil⁷³.

Vale reealtar que em alguns diplomas legais, desde os mais antigos, o legislador ordinário já deixou clara a possibilidade da administração pública resolver litígios através da via arbitral. Assim, vejamos o que dispôs ao editar a lei 11.196/2005:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da lei 9.307/1993.

2.4 A importância da Lei 13.129/15 para os avanços na arbitragem

A lei de arbitragem está em vigor desde 1996, com eficácia social desde 2001, quando o STF julgou sua constitucionalidade. Apesar do STF já ter afirmado no julgamento da constitucionalidade⁷⁴ da mesma que qualquer ente da Administração Pública poderia fazer a arbitragem, desde que envolvesse direitos patrimoniais

⁷² MELLO, Rafael Munhoz. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, 2015. p.48.

⁷³ ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 21/1, 2010.

⁷⁴ Voto da Ministra Ellen Gracie: Ao instituir a execução específica da cláusula compromissória, a Lei n. 9.307/96 afastou o obstáculo que, até então, tornava praticamente inexistente a arbitragem em nosso país. Toda vez que se quisesse furtar a uma solução célere da controvérsia – ou mesmo, ao simples reconhecimento de sua responsabilidade pela quebra do contrato – à parte inadimplente bastava recusar-se a firmar o compromisso arbitral. Ao juízo era vedado substituir-se a esta sua manifestação – ainda que a controvérsia, perfeitamente delimitada, decorresse exatamente do desenvolvimento natural do contrato e versasse sobre direitos de natureza disponível.

Voto do Ministro Ilmar Galvão: Não se cuida, entretanto, de ato [refere-se ao pacto compromissório] por meio do qual alguém declara haver renunciado, de forma absoluta, a todo e qualquer direito de ação, a partir de determinado momento, o que seria inadmissível, mas de simples cláusula contratual em que as partes vinculadas a determinada avença, que tenha por objeto direito patrimonial de natureza disponível, deliberem, de livre e espontânea vontade, que toda dúvida que o contrato vier a suscitar será, obviamente, por elas próprias dissipadas de comum acordo; e, com certeza, se não lograrem êxito nesse propósito, será ela, aí já qualificada como controvérsia, resolvida, necessariamente, por terceiro ou por terceiros de sua confiança, cuja decisão será obrigatoriamente acatada.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958.

disponíveis, ainda haviam questionamentos a respeito, como nota-se na fala de Suzana Domingues Medeiros⁷⁵ :

No tocante à arbitrabilidade subjetiva, verificamos que o princípio da legalidade constitui um pressuposto necessário à utilização da arbitragem pelo Estado e antes da Administração Pública. Em razão desse princípio, a Administração, além de só poder fazer aquilo que não é vedado por lei, também só pode fazer o que é expressamente permitido por lei. Ou seja, não basta não haver lei impedindo, deve haver lei expressamente autorizando a prática da arbitragem.

Ao analisarmos a legislação nacional de Direito Administrativo, constatamos que o Art. 55, §2o, da Lei no 8.666/93, constitui sério obstáculo à utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública no âmbito dessa lei e não concordamos com aqueles que veem no Art. 54 uma autorização à utilização da arbitragem.

Por outro lado, parte da doutrina já defendia que ao considerar que o Estado tem capacidade de contratar, com isso teria capacidade de estabelecer relações jurídicas que importam em direitos e obrigações, estando irrestritamente autorizado a participar de procedimentos arbitrais⁷⁶. Esse entendimento, foi baseado também no artigo 851 do Código Civil de 2002, que determina que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Então, em 2013, o Poder Público, por meio do Senado Federal criou uma comissão de juristas visando a reforma da Lei de Arbitragem e a criação de um marco legal sobre a mediação⁷⁷, em 26 de maio de 2015 a Lei 9.307/96 teve alterações em seu corpo por meio da Lei nº 13.129/15, esta aumentou o campo na qual é possível a aplicação da arbitragem, prevendo, inclusive, o uso pela Administração Pública Direta e Indireta.

Importante ressaltar que, de acordo com a previsão legal do artigo 1º da Lei 9.307/96⁷⁸, apenas direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de arbitragem, ficando, portanto, de fora, tanto os direitos não-patrimoniais como os direitos patrimoniais não disponíveis.

Alguns doutrinadores, por outro lado, defendem que certos direitos indisponíveis podem ser objetos de arbitragem, desde que gerem efeitos disponíveis.

⁷⁵ MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 100/101

⁷⁶ RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 157/188

⁷⁷ COELHO, Eleonora. **Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil**. In: Rocha, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação – a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015 p.110.

⁷⁸ BRASIL. **Lei 9.307/96, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em 03 de nov. 2019.

Nesse sentido, observa-se, como exemplo, o direito ao alimento. Apesar do direito ao alimento ser um direito indisponível, não podendo com isso ser renunciado, a quantificação e a forma de prestá-lo é totalmente disponível, e, inclusive, são frequentemente objetos de transação judicial.⁷⁹

Carlos Alberto Carmona⁸⁰ define que “são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem”.

A Lei 13.129/15 positiva a possibilidade de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis envolvendo a Administração Pública direta ou indireta através de arbitragem. Neste sentido, a nova lei acrescenta os § 1º e 2º ao artigo 1º e o § 3º ao artigo 2º da Lei 9.307/96.

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

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR)

Artigo 2. (...) § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” (NR)

A reforma da lei também regulou de forma expressa a possibilidade de fazer sentença arbitral parcial, quando já for possível para os árbitros decidir sobre algumas matérias, enquanto outras precisam de mais tempo; estabeleceu que a tutela de urgência só poderia ser executada no Judiciário após o árbitro estabelecer que ela seja feita; e proibiu a arbitragem em litígios trabalhistas e consumeristas.

⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº9.037/96**, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 181.

⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº9.037/96**, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 56.

3. ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A EXPERIÊNCIA PORTUGUÊSA

Portugal foi um dos primeiros países a aprovar um regime jurídico de arbitragem em matéria tributária, favorecendo a superação da questão tão debatida sobre a (in)disponibilidade do crédito tributário. A possibilidade de uma existência harmônica entre a possível submissão de pretensões de direito tributário às decisões de tribunais arbitrais e o princípio da indisponibilidade foi muito questionada no país assim como é no Brasil.⁸¹

Entre os países que utilizam a arbitragem tributária, Portugal é um exemplo comumente utilizado como parâmetro de meios viáveis para a instituição da mesma no Brasil. Como afirma Dário Moura Vicente⁸², o Brasil foi influenciado por técnicas e valores do Direito português, afirma o autor que:

Igualmente significativo é o facto de os juristas formados nesses sistemas partilharem, em larga medida, os mesmos quadros mentais. Em virtude da comunhão de fontes, de conceitos e de referências axiológicas existentes entre sistemas jurídicos, e também graças à cooperação nos domínios da produção legislativa, do ensino universitário do Direito e da formação dos magistrados [...]

Marciano Seabra de Godoi e Leonardo Varella Giannetti⁸³ defendem que o carácter indisponível do litígio não diz respeito ao impedimento de se recorrer à arbitragem “mas sim, a proibição de se proferir uma decisão por equidade, pois esta pode prescindir da aplicação da lei”.

O texto constitucional português regula expressamente a possibilidade de existência dos tribunais arbitrais no artigo 209. Em relação a expressa previsão constitucional Marta Portocarrero⁸⁴ afirma que:

A explícita previsão constitucional dos tribunais arbitrais entre nós revela a aceitação de um ‘fenômeno de desintegração do carácter estadual dos tribunais’, (...) ‘testemunha e documenta uma erosão da ‘estadualidade’ enquanto característica distintiva do poder judicial. Mais, (...) a Constituição

⁸¹ VILLA-LOBOS, Nuno. PEREIRA, Tânia Carvalhais. A implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: Origens e Resultados. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.32

⁸² VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Coimbra, Almedina, 2012, p.83.

⁸³ GODOI, Marciano Seabra de. GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem e Direito Tributário Brasileiro – a superação do dogma da indisponibilidade do crédito tributário**. Revista Arbitragem Tributária, n.3, 2015. p.40.

⁸⁴ PORTOCARRERO, Marta. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem. Ensaio sobre disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativa**. Porto, Universidade Católica, 2015, p. 285-287.

recusa a vigência de um princípio de monopólio estadual da função jurisdicional. O próprio Tribunal Constitucional, mas do que (apenas) declarar a arbitragem como modo legítimo de composição de conflitos, sublinha a natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais. Deste modo, apesar da consagração de uma reserva de jurisdição, a nossa Constituição não prevê uma 'exclusividade da justiça pública'. Os tribunais arbitrais, ainda que não possam ser qualificados como órgãos de soberania são constitucionalmente previstos como verdadeiros tribunais. Nesta medida, parece que a CRP foi um pouco mais longe do que as suas congéneres europeias, as quais, em regra geral, preveem a arbitragem como meio de resolução de conflitos, mas sem resolver a questão da sua natureza jurídica.”

Priscila Faricelli de Mendonça⁸⁵ defende que “a plena vinculatividade da atividade de arrecadação do tributo não significa supor que haja vedação para a disposição do crédito tributário”, finalizando que, em qualquer caso:

[...] não parece relevante ser ou não renunciável o crédito tributário para fins de viabilidade da solução arbitral da controvérsia tributária. De fato, o caráter pecuniário do crédito tributário é suficiente à sua admissibilidade objetiva para fins da solução arbitral, na medida em que ao se optar pela solução arbitral não há renúncia ou disposição de direitos.

A arbitragem tributária também foi questionada no plano infraconstitucional, por conta de uma interpretação restritiva do n. 2 do artigo 30º da Lei Geral Tributária, que prevê a indisponibilidade do crédito tributário⁸⁶. Em sentido contrário, Jorge Lopes de Souza⁸⁷ defende que:

[...] numa interpretação holística, que tenha em mente a globalidade do nosso sistema de administração executiva no âmbito das relações jurídicas tributárias, o princípio da indisponibilidade dos critérios tributários só poderá reportar-se a créditos consolidados, cuja existência esteja assente, depois de esgotados os meios normais de impugnação: até ai não haverá a certeza de haver diretos de crédito e, por isso, os atos que declaram a eliminação jurídica dos atos que definiram créditos tributários não implicam redução ou extinção desses créditos cuja existência na ordem jurídica ainda não está assente.

Samuel Almeida completa que “decidindo os árbitros de acordo com o direito constituído, o princípio da indisponibilidade do crédito tributário não é posto em causa por um Tribunal Arbitral, tal como não é colocado em causa por qualquer órgão jurisdicional.”

⁸⁵ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributária**. Gazeta Jurídica, 2014, p.78.

⁸⁶ VILLA-LOBOS, Nuno. PEREIRA, Tânia Carvalhais. A implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: Origens e Resultados. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.33

⁸⁷ SOUZA, Jorge Manuel Lopes de. **Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, Guia da Arbitragem Tributária**, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, 2017, p.75 e ss.

Em 28 de abril de 2010, através da autorização legislativa do artigo 124º da Lei 3-B/2010, que também aprovou o Orçamento de Estado para 2010, permitiu que o Governo da República Portuguesa legislasse no caminho de instituir a arbitragem como forma alternativa de resolução conflitos em matéria tributária, definida como um direito potestativo dos contribuintes. Em 20 de janeiro de 2011, através do Decreto-Lei 10/2011, foi admitido o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT⁸⁸) em Portugal⁸⁹.

O decreto citado entrou em vigor 25 de janeiro de 2011 mas a sua efetivação dependia da vinculação de uma portaria de vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira à jurisdição dos tribunais arbitrais tributários. Ficou definido no artigo 4º do RJAT que tal vinculação fosse aprovada através de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pela justiça para definir o tipo e o valor máximo dos conflitos, tendo a mesma entrado em vigor no dia 1 de julho de 2011 com o número 112-A/2011⁹⁰.

Em 2004, antes mesmo da aprovação do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária em Portugal, nas XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributário⁹¹, que aconteceu no Perú, ficou claro nas muitas Conclusões que *“la obvia indisponibilidad de la potestad tributaria normativa y del crédito conseguinte no obsta a la utilización de métodos alternativos de solución de controversias y particularmente del arbitraje”*⁹².

Ao tratar dos tribunais arbitrais não é imposta qualquer restrição em relação ao objeto e como sustenta José Poças Falcão⁹³, é certo que o artigo 212º n.3 da Constituição da República Portuguesa prevê que é função dos tribunais administrativos e fiscais julgar as ações e os recursos que objetivem dirimir conflitos

⁸⁸ O RJAT foi alterado pela Lei 64-B/2011, de 30 de dezembro, pela Lei 20/2012, de 14 de maio e pela Lei 66-B/2012 de 31 de dezembro.

⁸⁹ VILLA-LOBOS, Nuno. PEREIRA, Tânia Carvalhais. A implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: Origens e Resultados. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.31

⁹⁰ VILLA-LOBOS, Nuno. PEREIRA, Tânia Carvalhais. A implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: Origens e Resultados. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.31

⁹¹ **Conclusões da XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributário**, 2004, Quito, Perú, p.7.

⁹² “[A] indisponibilidade óbvia do poder tributário regulatório e o crédito resultante não impedem o uso de métodos alternativos de resolução de disputas e, particularmente, de arbitragem.”

⁹³ FALCÃO, José Poças, **Arbitragem Tributária, Revista Portuguesa de Contabilidade**, v.I, n. 002, 2011. p.193.

que surjam das relações jurídicas administrativas e fiscais, não podendo este regulamento ser interpretado a dar exclusividade aos tribunais administrativos e fiscais para dirimir conflitos administrativos e tributários. O referido autor aduz que ao inverso disso:

não repudiaria um juízo de inconstitucionalidade [por omissão] a manter-se a inexistência destes Tribunais [Arbitrais] (na falta de melhor alternativa) como meio de dar execução plena à norma constitucional que confere o direito dos cidadãos (no caso, contribuinte) a uma decisão em [...] prazo razoável e com procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter a tutela efetiva e em tempo útil.

Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira⁹⁴ reafirmam: “Em síntese, o recurso à arbitragem não importa a renúncia ou disponibilidade do crédito tributário, mas a opção por uma via alternativa ou complementar à via tradicional de resolução de litígios”.

O Tribunal Constitucional Português no acórdão de número 230 em 2013 afirmou mais uma vez que os tribunais arbitrais são uma espécie autónoma, se submetendo a um estatuto próprio que se assemelha ao dos tribunais judiciais, possuindo decisões de natureza jurisdicional.

3.1 O MODELO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA PORTUGUESA

Portugal possui uma justiça especializada em julgar causas da Administração Pública⁹⁵, o que, infelizmente, não existe no direito brasileiro. Ela é estruturada pelos Tribunais Administrativos e Fiscais, estes são institutos integrantes do Poder Judiciário português que possuem função jurisdicional de forma apartada da justiça cível comum. Existem duas jurisdições, sendo os membros dos tribunais administrativos e fiscais juízes⁹⁶.

⁹⁴ VILLA-LOBOS, Nuno. PEREIRA, Tânia Carvalhais. A implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: Origens e Resultados. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.35

⁹⁵ Artigo 212º, nº 3, da Constituição Portuguesa: “Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.”

⁹⁶ GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos**. 2017, 390 f. Tese (Doutorado) . Programa de Pós- Graduação em Direito, Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html> Acesso em: 28 jun 2020.

No que diz respeito a Constituição portuguesa prevê a possibilidade de instituição de tribunais arbitrais Mário Aroso de Almeida⁹⁷ acredita que “não vigora em Portugal uma reserva de jurisdição estadual no que concerne aos litígios que envolvam a Administração Pública.” E existem justificativas legitimadas pela própria Constituição para a adoção da arbitragem, visto que, uma rápida resolução de litígios não interessa apenas os particulares, indo além, pois “corresponde objetivamente ao interesse público e ao próprio desígnio constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva”⁹⁸, prevista no texto constitucional português no art. 20º.⁹⁹

O grande congestionamento dos tribunais que tem como consequência um longo período para a apreciação jurisdicional do litígio são algumas das razões que levaram a doutrina portuguesa a se interessar pela arbitragem tributária.¹⁰⁰

Após ser aprovado pelo Decreto Lei nº10 em 20 de janeiro de 2011, foi introduzido no sistema português o Regime Jurídico de Arbitragem Tributária (RAT). Esse regime não possui formalidades especiais, da grande importância ao princípio da autonomia dos árbitros no curso do processo, regulando um limite de seis meses para emissão da decisão arbitral, o que garante a maior rapidez no tramite.

A arbitragem tributária portuguesa traz a existência de uma lista de árbitros, sendo que estes devem possuir no mínimo 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário. Insta frisar que as decisões arbitrais são objeto de publicação obrigatória.

A respeito das matérias que podem ser julgadas pelo tribunal arbitral português, Nuno de Villa-Lobos e Tânia Carvalhais¹⁰¹ afirmam que:

“Assim, encontram-se abrangidas pela competência dos tribunais arbitrais apreciação da declaração de ilegalidade dos tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e os de pagamento por conta, a declaração de ilegalidade de atos de determinação da matéria tributável, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais e, bem assim, a apreciação de qualquer questão, de

⁹⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de. **Manual de Processo Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2014 a. p.47

⁹⁸ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Arbitragem de Litígios com Entes Públicos**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015. p.14

⁹⁹ GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos**. 2017, 390 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_Consltem.html> Acesso em: 28 jun 2020.

¹⁰⁰ DOMINGOS, Fancisco Nicolau, Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, Escolha dos Árbitros e Limites Institucionais. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.65

¹⁰¹ VILLA-LOBOS, Nuno de. PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Guia da Arbitragem Tributária**. Almedina, 3ªEd, 2017. p.17-19.

facto ou de direito, relativa ao projeto de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de deduzir a pretensão anteriormente referida.”

Em Portugal, o contribuinte envolvido na arbitragem pode escolher designar um árbitro, assim, o Tribunal Arbitral funcionará com três árbitros no total cabendo então a cada parte a escolha e um deles, e então os já foram escolhidos determinam quem será o terceiro, que será o presidente. Caso a parte não determine um arbitro a arbitragem funcionará com um arbitro singular, mas nesse caso o valor do pedido não pode ultrapassar sessenta mil euros.¹⁰²

Uma peculiaridade do sistema português de arbitragem tributária é o fato de ser possível a sua utilização por aqueles contribuintes que já possuam ação judicial com mais de dois anos pendente de julgamento, e lhes é dado como incentivo a dispensa do pagamento do valor das custas judiciais.

Foi definido expressamente a arbitragem institucionalizada, ao invés da arbitragem ad hoc, e a atribuição, exclusiva, da arbitragem tributária a um centro de arbitragem constituído no artigo 187º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, chamado de Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Os tribunais arbitrais portugueses funcionam dentro CAAD, eles procuram julgar de acordo com o direito já constituído, entretanto há o recurso à equidade, ressaltando que recorrer a arbitragem não significa uma desjuridificação ao processo tributário.

3.1.1 O modelo institucional do CAAD

A implementação da arbitragem tributária em 2011 ocorreu em parte por conta da ótima experiência do CAAD com a arbitragem administrativa que começou em 2009¹⁰³. O sucesso da arbitragem tributaria originou uma reformulação na estrutura da arbitragem administrativa.

O CAAD foi criado visando a resolução de conflitos derivados de contratos de relações jurídicas e de emprego público. A previsão do RJAT e a mudança na competência material do CAAD trouxe diversos desafios, como afastar de fato o receio de que os tribunais a constituir no âmbito do CAAD não levassem em conta os

¹⁰² VILLA-LOBOS, Nuno de. PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Guia da Arbitragem Tributária**. Almedina, 3ªEd, 2017. p.17-19.

¹⁰³ O CAAD foi criado em 2009, pelo Despacho n.5097/2009 do Secretário de Estado da Justiça, publicado no Diário da República, II Série, de 12 de fevereiro.

parâmetros legislativos a que os magistrados judiciais se encontram ligados, tendo como consequência a violação dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade.¹⁰⁴

A administração do procedimento e processo arbitral pode ficar por conta de árbitros expressamente selecionados pelas partes ou, entre estas, definir que tal tarefa será de responsabilidade de um terceiro, isto é, através de um centro de arbitragem¹⁰⁵.

A arbitragem institucional possui algumas vantagens como o conhecimento prévio das normas que formam o processo arbitral, o controle das etapas do procedimento e do processo arbitral, a transparência no funcionamento do centro e arbitragem e a elaboração e publicidade de uma lista de árbitros que condizem com os requisitos deontológicos, assim como a independência em relação as partes do conflito¹⁰⁶.

De acordo com João Thiago da Silveira¹⁰⁷, a criação do CAAD visou:

[...] quatro propósitos que têm vindo a ser alcançados com sucesso. Visava-se, em primeiro lugar, que o CAAD proporcionasse uma resolução de litígios de forma mais célere que nos tribunais administrativos, constituindo-se como uma alternativa para as pessoas, empresas e entidades da Administração Pública. Em segundo lugar, pretendia-se que este Centro resolvesse litígios com custas mais baixas que as previstas para os tribunais administrativos, assim garantindo uma forma de administração de Justiça mais económica para os utilizadores. [...] Além disso, em terceiro lugar, visava-se que este centro de arbitragem oferecesse garantias de elevada especialização na análise das questões que lhe são submetidas.

O CAAD é um centro de arbitragem institucionalizado que trabalha através de uma instituição privada sem fins lucrativos, constituída por tempo indeterminado, de âmbito nacional, carater especializado¹⁰⁸, na qual os associados são pessoas coletiva de direito público ou de direito privado, sendo necessário, para ter esse estatuto, uma deliberação favorável da Assembleia Geral, sob proposta do presidente da Direção ou

¹⁰⁴ DOMINGOS, Francisco Nicolau. **Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários: novas tendências dogmáticas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016, p. 366-387.

¹⁰⁵ DOMINGOS, Francisco Nicolau. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, Escolha dos Árbitros e Limites Institucionais In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.65

¹⁰⁶ NAVARRINE, Susana Camila; ASOREY, Rubén. **Arbitraje: jurisdicción arbitral en controversias con el Estado: proceso arbitral en cuestiones tributarias**. Buenos Aires: La Ley, 1992. p.16-17.

¹⁰⁷ SILVEIRA, João Thiago, **O Potencial do CAAD para a Resolução de Conflitos Administrativos**, CAAD Newsletter Arbitragem Administrativa e Fiscal, n.1, 2013.

¹⁰⁸ Artigos 2º e 3º dos Estatutos do CAAD.

do Conselho de Representantes¹⁰⁹. Ou seja, são entes que representam as possíveis partes litígio¹¹⁰.

Domingos Soares Farinho acredita que “o modelo institucional do CAAD, em particular a relação com o Estado, constitui um caso singular no panorama da arbitragem institucionalizada em Portugal”, configurando o que pode se chamar de uma “parceria público-privada”. O autor defende que “de um ponto de vista jurídico-institucional, o CAAD é uma associação privada”¹¹¹, possuindo como associados as entidades representativas de potenciais partes do conflito¹¹².

Por conta da própria estrutura orgânica do CAAD, derivada principalmente da sua grande harmonização entre os princípios da representatividade o que permite maior neutralidade e imparcialidade na atuação jurisdicional, o RJAT define em seu artigo 4º, n. 2, que “os tribunais arbitrais funcionaram no Centro de Arbitragem Administrativa”.

No que diz respeito ao funcionamento do CAAD, Domingos Soares Farinho¹¹³, acredita que:

o panorama da arbitragem institucionalizada em Portugal está indelevelmente marcado pela presença do Estado (...). Com efeito, se cabe ao Estado autorizar toda a arbitragem de cariz institucionalizado, a verdade é que, em alguns casos, se vai mais longe e o Estado promove e/ou apoia especificamente certos centros de arbitragem.

O citado autor defende que o Estado, além de fiscalizar, pode apoiar, incentivar e financiar, para “assegurar que as custas para os utilizadores tornam o centro uma oferta verdadeiramente competitiva, uma boa alternativa aos tribunais administrativos.” Segundo o autor, tal financiamento possui somente uma finalidade que é atender o interesse público, “justificada pela atividade desempenhada pelo centro e pela sua capacidade de concorrer para fins similares aos que o Estado se

¹⁰⁹ Artigo 4º, n.2, dos Estatutos do CAAD.

¹¹⁰ DOMINGOS, Francisco Nicolau. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, Escolha dos Árbitros e Limites Institucionais In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.66-67

¹¹¹ FARINHO, Domingos Soares. Algumas notas sobre o modelo institucional do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito. **Mais Justiça Administrativa e Fiscal**. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer, 2010, p. 31-45.

¹¹² Estatutos do CAAD, disponíveis em: [www.caad.org.pt]

¹¹³ FARINHO, Domingos Soares. Algumas notas sobre o modelo institucional do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito. **Mais Justiça Administrativa e Fiscal**. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer, 2010, p. 31-45.

propõe.” A atuação ou presença estatal, contudo, não interfere na atividade jurisdicional realizada pelos tribunais arbitrais que funcionam junto ao CAAD.

Nuno de Villa-Lobos e Tânia Carvalhais¹¹⁴ definem o CAAD da seguinte maneira:

O Centro de Arbitragem Administrativa - CAAD é uma associação privada, sem fins lucrativos, que tem por objeto a resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público, através de informação, mediação, conciliação ou arbitragem, nos termos definidos pelo seu regulamento e que por lei especial não estejam submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária.

Uma parte essencial do CAAD é o Conselho deontológico, que de acordo com Manuel Santos Serra¹¹⁵ seria um órgão realmente estruturante na arquitetura institucional do Centro, pois é através deste que é garantida a independência e a transparência da atividade do CAAD, dos próprios tribunais e dos árbitros.

Rogério Fernandes Ferreira¹¹⁶ define o Conselho deontológico como “o órgão responsável por assegurar a transparência e neutralidade.” Ainda acrescenta que:

Entre outras funções, o Conselho Deontológico está incumbido de se pronunciar sobre a lista de árbitros de Centro, nomear os árbitros da lista quando as partes não o fazem e ainda, desenvolver e assegurar a aplicação do Código Deontológico.

O Código Deontológico foi concebido para assegurar, acima de tudo, a independência e neutralidade que devem pautar qualquer instituição que administre o poder jurisdicional.

Este Código Deontológico estabelece expressamente os parâmetros de conduta dos árbitros administrativos e fiscais, mediante a implementação de um conjunto apertado de impedimentos e deveres.

Manuel Pereira Barrocas¹¹⁷ defende que a existência do conjunto de normas constitui uma garantia aos cidadãos e empresas de que a realização da justiça cumpre com os princípios deontológicos presentes no código. Mais que isso, esse sistema deontológico busca trazer para o domínio jurídico regras que se originam da ética e da moral, adquirindo assim um conteúdo imperativo, depois da sua alteração para normas jurídicas.

¹¹⁴ VILLA-LOBOS, Nuno de. PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Guia da Arbitragem Tributária**. Almedina, 3ªEd, 2017.p.150.

¹¹⁵ SERRA, Manuel Santos. Administrative and tax arbitration – grounds and ethical perspective. In: VILLA-LOBOS, Nuno; PEDREIRA, Tânia Carvalhais. **The Portuguese Tax Arbitration Regime**. Coimbra: Almedina.2015. p.13.

¹¹⁶ FERREIRA, Marcos Fernandes. A arbitragem Tributária em Portugal (perspectiva de um advogado). In: ONO, Juliana Mayumi. **Revista de Mediação e Arbitragem**. São Paulo, Thomson Reuters Brasi, 2019, p.275.

¹¹⁷ BARROCAS, Manuel Pereira. **Estudos de direito e prática arbitral**. Coimbra: Almedina, 2015, p.117

Chama a atenção que o regime português recomenda a presença do Estado no controle dos centros de arbitragem institucionalizadas. Manuel Fernando dos Santos Serra¹¹⁸ ilustra bem essa posição:

Além disso, a arbitragem institucionalizada em centros “certificados” pelo Estado, como acontece com o Centro de Arbitragem Administrativa, coloca à disposição das partes uma lista de árbitros com o “selo” credível de qualidade e conta com a sua própria normativa processual, que é previamente estabelecida e conhecida pelas partes. Fica assim evitada a tentação, que é real, de manipulação do processo arbitral a benefício de uma das partes.

Uma das funções do CAAD é a elaboração de uma lista de árbitros, que para ser efetivada o Centro deve observar as regras do Regulamento de Seleção de Árbitros em matéria tributária. Insta frisar que para integrar a lista de árbitros do CAAD existem requisitos gerais, assim como existem requisitos específicos para fazer parte de um tribunal arbitral. O artigo 7º do RJAT define os requisitos de designação dos árbitros:

Artigo 7.º - Requisitos de designação dos árbitros

1 – Os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público.

2 – Os árbitros devem ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio.

3 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, nas questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, pode ser designado como árbitro não presidente um licenciado em Economia ou Gestão, observando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.os 1 e 2.

4 – A lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa é elaborada nos termos do presente Decreto-Lei e dos Estatutos e Regulamento do Centro de Arbitragem Administrativa.

5 – Os magistrados jubilados podem exercer funções de árbitro em matéria tributária, devendo, para o efeito, fazer uma declaração de renúncia à condição de jubilados ou solicitar a suspensão temporária dessa condição, por um período mínimo de um ano, renovável, aplicando-se em tais casos o regime geral da aposentação pública.

A essência do exercício a ser desempenhado justifica a necessidade de fixar, a partir de um olhar técnico, exigências gerais superiores aos que os candidatos aos tribunais administrativos e fiscais devem cumprir, sobretudo, possuir uma licenciatura

¹¹⁸ SERRA, Manuel Fernando dos Santos. A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectivas. In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito. **Mais Justiça Administrativa e Fiscal**. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer, 2010, p. 27

em Direito como mestre ou doutor.¹¹⁹ Os requisitos de natureza moral e o interesse público são verificados pelo Conselho Deontológico do CAAD¹²⁰.

O Centro disponibiliza suas decisões por conta do princípio da publicidade, entretanto, os nomes das partes ou outros dados que possam identifica-las são retirados, o que mostra certa confidencialidade, comum na arbitragem privada¹²¹.

O sistema português tem como essencial que a autorização governamental seja vinculada ao gabinete do Ministério da justiça, somente dessa maneira é permitido o funcionamento de qualquer entidade institucional que possua a intenção de administrar as arbitragens de Portugal.

A jurisdição do CAAD não é absoluta, possuindo limites quantitativos e materiais o legislador consagrou essa maneira alternativa de resolução de litígios pois, além de tutelar o direito dos sujeitos passivos à aplicação correta da lei tributária, permite também a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, por conta da emissão de decisão em prazo razoável¹²².

O CAAD vem ganhando reconhecimento por conta da eficiente e honesta atuação na condução, na organização e desenvolvimento da arbitragem administrativa e tributária. José Luís Esquível¹²³ defende que CAAD é o “motor” de uma nova fase da justiça administrativa, que funcionará como “um verdadeiro e novo laboratório jurídico”, sendo que ele “tem e terá um papel fundamental na credibilidade e no desenvolvimento da arbitragem institucionalizada como meio de resolução de litígios de índole administrativa dentro do leque de matérias que estão sujeitas à sua jurisdição.”

Vale ressaltar que em junho de 2014, em decisão muito comemorada em Portugal por conceder mais segurança a arbitragem tributária no país, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que o CAAD possui natureza de efetivo órgão

¹¹⁹ Artigo 5º da Lei 2/2008, 14 de janeiro.

¹²⁰ DOMINGOS, Francisco Nicolau. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, Escolha dos Árbitros e Limites Institucionais In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.70.

¹²¹ VIANNA, Sâmila. SOUZA, Mayara Nunes Medeiros de. Arbitragem Tributária: um panorama da experiência portuguesa e a perspectiva brasileira. In: LIMA, Leandro Rigueira Rennó. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial**. Brasília, Ano III - n.4, 2016, p.125.

¹²² DOMINGOS, Francisco Nicolau. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, Escolha dos Árbitros e Limites Institucionais In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.72.

¹²³ ESQUÍVEL, José Luis. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004. p.126.

jurisdicional de Estado-Membro¹²⁴. Foi a primeira vez que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹²⁵ reconheceu, e sem reservas, que a decisão de um tribunal arbitral voluntário é passível de reenvio prejudicial¹²⁶, nos termos previstos no art. 267º do Tratado de constituição da União Europeia¹²⁷.

Com isso, o CAAD a cada dia vem potencializando o seu valor e sendo reconhecido pela excelência de atuação, marcado pela eficiência no desenvolvimento da arbitragem tanto tributária quanto administrativa. O CAAD apesar de ter sido criado apenas para gerir a arbitragem administrativa, com ênfase nas questões relacionadas a servidores públicos, possui atualmente maior foco na arbitragem tributária.

3.1.2 Noções sobre o regime da arbitragem tributária portuguesa

¹²⁴ C-377/13, de 12 de junho de 2014, denominado de caso Ascendi. Sobre o tema, vide VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação da Associação Portuguesa de Arbitragem**. no 7. Coimbra: Almedina, 2014, p. 87-122.

¹²⁵ O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

¹²⁶ Como aduz Leonardo Varella Giannetti, “O reenvio prejudicial é um processo que tramita no Tribunal de Justiça da União Europeia e busca conferir uniformidade à interpretação de questões que afetam os Estados-Membros, garantindo, assim, segurança jurídica através de uma aplicação uniforme do direito da União Europeia. O processo do reenvio prejudicial permite a uma jurisdição nacional de um Estado-Membro indagar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito europeu. Ao contrário dos outros processos jurisdicionais, o reenvio prejudicial não é um recurso formado contra um ato europeu ou nacional, mas sim uma pergunta relativa à aplicação do direito europeu, sempre encaminhado pelo órgão jurisdicional nacional, mesmo que a pedido de uma das partes”.

¹²⁷ GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos**. 2017, 390 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html> Acesso em: 28 jun 2020.

Desde 14 de Dezembro de 2009¹²⁸, através do protocolo firmado com o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a defesa da arbitragem tributária passou a ser do CAAD. Este, na prática, regula e protege diversos aspectos do processo de arbitragem fiscal como a constituição do tribunal arbitral, da lista de árbitros, assim como a nomeação destes, além da definição das custas processuais e honorários dos árbitros¹²⁹.

O sujeito passivo não é livre para decidir qual instituição regulará o seu procedimento, sendo obrigado a se submeter àquelas apresentadas pelo CAAD em seu regulamento. Com isso, como afirmam Sânila Vianna e Mayara Nunes Medeiros, que a Administração Tributária ao optar pelo procedimento arbitral para resolver certos conflitos “pratica um ato político em que não se faz submissa à vontade do contribuinte, mas estabelece as condições e ocasiões em que serão possíveis as arbitragens tributárias”¹³⁰.

É vedada a decisão arbitral tributária baseada na equidade, o nº 2 do artigo 2º do Decreto 10/2011 define que as arbitragens em matéria tributária precisam ser de Direito, os árbitros não podem julgar com base em costumes, princípios ou análise moral dos fatos, mas sim de elementos e fundamentos legais.

O nº1 do artigo 3º do citado Decreto permite a cumulação de pedidos mesmo que digam respeito a diferentes atos tributários quando a procedência dos pedidos necessitarem da análise das mesmas circunstâncias e da interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou regras de direito. Assemelha-se com isso ao artigo 104 do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT) que permite a cumulação de pedidos de diversos atos tributários, desde que os tributos possuam natureza idêntica e os mesmos fundamentos de fato e de direito¹³¹.

Manuel Fernando dos Santos Serra¹³², acredita que no rígido controle ético sobre a atuação dos árbitros para garantir a legitimidade e perpetuidade do regime de arbitragem administrativa e tributária:

¹²⁸ Antes desse momento a atuação do CAAD se restringia a resolução extrajudicial de conflitos relacionados as relações jurídicas administrativas, de emprego público e de contratos celebrados por entidades públicas.

¹²⁹ PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In: FONSECA, Isabel. **A Arbitragem Administrativa e Tributária**. Coimbra, Almedina, 2012. p.193.

¹³⁰ VIANNA, Sânila. SOUZA, Mayara Nunes Medeiros de. Arbitragem Tributária: um panorama da experiência portuguesa e a perspectiva brasileira. In: LIMA, Leandro Rigueira Rennó. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial**. Brasília, Ano III - n.4, 2016, p.124.

¹³¹ PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In: FONSECA, Isabel. **A Arbitragem Administrativa e Tributária**. Coimbra, Almedina, 2012. p.194.

¹³² SERRA, Manuel Fernando dos Santos. **Intervenções**. Lisboa, 2016. p.42.

(...) O Conselho Deontológico do CAAD deve impor, e vem impondo efectivamente, um elevado nível de exigência quanto à isenção, independência, imparcialidade e competência dos árbitros, quer, desde logo, no momento do respectivo recrutamento, quer, depois, no acompanhamento até final do processo arbitral. E o afastamento de quaisquer receios depende ainda da qualidade das sentenças arbitrais que venham a ser emitidas pelos tribunais arbitrais, administrativos ou fiscais em funcionamento sob os auspícios do CAAD, e que têm de ser, pelo menos, tão rigorosas quanto as normalmente proferidas pelos tribunais estatais, administrativos e fiscais.

Para que seja constituído o tribunal arbitral é solicitado ao Presidente do CAAD por comunicação escrita eletrónica¹³³. A composição do referido tribunal pode ocorrer por árbitro singular ou ser colegiada (em regra, com três julgadores), possuindo cada modelo a sua pertinência¹³⁴.

A causa julgada por um único árbitro justifica-se como uma forma de reduzir gastos e apresentar mais celeridade. A arbitragem tributária não deve ser pensada apenas para causas milionárias, ao contrário, um modelo inicial de arbitragem pode até possuir algum limite de valor para que inclusive a Administração Tributária conheça e passe a confiar no regime¹³⁵. A arbitragem será conduzida por apenas um árbitro se o sujeito passivo optar por não designar árbitro e a causa possuir valor de até 60 mil euros.

3.1.3 O processo arbitral e suas derivações

Assim que recebido o pedido de constituição do tribunal arbitral o Diretor Geral dos Impostos recebe uma notificação para apresentar resposta e caso queira, produzir prova adicional¹³⁶. Assim que apresentada a resposta, ou decorrido o prazo sem a mesma, o tribunal arbitral realiza uma primeira reunião com as partes para decidir a tramitação processual a ser utilizada de acordo com as circunstâncias do

¹³³ PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In: FONSECA, Isabel. **A Arbitragem Administrativa e Tributária**. Coimbra, Almedina, 2012. p.196.

¹³⁴ MATHEUS, Carlos Alberto. **La independencia e imparcialidade del árbitro**. San Sebastian: Instituto Vasco de Derecho Processual, 2009 p.150-153.

¹³⁵ GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos**. 2017, 390 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_Consltem.html> Acesso em: 28 jun 2020.

¹³⁶ O artigo 110º nº1 do CPPT concede a Fazenda Pública um prazo de 90 dias para contestação, ressaltando assim uma diferença drástica quando comparado ao prazo da arbitragem. Sendo importante frisar que antes da Lei 15/2001, este prazo era de 10 dias, podendo ser prorrogado por 30 dias.

caso e de quão complexo é o processo, além de ouvir as partes referente a possíveis restrições e decidir antes de conhecer o pedido, para, caso necessário, convidar as partes a retificar suas peças processuais e comunicar a data das alegações finais orais e a data da prolação da decisão arbitral¹³⁷.

A partir da data de início do processo arbitral existe um prazo de seis meses para que a decisão arbitral seja emitida e notificada às partes no prazo. A referida decisão é em regra irrecorrível, entretanto, pode-se interpor recurso para o Tribunal Constitucional caso a sentença arbitral contra a aplicação de qualquer norma se baseie na sua inconstitucionalidade ou aplique uma norma que a constitucionalidade tenha sido suscitada¹³⁸.

É cabível recurso para o Supremo Tribunal Administrativo contra sentença arbitral que vá de encontro a acórdão do Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo¹³⁹. E por fim, a decisão poderá ser anulada caso não esteja especificado os fundamentos de fato e de direito que basearam a decisão, havendo contradição entre os fundamentos da decisão e seu dispositivo, caso exista pronuncia indevida ou omissão de pronúncia ou se for verificada a violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes¹⁴⁰.

Para facilitar o acesso e fazer com que a arbitragem não seja vista como uma justiça para uma minoria de contribuintes de maior poder aquisitivo há uma grande preocupação com os valores das taxas e honorários dos árbitros no modelo português. Manuel Fernando dos Santos Serra defende o custo mais baixo:

Em boa verdade, sendo a arbitragem administrativa e fiscal uma arbitragem necessariamente qualificada pela especificidade da matéria envolvida, dela se exige um arraigado sentido de interesse público, que começa logo na garantia de democraticidade no acesso à justiça arbitral. Esta não pode ser a justiça de uma minoria privilegiada, que, em função da sua condição económica favorável, pode beneficiar de uma justiça célere e especializada. Pelo contrário, e como a experiência do CAAD vem demonstrando, a justiça arbitral fiscal pode, e deve ser uma justiça para todos, uma justiça verdadeiramente democratizada, de que nenhum contribuinte se veja arredado por insuficiência de meios económicos. (SERRA, 2015, p. 1, destaque no original)

As custas do processo arbitral são genericamente designadas como taxa de arbitragem e englobam todas as despesas que derivam da condução do processo

¹³⁷ PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In: FONSECA, Isabel. **A Arbitragem Administrativa e Tributária**. Coimbra, Almedina, 2012. p.201.

¹³⁸ Artigo 7º do Decreto Lei n.10/2011.

¹³⁹ Artigo 24 do Decreto-Lei n. 10/2011.

¹⁴⁰ Artigo 28 do Decreto-Lei n. 10/2011.

arbitral e os honorários dos árbitros.¹⁴¹ A taxa de arbitragem é calculada baseando-se no valor da causa e modo de designação do árbitro.

Em relação ao valor da causa, via de regra, será determinado de acordo com o previsto no Código de Procedimento e Processo Tributário, que define que o valor desejado, em relação as custas, deve ser o valor da liquidação a qual se requer anulação ou o valor contestado. A partir do valor da causa, a taxa de arbitragem será a que informar as Tabelas I e II, anexas ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.¹⁴²

No que diz respeito a designação do árbitro Carla Castelo Trindade¹⁴³ denomina de tribunais arbitrais especiais aqueles em que o sujeito passivo escolheu designar o árbitro, já os tribunais arbitrais comuns define como aqueles em que a indicação do ou dos árbitros é feita pelo Conselho Deontológico, entre a lista de profissionais que compõem o CAAD, de maneira aleatória mas sequencial e observando a especialidade indicada pelo profissional.

Os tribunais arbitrais comuns possuem custo bem menor se comparado ao custo dos tribunais arbitrais especiais¹⁴⁴, além disso, o art. 12 do RJAT indica que nos casos em que o sujeito passivo não designa árbitro ele será indicado pelo Conselho Deontológico, e caberá ao requerente, na data do envio do pedido de constituição do tribunal arbitral, apresentar o comprovante de pagamento da taxa de arbitragem inicial, que será de 50% da taxa total.¹⁴⁵ A outra metade será paga na realização da primeira reunião das partes, quando já estará constituída a arbitragem e apresentada a defesa pela autoridade fiscal, nesse momento o tribunal fiscal poderá decidir pela eventual repartição das custas pelas partes.¹⁴⁶

¹⁴¹ Artigo 2º n.º 1 do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária do CAAD.

¹⁴² FERREIRA, Marcos Fernandes. A arbitragem Tributária em Portugal (perspectiva de um advogado). In: ONO, Juliana Mayumi. **Revista de Mediação e Arbitragem**. São Paulo, Thomson Reuters Brasi, 2019, p.273.

¹⁴³ TRINDADE, Carla Castelo. **Regime Jurídico da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2016. P.301.

¹⁴⁴ VILLA-LOBOS, Nuno de. PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Guia da Arbitragem Tributária**. Almedina, 3ªEd, 2017.P.313.

¹⁴⁵ Art. 4º, nº 2, do Regulamento de custas do CAAD: “A taxa de arbitragem inicial corresponde a 50% da taxa de arbitragem resultante da Tabela I anexa ao presente Regulamento e é paga por transferência bancária para a conta do CAAD antes de formulado o pedido de constituição do tribunal arbitral previsto na alínea f) do n.º 2 do artigo 10.º do Regime Jurídico da Arbitragem.”

¹⁴⁶ Art. 4º, nº 3, do Regulamento de custas do CAAD: “O valor correspondente aos 50% remanescentes da taxa de arbitragem é pago pelo sujeito passivo por transferência bancária para a conta do CAAD antes da data fixada pelo tribunal arbitral, na reunião referida no artigo 18.º do Regime Jurídico da Arbitragem, para a emissão da decisão arbitral.”

Nos casos de tribunal composto por árbitro indicado pelas partes, caberá ao sujeito passivo sozinho recolher integralmente a taxa de arbitragem no momento da apresentação do pedido de instauração da arbitragem e não poderá ser reembolsado, caso vença. Essa medida se justifica na preocupação em manter a paridade de armas entre Fisco e sujeito passivo, de forma que evitar pesadas despesas ao erário português.¹⁴⁷

3.2 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA – RESULTADOS OBTIDOS PELO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS COM A IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM

A arbitragem tributária portuguesa já possui cinco anos e no decorrer desses, quase três mil procedimentos deram entrada no CAAD, atingindo com isso cerca de 625 milhões de euros, com a média de julgamentos de quatro meses e vinte dias, tendo como termo inicial a data da constituição do tribunal arbitral¹⁴⁸.

Nuno de Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira¹⁴⁹ defendem que a introdução da arbitragem em matéria tributária no ordenamento jurídico português 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 de litígios que opõe a administração tributária ao sujeito passivo e, finalmente, reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais.”

A alta quantidade de procedimentos arbitrais em matéria tributária ocorreu com cobranças abaixo ou no valor da alçada do tribunal, de sessenta mil euros, o que mostrou o perfil dos contribuintes que recorreram a essa via, que foram justamente aqueles que buscam de fato uma maior efetividade no acesso a justiça. Todavia, ainda existe a preocupação em relação a diminuição dos processos judiciais¹⁵⁰, tendo em

¹⁴⁷ GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos**. 2017, 390 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós- Graduação em Direito, Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_Consltem.html> Acesso em: 28 jun 2020.

¹⁴⁸ Dados contidos na Newsletter do CAAD publicada no site da entidade em setembro de 2016, bem como informações cedidas pelo CAAD (Dra. Tânia Carvalhais) em janeiro de 2017. Vide www.caad.org.pt.

¹⁴⁹ VILLA-LOBOS, Nuno de. PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Guia da Arbitragem Tributária**. Almedina, 3ªEd, 2017. p.17

¹⁵⁰ Dado obtido pelo texto de Vasco Valdez sobre o estado da justiça fiscal em Portugal publicado na Newsletter do CAAD de setembro de 2016. Disponível em: <www.caad.org.pt>. Acesso em: 21 jun 2020.

vista que não houve ainda uma efetiva redução, mas o acesso a justiça foi sem dúvida alguma facilitado.

Segundo Nuno Villa-Lobos¹⁵¹ cresceu a confiabilidade na arbitragem fiscal portuguesa, por se tratar de um sistema especializado e célere, por essa razão o numero de processos entre 2013 e 2017 aumentou consideravelmente, passando em média de 300 para 3600, envolvendo desse modo cerca de oitocentos e quarenta milhões de euros, o que reafirma o sucesso deste instituto.

No que diz respeito as custas do procedimento arbitral fiscal português vale ressaltar o baixo custo ao ser comparada as da justiça estatal, o que provocou um estímulo a esse procedimento, assim como foi possível observar durante o período em que a arbitragem tributaria encontra-se em vigor que há uma baixa adesão a escolha dos árbitros pelas partes, uma vez que é bem mais alto o valor pago quando feita essa escolha¹⁵².

Como aduz Renato Maurício Porto Reis¹⁵³ a Arbitragem Tributária instituída em Portugal diz respeito a uma solução muito importante para reduzir e desafogar de maneira efetiva o número de processos no judiciário português. Mesmo existindo uma resistência natural, o mesmo poderia ocorrer no Brasil, caso o mesmo caminho fosse trilhado.

¹⁵¹ VILLA-Lobos, Nuno; Vieira, Mônica Brito (Org.) **Mais Justiça Administrativa e Fiscal: arbitragem**. Lisboa: Coimbra Editora, 2010. p. 45-59.

¹⁵² PALMA, Clotilde Celorico. **A Experiência Portuguesa Da Arbitragem Tributária**. In: VII Congresso Internacional de Direito Tributário do Paraná, 2014, Curitiba, Slides da palestra. Disponível em: <<http://direitotributariodoparana.com.br/assets/clotilde-celorico-palma>> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo. Atlas, 2005, p.46.

¹⁵³ REIS, Renato Mauricio Porto. **Produção de Prova Técnica na Arbitragem Tributária**. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. P.146

4. IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Os altos custos e a lentidão das discussões tributárias dentro do Poder Judiciário têm incentivado a discussão sobre reformas que proponham outros meios para à solução de litígios visando a simplificação, aceleração e uma maior eficiência aos procedimentos de cobranças administrativas e judiciais. É evidente que a reforma tributária deve envolver não apenas legislação material dos tributos, mas também novos modelos de solução de conflitos tributários capazes de garantir maior satisfatividade e segurança jurídica através da cooperação processual¹⁵⁴.

Estatísticas mostram que o Poder Público no Brasil é um grande litigante, segundo pesquisas¹⁵⁵ realizadas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2011, ficou comprovado que a maior parte dos processos administrados pela Justiça Federal originam do setor público Federal, com 77% do total de processos dos 100 maiores litigantes dessa Justiça, enquanto os bancos representam 19%. Ainda revelaram que os processos em que a Fazenda Nacional é parte equivalem a 15,65% do volume total de processos distribuídos no âmbito da Justiça Federal.

Boaventura de Souza Santos¹⁵⁶ explica a falta de fé da população no sistema judiciário a partir da demora para a tomada de decisões e destaca que os principais problemas da morosidade são: a desconfiança na justiça da decisão e o prolongamento de ansiedades e incertezas nas partes.

Segundo estudo Justiça em Números¹⁵⁷ do CNJ, em 2016 as execuções fiscais representavam 39% de todos os casos judiciais pendentes no Brasil e 75% das execuções pendentes no Judiciário, apresentando taxa de congestionamento de

¹⁵⁴ BOSSA, Gisele Barra. VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de. Arbitragem Tributária e a Reconstrução do Interesse Público. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.p.52.

¹⁵⁵ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça. Os 100 maiores litigantes**. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 15 nov 2019.

¹⁵⁶ Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 26. Disponível em: <http://sociologia.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf>. 10 set 2019.

¹⁵⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 10 set 2019.

91,9% (ou seja, de cada 100 executivos fiscais que tramitava em 2015, apenas 8 foram baixados).

O momento é favorável à arbitragem em matéria tributária não só pela ineficiência do processo tanto tributário, como administrativo ou judicial, mas também pela necessidade de adequação do Brasil ao fornecimento de tratamento adequado aos conflitos, cumprindo também as diretrizes da ação 14 do *Base Erosion and Profit Shifting*¹⁵⁸ (BEPS), relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) produzido a pedido dos participantes do G20, que inclui o Brasil¹⁵⁹.

Ana Mafalda Costa Francisco acredita que a possibilidade de introdução de um regime arbitral no direito tributário sempre foi vista com grande desconfiança e descrédito. Segundo a autora, após grande expansão da arbitragem no Direito Administrativo, o Direito Tributário continua, até o presente momento, fechado às formas extrajudiciais de resolução de conflitos¹⁶⁰. Para ela, a recusa à introdução da arbitragem pode constituir uma “restrição intolerável” ao direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva - direitos e interesses legalmente protegidos aos cidadãos.

Para Bernardo Lima¹⁶¹, a seara tributária apresenta duas características que trazem certa sensibilidade. Em um primeiro momento ha a questão do interesse do Estado, principalmente em relação ao crédito tributário, o que já foi demonstrado não ser um grande problema em razão da leitura da disponibilidade do interesse público; Além disso, justificado em face de uma “norma pseudo-dogmática, a qual consiste em

¹⁵⁸ "Erosão básica e mudança de lucro"

¹⁵⁹ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com a participação dos países do G20, vem trabalhando desde 2013 em um Plano de Ação para evitar, de forma global e coordenada, estruturas societárias e empresariais que resultem no que se convencionou denominar de *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) em operações transnacionais, envolvendo grupo de empresas. O Plano de Ação do BEPS, finalmente publicado em 5 de outubro de 2015, está focado em três objetivos, a serem alcançados principalmente com a alteração da legislação doméstica acerca de tributos sobre a renda, pelos países a ele aderentes, bem como por meio de acordos multilaterais. São eles: “Substância”, “Coerência do sistema tributário internacional” e “Transparência”. **BEPS: Novos Desafios Para A Tributação Internacional**, Maio de 2017. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/eventos-pwc/assets/arquivo/bulletin-beps.pdf>> Acesso em: 10 set 2019.

¹⁶⁰ FRANCISCO, Ana Mafalda Costa. **A Arbitragem Tributária**. Porto, Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto – 2012 - Dissertação apresentada no âmbito do 2o Ciclo de Estudos, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_ARBITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf>. Acesso em: 10 nov 2019.

¹⁶¹ LIMA, Bernardo Silva de. **A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento**. 2009. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009, p. 80.

defender que os conflitos envolvendo receita pública não podem ser solucionados por um julgador ‘descomprometido’, já que é o ‘interesse público’ que se está pondo em risco.”

É notório o espaço que a arbitragem vem conquistando no Brasil, e, nesse cenário, a arbitragem tributária seria uma alternativa para reduzir a morosidade da tutela jurisdicional do Estado.¹⁶² Entretanto, tal alternativa tem encontrado como principal obstáculo para a sua efetivação a possibilidade de disponibilidade da receita tributária.

Antes da Lei 13.129/15 foi muito discutida a possibilidade do Estado participar de procedimentos arbitrais, entretanto, a discussão foi findada com o acréscimo dos parágrafos 1º e 2º ao artigo 1º¹⁶³ e do paragrafo 3º ao artigo 2º¹⁶⁴ da Lei de Arbitragem, que deixou clara a possibilidade da Administração Pública participar de procedimentos arbitrais, se fazendo necessário, contudo, a atenção ao princípio da publicidade dos atos administrativos¹⁶⁵.

Selma Lemes¹⁶⁶, antes mesmo do citado acréscimo, já afirmava que “impedir a fazenda de resolver divergências por arbitragem representaria restrição à autonomia contratual do Estado, como pessoa capaz de contrair obrigações e reter direitos.”

4.1 DESAFIOS INSTITUCIONAIS: NORMA GERAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO E A (IN)DISPONIBILIDADE DA RECEITA TRIBUTÁRIA

Paulo de Barros Carvalho¹⁶⁷ ao tentar definir o vocábulo “tributo” apresenta seis diferentes significados para o mesmo, sendo eles: um tipo de prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo; um sinônimo de uma possível relação jurídica no âmbito tributário; uma quantia em dinheiro; uma norma, relação jurídica ou fato; uma norma jurídica de âmbito tributário ou por fim uma prestação correspondente ao dever jurídico de um sujeito passivo. Nota-se então que assim

¹⁶² Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial. Brasília, Ano III-n.4. 2016 P.129.

¹⁶³ “Artigo 1º. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR)

¹⁶⁴ “Artigo 2º. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” (NR)

¹⁶⁵ Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial. Brasília, Ano III-n.4. 2016. P.130.

¹⁶⁶ LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo. Quartier Latin, 2007, p.319

¹⁶⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. Editora Saraiva, 2005, p. 51.

como há diversas acepções para o referido vocábulo devem haver inúmeras maneiras de solucionar os conflitos relacionados ao mesmo.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular norteia a relação do Estado com os cidadãos ao tratar de Direito Administrativo ou Tributário e Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁸ proclama “a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.

Quando se trata de tributos a disponibilidade da matéria baseia-se no interesse público para criar suas regras e daí se extrai a principal objeção à possibilidade de implantação da arbitragem tributária no Brasil. A matéria tributária é tida como indisponível por ser assunto de interesse público, que diz respeito ao Estado, em sua autonomia e soberania.

Asseguram Andréa Mascitto e Tathiane Piscitelli¹⁶⁹, que apesar da constituição da relação jurídica no âmbito tributário ocorrer por meio de um ato administrativo obrigatório e vinculado, não é possível afirmar que o objeto dessa relação é indisponível, por conta do que afirma o próprio texto constitucional.

O art. 150, § 6º da Constituição Federal do Brasil¹⁷⁰, deixa claro que:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

As autoras acima citadas¹⁷¹ analisam esse artigo e afirmam que é oportunizado, com base nele, a administração pública optar por não exercer sua competência, o que determina conseqüentemente a exclusão de algumas condutas ou fatos da hipótese de incidência tributária. Vale ressaltar que essa exclusão depende de previsão em lei própria e fundamentada, assim como obedecer aos possíveis impactos no orçamento público.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 50.

¹⁶⁹ MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane. **Desafios e Limites da Arbitragem Tributária no Direito Brasileiro**. CAAD – Arbitragem Tributária. Lisboa, 2018, p. 6 – 11.

¹⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set 2019

¹⁷¹ MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane. **Desafios e Limites da Arbitragem Tributária no Direito Brasileiro**. CAAD – Arbitragem Tributária. Lisboa, 2018, p. 6 – 11.

Os artigos 3º e 142 do Código Tributário Nacional definem que tributo deve ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, com isso, é reforçado o argumento daqueles¹⁷² que acreditam na indisponibilidade do crédito tributário e, derivada desta, a impossibilidade de resolver litígios tributários por meio da arbitragem¹⁷³.

Todavia, o próprio Código Tributário Nacional rejeita tal teoria. O artigo 151 prevê a possibilidade da existência de parcelamento e o artigo 156 traz a extinção do crédito tributário pela transação e remissão. O artigo 171 por sua vez permite a ocorrência de transação ao definir que: “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção do crédito tributário.” No artigo 180 há ainda a previsão da anistia¹⁷⁴.

Os referentes dispositivos junto a recorrência de programas de parcelamento fiscal em âmbito federal, estadual e municipal¹⁷⁵, que promovem significativas diminuições de multa e juros, demonstram plenamente a possibilidade do poder público dispor do crédito tributário.

O autor Bandeira de Mello ainda ressalta que:

A indisponibilidade do interesse público significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público- não se encontram livres à disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. Ao próprio órgão administrativo que os representa, não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incube apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis.

Portanto, ainda que não seja viável ao poder público renunciar, pro exemplo, as obrigações tributárias pendente de pagamento, visto que tais quantias não lhe pertencem mas sim a toda a sociedade, é totalmente possível cobra-las e achar a

¹⁷² MACHADO, Hugo de Brito. Transação e Arbitragem no âmbito tributário. In: **Revista Fórum de Direito Tributário**. p.69.

¹⁷³ Maiores aprofundamentos técnicos sobre a temática da suposta indisponibilidade do crédito tributário em VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de; VASCONCELLOS, Roberto França de. Arbitragem: Questões Controvertidas no Brasil e a Experiência Portuguesa. In: **Medidas de Redução do Contencioso Tributário e o CPC/2015**. São Paulo: Almedina, 2017. P.349-375.

¹⁷⁴ BOSSA, Gisele Barra. VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de. Arbitragem Tributária e a Reconstrução do Interesse Público. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 57

¹⁷⁵ Somente em âmbito federal, podemos facilmente citar: REFIS (Lei 9.964/2000), PAES (Lei 10.684/2003), PAEX (MP 303/2006), REFIS da crise (Lei 11.941/2009 e reabertura pela Lei 12.865/2013), REFIS da Copa (Lei 13.043/2014), PRORELIT (MP 685/2015, controvertida na lei 13.202/2015) e o recente PRT (MP 766/2017).

melhor maneira de as satisfazer, sendo em juízo, administrativamente, ou por arbitragem.

De acordo com Heleno Torres¹⁷⁶ levando em consideração os critérios de interesse público coletivo e os limites da lei, a natureza do crédito tributário admite que o mesmo seja disponível à administração pública:

[...] no campo da aplicação, nada impede que a lei possa qualificar, dentro de limites e no atendimento do interesse coletivo, os melhores critérios para constituição, modificação ou extinção do crédito tributário, inclusive os meios de resolução de conflitos, vinculativamente e com espaço para discricionariedade, no que couber, visando a atender a economicidade, celeridade e eficiência da administração tributária.

A disponibilidade da qual a Lei de Arbitragem se dirige para que a matéria possa ser discutida não é totalmente estranha ao direito tributário visto que não diz respeito à possibilidade de dispor o direito mas sim sobre como alcanças as pretensões de tal direito, como disciplina Adilson Dallari¹⁷⁷:

[...] ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão 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, 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 concreta da justiça.

O fisco não estaria abrindo mão dos valores devidos, optando pela arbitragem, mas sim escolhendo discutir sobre sua existência, valores e modo de pagamento diante de um árbitro no lugar de um juiz. Com isso o interesse público não estaria sendo violado, estaria em vez disso sendo atendido de maneira mais célere e eficaz.

A Ex-Ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a possibilidade de transação quando a discussão em litígio envolve o Estado, atenuou o uso do princípio da indisponibilidade em detrimento do interesse público primário, conforme ementa, verbis:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público, são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado,

¹⁷⁶ TORRES, Heleno Taveira. **“Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes – simplificação e eficiência administrativa”**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, Nº. 86, 2002, p. 40-64.

¹⁷⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem na Concepção de Serviço Público**. Revista Jurídica de Osasco. Osasco: Prefeitura Municipal, Secretaria de Assuntos Jurídicos, 1996, v.3, p. 37-42.

mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse¹⁷⁸.

Neste sentido, Luis Eduardo Schoueri¹⁷⁹ compreende que no que diz respeito ao dogma da indisponibilidade do crédito tributário o mesmo também está submetido à lei. Como já existe permissão legal para a remissão do crédito, não há razões para que a arbitragem seja afastada do âmbito tributário.

Pode-se concluir então que indisponível é a cobrança do crédito, não o crédito em si, podendo ser considerada legítima arbitragem tributária, desde que seja dada a atenção necessária aos princípios da Administração Pública. Nesse sentido Priscila Faricelli¹⁸⁰ pontua que:

O que se entende por requisito essencial, de fato, é a plena vinculação das hipóteses de renúncia/disposição ao crédito a criteriosos requisitos e critérios legais. Não faria sentido a letra da lei permitir que o Estado renuncie ao recebimento do crédito tributário em determinadas situações e, em contrapartida, delinear o crédito fiscal como indisponível, ainda que nos termos da lei.

Além disso, a cláusula compromissória ou compromisso arbitral definirá apenas que o problema será decidido por árbitros e não pelo Poder Judiciário, entretanto, nenhuma das partes irá dispor do seu direito e a decisão arbitral vinculará as partes da mesma maneira que decisão judicial¹⁸¹.

4.1.1 Arbitragem e transação tributária

Como ressaltam Liam Murphy e Thomas Nagel¹⁸² “não existe Estado sem a existência de tributos, a receita tributária é essencial para a existência do Estado como conhecemos e, com isso, assegurar a manutenção das instituições que garantem

¹⁷⁸ STF, RE 253.885-0/MG, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 04.06.2004, DJU 21.06.2002. Disponível em: <<https://goo.gl/UgHgZ3>>. Acesso em: 03 jun 2020.

¹⁷⁹ SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 579.

¹⁸⁰ MENDONÇA, Priscilla Faricelli. **A arbitragem em matéria tributária e o sistema normativo brasileiro. Medidas de redução de contenciosos tributário e o CPC/2015**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 377.

¹⁸¹ Priscila Faricelli de Mendonça esclarece: “Não há, na submissão da solução de conflito por arbitragem, entrega ou renúncia a qualquer direito, mas apenas e tão somente, como define Carmona, submissão do litígio à solução alternativa àquela provida pelo processo estatal. Desse modo, sob a perspectiva do agente público, não parece relevante ser ou não renunciável o crédito tributário para fins de viabilidade da solução arbitral da controvérsia tributária. De fato, o caráter pecuniário do crédito tributário é suficiente à sua admissibilidade objetiva para fins de solução arbitral, na medida em que ao se optar pela solução arbitral não há renúncia ou disposição de direitos” (MENDONÇA, Priscilla Faricelli, op.cit., p.339-340).

¹⁸² MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. **The myth of ownership: taxes and justice**. OUP: New York, 2002.

direitos aos cidadãos”. Com isso, os valores do sistema tributário devem ter ligação ao modelo de Estado, e como a Constituição Federal de 88 traz um Estado Social e Democrático de Direito, as normas tributárias devem acompanhar os valores deste.

De acordo com Tathiane Piscitelli¹⁸³ a adoção efetiva de mecanismos alternativos de resolução de conflitos tributários geraria além de uma maior celeridade, um acesso à justiça através de medidas justas de arrecadação, que podem resultar na redução da desigualdade através da maneira certa de utilizar recursos em ações que busquem tal fim. Tais métodos ampliam as possibilidades de acesso à solução de conflitos, sem prejudicar a observação das garantias constitucionais.

Os métodos alternativos devem abranger todos os meios que substituem as resoluções administrativas unilaterais por soluções pactuadas, com a intenção de prevenir ou encerrar litígios que decorrem do choque entre o interesse público e o privado¹⁸⁴.

A transação tributária possui três requisitos: o litígio, as partes e o acordo. Nesta, o fisco renuncia de um direito para entrar em um acordo com o contribuinte, por isso é considerado um método autocompositivo, uma das principais diferenças em relação a arbitragem é que esta última se trata de um método heterocompositivo visto que há um terceiro imparcial envolvido.

Ao dispor acerca da transação, Carlos Yuri Araujo de Moraes¹⁸⁵ afirma que é característica da mesma a total disponibilidade de direito das partes sobre o objeto do conflito. Com isso, as mesmas podem resolver o litígio sem a ajuda de um terceiro, deixando de lado as suas prerrogativas legais para alcançar um resultado que satisfaça ambas as partes.

¹⁸³ PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no Direito Tributário: uma demanda do estado democrático de direito. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.126

¹⁸⁴ GARCIA NOVOA, Cesar. **Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributárias. Su introducción en el derecho español**. Revista Técnica Tributária, n.59. Madrid: Aedaf, out.-dez. 2002, p.71-98.

¹⁸⁵ MORAIS, Carlos Yuri Araujo de. **Transação e Arbitragem em Matéria Tributária: A experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. RTrib 79/109. Março. 2008. P.733.

Ao tratar dos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional (CTN)¹⁸⁶ Aliomar Baleeiro¹⁸⁷ ressalta que

O legislador reconhece o império das normas de Direito Civil e Comercial quanto à definição, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e normas consagradas nos campos desses dois ramos jurídicos opulentos por 20 séculos de lenta estratificação. A prescrição, a quitação etc. conservam no Direito Financeiro, quando neste não houver norma expressa em contrário, a mesma conceituação clássica do Direito Comum. O mesmo ocorre em relação aos contratos de e às obrigações em geral. Mas o Direito Tributário, reconhecendo tais conceitos e formas, pode atribuir-lhes expressamente efeitos diversos do ponto de vista Tributário.

A transação, assim como a arbitragem tributária, foi muito questionada no que diz respeito a suposta agressão à indisponibilidade dos bens públicos, como foi aludido por Carlos Yuri Araujo de Moraes¹⁸⁸ ao afirmar que “o maior obstáculo para implementar a transação é o choque entre a indisponibilidade do tributo e disponibilidade sobre o objeto que as partes necessitam ter para transacionar.”

Fabio Brun Goldschmidt¹⁸⁹ ressalta que o contraste que aparece no que diz respeito ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário não pode perseverar. A positivação no Código Tributário Nacional do instituto da transação deixa claro que no que diz respeito a este ponto, o citado princípio não deve se manter visto que a disponibilidade é da própria ontologia do instituto. O oposto estaria considerando inútil o artigo 171 do CTN, o que não é aceitável, visto que deve se basear no pressuposto da não-contradição¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

¹⁸⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p.443.

¹⁸⁸ MORAIS, Carlos Yuri Araujo de. **Transação e Arbitragem em Matéria Tributária: A experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. RTrib 79/109. Março. 2008. P.737.

¹⁸⁹ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Arbitragem e Transação Tributária – Verificação de Compatibilidade**. In: Revista Dialética de Direito Tributário, ed.48. p.56.

¹⁹⁰ Paulo de Barros Carvalho defende que caso existam contradições no direito positivo, na Ciência do direito as mesmas não podem se firmar: “Toda ciência requer a observância da lei lógica da não contradição, de modo que a permanência de dois enunciados contraditórios – A é B e A é não-B – destrói a consistência interior do conjunto, esfacelando o sistema. Logo, no plano científico não devemos encontrar contradição entre as múltiplas proposições descritivas, a despeito de tais enunciados relatarem normas jurídicas algumas vezes antagônicas. O sistema da Ciência do Direito é isento de tais contradições.”

Fabio Goldschmidt¹⁹¹ ainda aduz que

a transação não é instituto que enxertado no Código décadas depois de sua elaboração; é sim, disposição originária do CTN, que veio à luz juntamente com todos os outros dispositivos que nele se inserem, e com um propósito específico. Se o legislador originário o admitiu é porque pretendeu excepcionar o princípio da indisponibilidade. Parece ser um pouco forte pretender simplesmente ignorá-lo, como um filho espúrio, com base em dispositivos que se positivaram juntamente com ele, e que ostentam a mesma hierarquia. Aliás, admitir esta interpretação importaria admitirmos, para mantermos coerência de raciocínio, a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

Em 2009 passaram a tramitar no Congresso dois projetos de lei que não tratavam expressamente da arbitragem mas previam métodos alternativos de solução de litígios tributários, como a transação e a conciliação, são eles o Projeto de Lei nº 5.082/2009 e o Projeto de Lei Complementar nº 469/2009.

No dia 14 de abril de 2020 foi sancionada a Lei 13.998 que regula a transação tributária em âmbito federal, estabelecendo as condições para que esta ocorra. Vale lembrar que a transação tributária já estava prevista no Código Tributário Nacional nos artigos 156, inciso III e 171, como causa de extinção de crédito tributário¹⁹².

4.2 CONTROLE DE LEGALIDADE

Assumindo que litígios tributários tratam de direitos patrimoniais disponíveis há ainda a discursão sobre o controle de legalidade quando se trata de arbitragem tributária. Alguns juristas como Ada Pellegrini Grinover defendem que a arbitragem de matéria tributária já poderia ocorrer no Brasil por meio da equiparação de sentença arbitral à sentença judicial, como prescrito no artigo 31¹⁹³ da Lei de Arbitragem junto com o artigo 515¹⁹⁴, inciso VII, do Código de Processo Civil e o

¹⁹¹ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Arbitragem e Transação Tributária – Verificação de Compatibilidade**. In: Revista Dialética de Direito Tributário, ed.48. p.57

¹⁹² A transação já vem prevista como uma das hipóteses de extinção do crédito tributário no artigo 156, III, do Código Tributário Nacional, a qual, nos termos do artigo 171 do mesmo diploma, depende de regulamentação legal e poderá ser feita para “determinação de litígio e conseqüente extinção do crédito tributário” (a doutrina entende que o termo “determinação”, constante do referido artigo 171, quer em verdade dizer “terminação”. Ou seja, pela sistemática do CTN, a transação somente poderia se dar nas hipóteses em que já constituído crédito tributário, não sendo viável, portanto, em caráter preventivo).

¹⁹³ Artigo 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁹⁴ Artigo 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

VII - a sentença arbitral;

artigo 156¹⁹⁵, inciso X do Código Tributário Nacional, defendendo que a decisão judicial transitada em julgado pode sim extinguir o crédito tributário. Entretanto não são todos que pensam desta maneira, não considerando tais disposições como suficientes.

A Constituição Federal Brasileira é expressa ao prever o princípio da legalidade no seu art.5º, inciso II, afirmando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não só nesse artigo, mas faz questão de reafirmá-la no art.37, no âmbito das atividades exercidas pela administração pública ao afirmar que:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...”

O jurista Luis Eduardo Schoueri¹⁹⁶ defende que a administração ao optar pela arbitragem precisa dar atenção ao controle de legalidade, cabendo ao legislador ditar as situações em que esta seria cabível. Questões como “valor da causa, complexidade da questão, ineditismo do tema ou jurisprudência vacilante poderiam ser critérios para que a decisão da administração se desse motivadamente”.

Heleno de Torres¹⁹⁷, ao tratar da arbitragem, assim como da transação tributária, ressalta que em nenhuma destas, visto que dependem da expressão de vontade das partes, a legalidade perderia seu lugar. Defende que “tudo em conformidade com a lei, caberia criar condições para alcançar uma posição de justiça sobre os elementos concretos da situação conflitiva, para a constituição ou extinção do crédito tributário sem demoras ou excessos de procedimentos.”

O sistema tributário brasileiro é composto por normas de diversas hierarquias, sendo deixada para a Lei Complementar a função de estabelecer normas gerais de matéria tributária¹⁹⁸, que são desenvolvidas por Leis Ordinárias, estas, por sua vez,

¹⁹⁵ Artigo 156. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

X - a decisão judicial passada em julgado.

¹⁹⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 579.

¹⁹⁷ TORRES, Heleno Taveire. Conciliação, Transação e Arbitragem em Matéria Tributária. In: **Medidas de redução de contencioso tributário e o CPC/15: contributos práticos para Ressignificar o Processo Administrativo e Judicial Tributário**. São Paulo: Almedina, 2017. P.321

¹⁹⁸ Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

podem delegar a respectiva regulamentação a normas infralegais. Fica evidente então, que as obrigações tributárias, assim como sua extinção dependem de Lei Complementar conforme define o artigo 146, inciso III, alínea b, junto aos artigos 5º, inciso II e artigo 150, inciso I¹⁹⁹, todos da Constituição vigente.

Marcelo Escobar²⁰⁰ defende que apesar de ser possível a arbitragem tributária, as previsões se limitam no que tange os prováveis âmbitos de sua aplicação. A utilização dessa modalidade possui relação com a edição de um diploma legal, com status complementar, que possibilite a discussão das controvérsias tributárias através da adequação do procedimento arbitral aos regulamentos do Código Tributário Nacional.

Sob essa ótica da estrita legalidade que rege o direito tributário brasileiro Andréa Mascitto e Tathiane Piscitelli²⁰¹ chamam a atenção para a necessidade de se observar esse ponto também na arbitragem tributária, visto que em todas as possibilidades em que o valor objeto da relação jurídica tributária é disponível exige-se a previsão legal que determine as condições.

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.
d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
I - será opcional para o contribuinte; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

¹⁹⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

²⁰⁰ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. Arbitragem Tributária no Brasil. São Paulo: Almedina, 2017. P.223

²⁰¹ MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane. **Desafios e Limites da Arbitragem Tributária no Direito Brasileiro**. CAAD – Arbitragem Tributária. Lisboa, 2018, p. 8.

Priscila Fariceli²⁰² afirma que a necessidade de expressa previsão legal dos limites e condições para tratar da arbitragem tributária serviria para sanar dúvidas sobre questões de legalidade, interpretação e aplicação da legislação tributária.

Nesse contexto Heleno Torres²⁰³, ao fazer um estudo do instituto da transação e da arbitragem tributária, assegura que a legalidade não seria deixada de lado em nenhuma das hipóteses que necessitam de manifestação de vontade das partes, isso porque o referido autor afirma também que:

“tudo em conformidade com a lei, caberia criar condições para alcançar uma posição de justiça sobre os elementos concretos da situação conflitiva, para a constituição ou extinção do crédito tributário sem demoras ou excessos de procedimentos”

Conclui-se portanto que para atender a legalidade exigida expressamente pela Constituição Federal de 88 é necessário a criação de uma lei ordinária que regule a arbitragem em matéria fiscal, seguindo as ressalvas que forem necessárias quanto ao limite que pode ser discutido por esse instituto, com o objetivo de produzir efetividade e celeridade na resolução das demandas tributárias, que atualmente assoberbam o sistema jurídico brasileiro.

4.3 PROJETO DE LEI 4.257 DE 2019 E O CAMINHO A SER PERCORRIDO

De acordo com Geraldo Ataliba²⁰⁴, caso todos os litígios fossem direcionados ao judiciário o mesmo viria a afundar por conta da grande quantidade de questões para decidir e as soluções levariam muito tempo para aparecer, portanto, em quase todo o mundo, surgem mecanismos e sistemas visando a redução de litígios ingressados no Poder Judiciário.

Em 06 de agosto de 2019 surge o Projeto de Lei 4.257 do senador Antonio Augusto Junho Anastacia²⁰⁵, que é uma modificação da Lei de Execuções Fiscais²⁰⁶ instituindo a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária no Brasil em casos

²⁰² V. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributária**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. P. 116-117.

²⁰³ TORRES, Heleno Taveira. “**Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes – simplificação e eficiência administrativa**”. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, No. 86, 2002, p. 40-64.

²⁰⁴ ATALIBA, Geraldo. **Recurso em Matéria Tributária**. Brasília: Revista de informação legislativa, v.25, n. 97, 1988. P.123.

²⁰⁵ PSDB-MG

²⁰⁶ Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.

de débitos inscritos em dívida ativa, objeto execução fiscal e ação consignatória e anulatória de débito fiscal. Como é explanado na “Justificação” do próprio projeto²⁰⁷:

A recuperação do crédito público passou a ser o grande desafio para os governos de todos os níveis da federação. O enorme desequilíbrio das contas públicas da maioria dos entes federados torna urgente a necessidade de que sejam pensadas soluções que desburocratizem os procedimentos atualmente previstos na legislação para a cobrança da dívida ativa, tornando-a mais efetiva.

Como já acontece em arbitragens que envolvem a Administração Pública, na arbitragem tributária o processo também aconteceria em Câmaras Arbitrais que já existem e possuem experiência, competência e idoneidade reconhecida na administração de processos arbitrais.

Não foi imposto nenhuma delimitação em relação a valores ou matérias que podem ser arbitráveis, entretanto, em relação aos custos da arbitragem tributária, o Projeto define que “As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado e não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios”²⁰⁸. Os referidos honorários seriam então limitados à metade do que seria definido em processo judicial, baseando-se no artigo 85 do Código de Processo Civil.

Já estando assegurado o direito tributário através de depósito, fiança ou seguro, o contribuinte estaria apto a escolher pelo juízo arbitral no lugar do judicial, com isso, o Fisco, caso saia vencedor, receberia imediatamente o valor devido, caso contrário ficaria responsável pelos honorários advocatícios definidos e teria que ressarcir as despesas conforme previsto na lei.

O Projeto de Lei também define que qualquer uma das partes pode buscar no Poder Judiciário competente a declaração de nulidade nos casos em que a sentença arbitral vá de encontro a enunciado de “súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido

²⁰⁷ Projeto de Lei nº. 4.257/2019, autoria do Senador Antonio Anastacia. Justificativa. p. 8. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jun 2020.

²⁰⁸ Projeto de Lei nº. 4.257/2019, autoria do Senador Antonio Anastacia. Justificativa. p. 8. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jun 2020.

em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral²⁰⁹.

Fica definido que o questionamento acerca da dívida tributária precisa já estar no Judiciário para que a arbitragem seja utilizada, ocorrendo a execução da decisão arbitral através da via judicial.

O projeto, apesar de muito bem recebido por alguns, vem sofrendo algumas críticas no meio jurídico, como por exemplo pela equiparação que faz da arbitragem tributária com a arbitragem definida na Lei de Arbitragem, visto que tal fato pode gerar confusão entre os institutos e com isso surgir dificuldades para a atuação da arbitragem tributária no país.

A arbitragem tributária precisa seguir outras diretrizes que não estão previstas na Lei 9.307/96, nesta, por exemplo, em regra há a obrigação de confidencialidade, o que vai de encontro ao definido no artigo 16-C do projeto que impõe a publicidade. Ademais, a caso a mesma chegue sem uma alteração no Código Tributário Nacional, através de lei complementar, podem surgir questionamentos, além de gerar desconfiança acerca da sua utilização pelos contribuintes e até mesmo pelo Fisco, o que seria resolvido através de uma previsão expressa definindo que a sentença arbitral pode extinguir a relação jurídica tributária. Apesar desse último ponto não ser tão essencial pelo fato de já haver definições na lei e em jurisprudências de que a sentença arbitral tem o mesmo valor de sentença judicial, uma alteração no CTN geraria maior segurança jurídica.

Outro fato que gera preocupação aos defensores da arbitragem tributária no Brasil é a dificuldade de instituição da execução fiscal administrativa. Em 2009, o Projeto de Lei Complementar nº 469 mostrou a dificuldade da tramitação conjunta destes temas. Entretanto, existe o desejo político para a instituição da arbitragem tributária no país.

O projeto de lei define que “nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por

²⁰⁹ Projeto de Lei nº. 4.257/2019, autoria do Senador Antonio Anastacia. Justificativa. p. 8. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jun 2020.

ano”²¹⁰. Em Portugal, é instituído o período de dois anos, e ainda é considerado insuficiente. Jorge de Souza²¹¹ defende que é necessário um período de pelo menos cinco anos pois “a possibilidade de intervir como árbitro quem há mais de dois anos teve relações de trabalho ou prestação de serviço com sujeitos passivos, causa alguma perplexidade”.

4.4 POSSÍVEL MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

A utilização da arbitragem no Brasil é cada vez mais comum, em 2018 o país foi o 3º no mundo com mais partes envolvidas em arbitragens, de acordo com dados da International Chamber of Commerce²¹² (ICC), estando atrás apenas dos Estados Unidos e França²¹³. Há anos o Brasil está presente no top 5 da arbitragem mundial.

Desde 2014, o Brasil combate grave crise econômica que reflete diretamente nos cofres públicos. A solução que vem sendo trazida pelos governos tem sido sempre o aumento da tributação em determinados setores, sem uma análise sobre o processo tributário em si como uma maneira mais eficiente de arrecadar os tributos.²¹⁴

Portugal possui um regime de arbitragem tributária de sucesso, conhecido pela sua rapidez e eficiência. Já em 2017, o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) possuía prazo médio de 5 meses para finalizar o litígio.²¹⁵ O modelo português, em abstrato, deve ser utilizado como inspiração na criação do regime brasileiro.

²¹⁰ Projeto de Lei nº. 4.257/2019, autoria do Senador Antonio Anastacia. Justificativa. p. 8. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jun 2020

²¹¹ SOUZA, Jorge Lopes de. Algumas Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In.: FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. **A Arbitragem Administrativa e Tributária: Problemas e Desafos**. Coimbra: Almedina, 2012. P.128.

²¹² Câmara de Comércio Internacional (CCI)

²¹³ Disponível em: <<https://www.icc-portugal.com/Noticias/estatisticas-da-arbitragem-da-cci-revelam-novos-records-em-2018>>. Acesso em: 20 jun 2020.

²¹⁴ PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no direito tributário: uma demanda do estado democrático de direito. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.134.

²¹⁵ Disponível em: <<https://www.caad.org.pt/noticias/arbitragem-tributaria-bate-novo-recorde-em-2017>>. Acesso em: 21 jun. 2020

O sistema tributário brasileiro é muito complexo, as contas públicas estão desequilibradas e a sociedade já suporta uma enorme carga tributária. A utilização da arbitragem nesta área do direito descongestionaria os litígios e geraria mais receita aos cofres públicos.

É necessária uma alternativa ao judiciário, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) o custo médio total de uma execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) junto à Justiça Federal é de R\$ 5,6 mil. Além disso, possui em média quase 10 anos de tramitação e a chance de recuperação integral do crédito pelo Fisco é de 25,8%.²¹⁶

Priscila Farinelli de Mendonça²¹⁷ ressalta que

O atual contingente de demandas judiciais tributárias aguardando julgamento, aliado às importantes contribuições que a arbitragem tributária poderá trazer à adequada solução de conflitos fiscais, clama por um novo modelo, mormente se considerado que questões fáticas seriam julgadas com maior celeridade, tecnicidade e imparcialidade caso adotado o modelo de arbitragem tributária.

Esse modelo, no entanto, deve restringir-se ao debate sobre questões fáticas, na medida em que o exame de legalidade e constitucionalidade de normas fica restrito aos tribunais judiciais superiores. Ademais, a ampliação de viabilidade de exame de constitucionalidade de normas tributárias esbarraria na necessária tributação isonômica, o que é veementemente rechaçado pelo sistema constitucional.

O direito tributário trata de direito público que rege a maneira como o Estado é financiado para promover as suas funções. Com isso, o legislador constituinte brasileiro escolheu colar diretivas do sistema tributário na Constituição Federal, que possui mais de 25 artigos nesse sentido²¹⁸. O debate acerca da indisponibilidade do crédito tributário apesar de saudável deve ser totalmente superado visto que a partir de experiências estrangeiras fica evidente que a utilização de mecanismos alternativos de solução de litígios em matéria tributária é essencial para a diminuição da litigiosidade.

Carlos Yuri Araujo de Moraes ainda ressalta que

²¹⁶

Disponível

em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf>

Acesso em: 25 jun. 2020.

²¹⁷ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Seria a arbitragem tributária uma alternativa para “desafogar” o judiciário? In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.172

²¹⁸ MASCITTO, Andréa. Requisitos Institucionais para a arbitragem entre fisco e contribuintes no Brasil: Necessidade de Norma Geral. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.79.

A indisponibilidade do tributo, um reflexo do princípio da legalidade, não é agredida por ditos mecanismos, pois em nenhum caso se versará sobre o núcleo da obrigação instituída por lei; ao contrário, os mecanismos alternativos só podem ser aplicados sobre matéria de fato, sobre a ocorrência ou não dos fatos geradores, o que deve ser demonstrado através de provas concretas.

A formação do tribunal arbitral é uma questão essencial para o desenvolvimento da arbitragem tributária, que diz respeito a análise da atuação imparcial e independente dos profissionais indicados como árbitros, portanto é essencial definir algumas normas de impedimento.²¹⁹

O árbitro deve possuir conhecimento técnico acerca da matéria que fora adquirido por meio da prática profissional, como defende Marcelo Escobar “entendemos que a tecnicidade seja não apenas o diferencial teórico da arbitragem, mas que as decisões que não a estamparem minarão a aplicação do instituto.” Pode ser que o árbitro possua expertise em apenas alguns tributos, o que elevaria o nível de especialização técnica essencial para a legitimação da decisão arbitral.²²⁰

Outros fatores essenciais ao árbitro são uma atuação independente e principalmente imparcial. Já existe no Brasil uma atuação conjunta de associações de arbitragem, instituições e profissionais da área que figuram como árbitros no país ou no exterior e vem fazendo a arbitragem brasileira ser cada vez mais valorizada²²¹.

Apesar de alguns autores defenderem que a arbitragem tributária já poderia ser praticada no Brasil a partir do conjunto de normas em vigor hoje, a estrita legalidade e a formalidade do sistema tributário nacional somados a diversas dúvidas e incertezas em relação ao tema, deixam claro a necessidade de alterações legislativas²²².

²¹⁹ GIANNETTI, Leonardo Varella. A composição do tribunal arbitral tributário: quem pode figurar como árbitro? In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. P.103.

²²⁰ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem Tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 242.

²²¹ Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/quem-pode-figurar-como-arbitro-na-arbitragem-tributaria-29082019#sdfootnote2anc>> Acesso em: 20 jun 2020.

²²² MASCITTO, Andréa. Requisitos Institucionais para a arbitragem entre fisco e contribuintes no Brasil: Necessidade de Norma Geral. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.85

Heleno Torres²²³ defende que a legalidade deve estar próxima a todo o procedimento, diminuindo a área de discricionariedade e assegurando a segurança jurídica. O autor acredita que é necessário ao procedimento arbitral

- a) previsão em lei a definir a arbitragem como medida de extinção de obrigações tributárias e indicar seus pressupostos gerais, limites e condições;
- b) edição de lei ordinária pelas pessoas de direito público interno para regular, no âmbito formal, o procedimento de escolha dos árbitros, bem como a composição do tribunal arbitral, a tramitação de atos e bem assim os efeitos da decisão e do laudo arbitral, além de outros (art. 37 da C); e c) que ofereça, em termos materiais, os contornos dos conflitos que poderiam ser levados ao conhecimento e decisão do tribunal arbitral (art.150 CF)

Acerca da matéria a ser objeto da arbitragem tributária é necessário certo cuidado na sua regulamentação legislativa para que o resultado de determinada arbitragem não chegue ao fim por conta de uma tributação diferenciada exclusivamente para a parte que a utilizar, alterando conseqüentemente a livre concorrência e desequilibrando a tributação de determinado setor ou atividade. Por conta dos princípios da legalidade e da isonomia tributária, algo deve incidir na mesma proporção sobre todos aqueles que estiveram na mesma situação jurídica.²²⁴

Andréa Mascitto²²⁵ defende que

para que a arbitragem tributária seja bem sucedida no Brasil é desejável observarmos, ao lado do suporte normativo, uma convergência de interesses institucionais tal como o que observamos em Portugal entre Procuradoria Geral da República, Poder Judiciário, Centro de Arbitragem Administrativa (“CAAD”), que é o órgão responsável pelo processamento das arbitragens tributárias, e respectivos árbitros, bem como advocacia, enquanto representante dos interesses dos contribuintes. Isso de fato contribui para o sucesso do modelo lá adotado.

As características do direito tributário brasileiro são importantes e devem ser levadas em conta no momento de criação do modelo de arbitragem tributária mas também é essencial que estas sejam acomodadas junto as experiências da arbitragem tradicional desenvolvidas no Brasil e no exterior.²²⁶

²²³ TORRES, Heleno Taveire. Conciliação, Transação e Arbitragem em Matéria Tributária. In: **Medidas de redução de contencioso tributário e o CPC/15: contributos práticos para Ressignificar o Porcesso Adminsitrativo e Judicial Tributário**. São Paulo: Almedina, 2017. P.323.

²²⁴ NOLASCO, Rita dias. LIMA, Osvaldo Antonio de. Arbitragem Tributária: A experiência portuguesa e os desafios para a sua implementação no Brasil. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.122

²²⁵ MASCITTO, Andréa. Requisitos Institucionais para a arbitragem entre fisco e contribuintes no Brasil: Necessidade de Norma Geral. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.85

²²⁶ GIANNETTI, Leonardo Varella. A composição do tribunal arbitral tributário: quem pode figurar como árbitro? In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem**

CONCLUSÃO

Após uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial fica clara a possibilidade da implementação da arbitragem tributária no Brasil. Já é permitido há alguns anos a solução de conflitos através da arbitragem envolvendo entes públicos, entretanto, alguns ainda questionam a possibilidade da arbitragem tributária no país por questionar a respeito da disponibilidade dos créditos tributários.

A efetividade na arrecadação de receita pública é um problema que afeta diversos setores do país, o Brasil possui um judiciário que não dá conta de julgar, em tempo hábil e maneira efetiva, todos os seus litígios, com isso, métodos alternativos de solução de conflitos vem sendo cada vez mais utilizados. A arbitragem é um deles, através desta as partes concedem a um terceiro imparcial, o árbitro, o poder para solucionar seu conflito.

A arbitragem é um instituto bem antigo, mas só foi regularizado no Brasil em 1996, com a Lei 9.307/96, e, mesmo depois, ainda haviam questionamentos acerca da sua constitucionalidade. Somente em 2001, após uma decisão do Supremo Tribunal Federal que foi decidida a constitucionalidade da mesma.

A arbitragem pode ser utilizada para resolver conflitos já existentes ou as partes podem deixar definido que a arbitragem será o método utilizado para solucionar futuros litígios. A escolha pela arbitragem é das partes, que caso não queiram utilizá-la terão o judiciário para buscar uma decisão, o referido instituto permite uma maior autonomia entre as partes para solucionar os seus problemas.

Em 2015 a Lei de Arbitragem foi alterada por meio da Lei 13.129/15, está deixou inquestionável a sua constitucionalidade e aumentou o campo de aplicação, autorizando o uso pela Administração Pública.

Portugal é uma grande referência jurídica e utiliza há muitos anos a arbitragem em matéria tributária. Assim como ocorre no Brasil, em Portugal, a questão da (in)disponibilidade do crédito tributário também foi muito debatida até ser superada.

A própria constituição portuguesa regula a arbitragem e a utilização da mesma em matéria tributária desde de 2011 se dá em parte ao sucesso do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que foi criado para solucionar conflitos relacionados a contratos de relações jurídicas e emprego público, em 2009. Com a

regulamentação da arbitragem em matéria tributária houve uma reformulação na estrutura do Centro.

O árbitro tributário português deve ter no mínimo 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário. A escolha do árbitro pode acontecer através das partes, ou estas podem passar essa decisão para o Centro, podendo a arbitragem ser ad hoc ou institucional, sendo muito mais econômico para as partes deixar o CAAD decidir.

Na arbitragem institucional há o conhecimento prévio das regras do processo arbitral, existe um controle em relação as etapas, uma transparência no funcionamento do centro e na elaboração e publicidade da lista de árbitros, estes devem cumprir os requisitos deontológicos. O Conselho deontológico faz parte do CAAD e assegura a transparência e neutralidade do Centro, o Código Deontológico regula os parâmetros de conduta dos árbitros através de um conjunto de impedimentos e deveres.

Ao tratar da arbitragem tributária portuguesa é vedada a decisão arbitral que possua como base a equidade, costumes, princípios ou análise moral dos fatos, devendo basear-se em fundamentos legais. É permitido que sejam cumulados pedidos mesmo que tratem de diferentes atos tributários.

O valor da causa é determinado com base do Código de Procedimento e Processo Tributário, a partir deste, se tem a taxa de arbitragem, que é a informada nas Tabelas I e II anexadas ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

Em relação ao Brasil, estatísticas mostram que o Poder Público é um grande litigante, e já é claro que a reforma tributária não deve alterar apenas a legislação material dos tributos, mas trazer também novos modelos de solução de conflitos tributários. É evidente também a falta de fé dos cidadãos no sistema judiciário brasileiro, boa parte disso por conta da demora para solucionar os conflitos.

Um dos requisitos da arbitragem é que a matéria tratada seja disponível, daí surge um dos maiores questionamentos para a regulamentação da arbitragem tributária no Brasil pois os tributos são considerados indisponíveis, por se tratar de assunto de interesse público.

O próprio Código Tributário Nacional traz possibilidades do Poder Público dispor do crédito tributário, em seu artigo 151 regula a existência de parcelamento, no artigo 156 traz a extinção do crédito tributário pela transação e remissão, no artigo 171

permite a ocorrência de transação tributária e há no artigo 180 a previsão da anistia. Tais dispositivos, somados a programas de parcelamento fiscal, oferecem grande diminuição de multas e juros.

A administração pública não pode renunciar as obrigações tributárias, pois estas pertencem a toda sociedade, não a eles, mas podem cobra-las da maneira mais efetiva que encontrarem, não havendo impedimentos para a utilização da arbitragem em matéria tributária no país.

Em 14 de abril de 2020 foi regulamentada a transação tributária através da Lei 13.998, mas vale ressaltar que tal instituto já estava previsto no Código Tributário Nacional nos artigos 156 e 171, como causa de extinção de crédito tributário. O próprio Supremo Tribunal Federal ao discutir a possibilidade da transação atenuou a utilização do princípio da indisponibilidade em detrimento do interesse público primário.

Na transação tributária o fisco renuncia um direito para chegar a um acordo com o contribuinte, sendo então um método autocompositivo, diferente da arbitragem que é um método heterocompositivo pois envolve um terceiro imparcial, o árbitro.

O sistema tributário brasileiro é regulado por normas de várias hierarquias, sendo função da Lei Complementar definir as regras gerais de matéria tributária. Portanto, como definem os artigos 146, inciso III, alínea b, junto ao artigo 150, inciso I e o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal a regulamentação das obrigações tributárias, inclusive em relação a sua extinção, depende de Lei Complementar.

Em 06 de agosto de agosto de 2019 passou a tramitar o Projeto de Lei 4.257 que é uma alteração da Lei de Execuções Fiscais que busca instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária no Brasil, quando se tratar de débitos inscritos na dívida ativa, objeto de execução fiscal e ação consignatória e anulatória de débito fiscal.

O projeto define que a arbitragem em matéria tributária deve ser realizada em Câmaras Arbitrais que já existem e possuem experiência, competência e idoneidade reconhecida na administração de processos arbitrais. Deixa claro também que as partes podem, por meio do Poder Judiciário competente, buscar que seja considerada nula a sentença arbitral que vá contra enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão comunicado em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.

Define também que o questionamento a respeito da dívida tributária tem que estar no judiciário para que a arbitragem seja utilizada, sendo realizada a execução da decisão arbitral através da via judicial.

O projeto, apesar de ser considerado um grande avanço para o instituto, vem recebendo algumas críticas, como ao equiparar a arbitragem tributária a arbitragem regulamentada na Lei de Arbitragem, visto que com isso pode acontecer certa confusão entre os institutos, surgindo assim dificuldades para a atuação da arbitragem tributária no país.

O projeto sofre algumas outras críticas como em relação ao período que um árbitro deve ficar sem decidir mais de um processo do mesmo particular ou grupo econômico que este faça parte, que é definido como de um ano, já em Portugal é de dois anos e ainda é considerado por juristas locais como insuficiente.

Após análises realizadas ao longo do estudo verifica-se a viabilidade da arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro. Os legisladores devem analisar profundamente a regulamentação da arbitragem tributária em outros países que já a utilizam com sucesso, como Portugal, para então, a luz da realidade brasileira definir as regras que conduzirão o instituto no país. O projeto de lei 4.257 foi um grande avanço, mas é preciso ter cuidado com a regulamentação do instituto para que o mesmo seja bem recebido e utilizado no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mário Aroso de. **Manual de Processo Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2014.

ATALIBA, Geraldo. **Recurso em Matéria Tributária**. Brasília: Revista de informação legislativa, v.25, n. 97, 1988.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995.

BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao código de processo civil**. Ed. Forense. 1977.

BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao código de processo civil**, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 26. Disponível em:
<http://sociological.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf>. 10 set 2019.

BOSSA, Gisele Barra. VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de. Arbitragem Tributária e a Reconstrução do Interesse Público. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça. Os 100 maiores litigantes**. 2011. Disponível em:<www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 15 nov 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 5 de out. de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 04 Set 2019

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824.

BRASIL. **Lei 9.307/96, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em 03 de nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Sentença Estrangeira no 5.206**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. 29/04/2004. Diário Oficial da União. Brasília. 30/04/2004.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010** (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem. Lei nº 9.307/96**. 5. Ed., rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº9.037/96**, São Paulo:Malheiros, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3. Ed. ver. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Comentários à Lei de arbitragem: Lei 9,307**.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. Editora Saraiva, 2005.

COELHO, Eleonora. **Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil**. In: Rocha, Caio Cesar Vieira;

SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação – a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

Conclusões da XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributário, 2004, Quito, Perú.

DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem na Concepção de Serviço Público**. Revista Jurídica de Osasco. Osasco: Prefeitura Municipal, Secretaria de Assuntos Jurídicos, 1996,

DIDIER JÚNIOR., Fredie. **A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil** (Versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 4, out/dez 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Porocessual Clivil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21 ed. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 10 set 2019.

Disponível em: <<https://www.caad.org.pt/noticias/arbitragem-tributaria-bate-novo-recorde-em-2017>>. Acesso em: 21 jun. 2020

Disponível em: <<https://www.icc-portugal.com/Noticias/estatisticas-da-arbitragem-da-cci-revelam-novos-records-em-2018>>. Acesso em: 20 jun 2020.

Disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf> Acesso em: 25 jun. 2020.

Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/quem-pode-figurar-como-arbitro-na-arbitragem-tributaria-29082019#sdfootnote2anc>>

Acesso em: 20 jun 2020.

DOMINGOS, Fancisco Nicolau, Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, Escolha dos Árbitros e Limites Institucionais. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

DOMINGOS, Fancisco Nicolau. **Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários: novas tendências dogmáticas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

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

ESQUÍVEL, José Luis. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.

FALCÃO, José Posças, **Arbitragem Tributária, Revista Portuguesa de Contabilidade**, v.I, n. 002, 2011.

FARINHO, Domingos Soares. Algumas notas sobre o modelo institucional do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito. **Mais Justiça Administrativa e Fiscal**. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer, 2010

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Editora Cia do Ebook, São Paulo, 2018.

FERREIRA, Marcos Fernandes. A arbitragem Tributária em Portugal (perspectiva de um advogado). In: ONO, Juliana Mayumi. **Revista de Mediação e Arbitragem**. São Paulo, Thomson Reuters Brasi, 2019.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

FRANCISCO, Ana Mafalda Costa. **A Arbitragem Tributária**. Porto, Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto – 2012 - Dissertação apresentada no âmbito do 2o Ciclo de Estudos, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_ARBITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019

GARCIA NOVOA, Cesar. **Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributárias. Su introducción en el derecho español**. Revista Técnica Tributária, n.59. Madrid: Aedaf, out.-dez. 2002.

GIANNETTI, Leonardo Varella. A composição do tribunal arbitral tributário: quem pode figurar como árbitro? In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos**. 2017, 390 f. Tese (Doutorado) . Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html> Acesso em: 28 jun 2020.

GODOI, Marciano Seabra de. GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem e Direito Tributário Brasileiro – a superação do dogma da indisponibilidade do crédito tributário**. Revista Arbitragem Tributária, n.3, 2015.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Arbitragem e Transação Tributária – Verificação de Compatibilidade**. In: Revista Dialética de Direito Tributário, ed.48

GRAU, Eros e GOMM, Maurício. **Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas**. Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial. Brasília, n. 11, fev. 2005

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 32, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 9, n. 52, 2008.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **A arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas**. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, SP, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, p. 342, julho/setembro de 2002.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo. Quartier Latin, 2007.

LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem e Conciliação: Reflexões Jurídicas para Juristas e Não Juristas**. 1. ed., Brasília, DF: Editora Consulex, 2001.

LIMA, Bernardo Silva de. **A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento**. 2009. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. RARB. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. v. 50. jul/set. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e Arbitragem no âmbito tributário. In: **Revista Fórum de Direito Tributário**

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, v I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI. **Curso de Processo Civil – V. 7.** ed. 2008.

MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane. **Desafios e Limites da Arbitragem Tributária no Direito Brasileiro**. CAAD – Arbitragem Tributária. Lisboa, 2018.

MASCITTO, Andréa. Requisitos Institucionais para a arbitragem entre fisco e contribuintes no Brasil: Necessidade de Norma Geral. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018

MASCITTO, Andréa. Requisitos Institucionais para a arbitragem entre fisco e contribuintes no Brasil: Necessidade de Norma Geral. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

MATHEUS, Carlos Alberto. **La independencia e imparcialidade del árbitro**. San Sebastian: Instituto Vasco de Derecho Processual, 2009.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo** . Rio de Janeiro: Renovar, n. 233.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Rafael Munhoz. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, 2015.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributária**. Gazeta Jurídica, 2014.

MENDONÇA, Priscilla Faricelli. **A arbitragem em matéria tributária e o sistema normativo brasileiro. Medidas de redução de contenciosos tributário e o CPC/2015**. São Paulo: Almedina, 2017.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, Carlos Yuri Araujo de. **Transação e Arbitragem em Matéria Tributária: A experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. RTrib 79/109. Março. 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: a alternativa à jurisdição!** 3 ed. ver. E atual com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010). Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. **The myth of ownership: taxes and justice**. OUP: New York, 2002.

MUSSNICH, Francisco Maciel. A cláusula compromissória no Direito Societário. In: Arbitragem e mediação (coord. Caio Cesar Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão). São Paulo: Atlas, 2017.

NAVARRINE, Susana Camila; ASOREY, Rubén. **Arbitraje: jurisdicción arbitral en controversias con el Estado: proceso arbitral en cuestiones tributarias**. Buenos Aires: La Ley, 1992.

NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. Ed. São Paulo: RT, 1997.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. Ed. Revista dos Tribunais:2016.

NETO, Cassio Ferreira. **Contratos Administrativos a Arbitragem**. Editora Elsevier, São Paulo, 2008.

NETO, Moreira, Figueiredo, Diogo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno - Legitimidade - Finalidade - Eficiência - Resultados**. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2008.

NOLASCO, Rita dias. LIMA, Osvaldo Antonio de. Arbitragem Tributária: A experiência portuguesa e os desafios para a sua implementação no Brasil. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Arbitragem de Litígios com Entes Públicos**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015.

PALMA, Clotilde Celorico. **A Experiência Portuguesa Da Arbitragem Tributária**. In: VII Congresso Internacional de Direito Tributário do Paraná, 2014, Curitiba, Slides da palestra. Disponível em: <<http://direitotributariodoparana.com.br/assets/clotilde-celorico-palma>> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo. Atlas, 2005.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Seria a arbitragem tributária uma alternativa para “desafogar” o judiciário? In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018

PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In: FONSECA, Isabel. **A Arbitragem Administrativa e Tributária**. Coimbra, Almedina, 2012.

PINTO, José Emilio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil in Revista Eletrônica Jus Navigandi**. n. 518, 07 dez. 2004. Ano 9. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/6025>>. Acesso em: 17 de nov 2019.

PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no Direito Tributário: uma demanda do estado democrático de direito. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no direito tributário: uma demanda do estado democrático de direito. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018

PORTOCARRERO, Marta. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem. Ensaio sobre disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativa**. Porto, Universidade Católica, 2015.

Projeto de Lei nº. 4.257/2019, autoria do Senador Antonio Anastacia. Justificativa. p. 8. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jun 2020.

RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da Arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

REIS, Renato Mauricio Porto. Produção de Prova Técnica na Arbitragem Tributária. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial. Brasília, Ano III-n.4. 2016.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3.

SCAVONE JR., Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense.7. ed. 2016.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SERRA, Manuel Fernando dos Santos. A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectivas. In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito. **Mais Justiça Administrativa e Fiscal**. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer, 2010.

SERRA, Manuel Fernando dos Santos. **Intervenções**. Lisboa, 2016.

SILVEIRA, João Thiago, **O Potencial do CAAD para a Resolução de Conflitos Administrativos**, CAAD Newsletter Arbitragem Administrativa e Fiscal, n.1, 2013.

SOUZA, Jorge Lopes de. Algumas Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In.: FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. **A Arbitragem Administrativa e Tributária: Problemas e Desafos**. Coimbra: Almedina, 2012.

SOUZA, Jorge Manuel Lopes de. **Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, Guia da Arbitragem Tributária**, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, 2017.

STF, RE 253.885-0/MG, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 04.06.2004, DJU 21.06.2002. Disponível em: <<https://goo.gl/UgHg3>> Acesso em: 03 jun 2020.

STRAUBE, José Frederico. **A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/96**. Revista de Arbitragem e Mediação. RARB, vol. 50, jul./set., 2016,

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **RESP 606345/RS**. Ministro-Relator João Otávio de Noronha. DJ. 8/6/2007.

TORRES, Heleno Taveira. “**Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes – simplificação e eficiência administrativa**”. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, Nº. 86, 2002.

TORRES, Heleno Taveire. Conciliação, Transação e Arbitragem em Matéria Tributária. In: **Medidas de redução de contencioso tributário e o CPC/15: contributos práticos para Resignificar o Porcesso Adminsitrativo e Judicial Tributário**. São Paulo: Almedina, 2017.

TRINDADE, Carla Castelo. **Regime Jurídico da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2016.

V. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transaçãotributária**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de; VASCONCELLOS, Roberto França de. Arbitragem: Questões Controvertidas no brasil e a Experiência Portuguesa. In: **Medidas de Redução do Contencioso Tributário e o CPC/2015**. São Paulo: Almedina, 2017.

VIANNA, Sâmila. SOUZA, Mayara Nunes Medeiros de. Arbitragem Tributária: um panorama da experiência portuguesa e a perspectiva brasileira. In: LIMA, Leandro Rigueira Rennó. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial**. Brasília, Ano III - n.4, 2016.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Coimbra, Almedina, 2012.

VILLA-LOBOS, Nuno de. PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Guia da Arbitragem Tributária**. Almedina, 3ªEd, 2017.

VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação da Associação Portuguesa de Arbitragem**. no 7. Coimbra: Almedina, 2014

VILLA-Lobos, Nuno; Vieira, Mônica Brito (Org.) **Mais Justiça Administrativa e Fiscal: arbitragem**. Lisboa: Coimbra Editora, 2010.

VILLA-LOBOS, Nuno. PEREIRA, Tânia Carvalhais. A implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: Origens e Resultados. In: PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.