

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
Escola de Direito de Brasília – EDB
Graduação em Direito

Júlia Ferreira de Mesquita

**ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA:
uma proposta de harmonização entre a arbitragem e a indisponibilidade do crédito
tributário**

Brasília
Julho de 2022

Júlia Ferreira de Mesquita

**ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA:
uma proposta de harmonização entre a arbitragem e a indisponibilidade do crédito
tributário**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do diploma no curso de graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Mendes de Oliveira.

Brasília
Julho de 2022

Júlia Ferreira de Mesquita

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA:
uma proposta de harmonização entre a arbitragem e a indisponibilidade do crédito tributário

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do diploma no curso de graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Brasília-DF, 15 de julho de 2022.

Prof. Dr. Paulo Mendes de Oliveira
Professor Orientador

Profa. Ma. Janete Ricken Lopes de Barros
Membro da Banca Examinadora

Prof. Me. Guilherme Cardoso Leite
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Confio os meus esforços e realizações, dentre eles este trabalho, culminação de uma fase feliz da minha juventude, como uma oferenda a Deus, por Quem sou muito grata pela prerrogativa humana que me foi dada de aprender, criar e evoluir conscientemente.

Registro, ainda, a minha gratidão à Logosofia, ciência da vida que, desde a adolescência, me ensina a enxergar o transcendente na vida comum, o que me permitiu unir os tempos e viver a graduação como um campo experimental de superação integral, edificando a profissional que quero ser.

Aos meus pais e irmão, por serem fragmentos do amor divino refletido em estímulos, apoio, correspondência e companheirismo. Além disso, pelo esforço, dentro da condição deles, para me oferecer as melhores oportunidades de acesso ao conhecimento.

Ao Lucas, meu par e colaborador no processo de edificação de elevadas obras, por seu anelo de ser melhor, que me inspira e estimula.

Ao meu orientador, docente e jurista Paulo Mendes, fonte de aprendizagem e admiração profissional desde a primeira aula de Sistema Recursal do Processo Civil.

Por fim, a todos aqueles, docentes, ex-chefes, familiares, amigos e colegas que, de alguma forma, colaboraram para que a experiência acadêmica fosse mais feliz.

Obrigada por, generosamente, emprestarem parte de seu tempo, estudo, atenção, alegria, afeto... Enfim, parte de suas vidas à minha. Empenharei os melhores esforços para corresponder a tanto bem recebido.

“O segredo consiste em preparar os dias futuros com antecipação, semeando hoje o que anelamos colher amanhã. Assim, saboreamos com antecipação o prazer que nos proporciona a gestação consciente do nosso futuro. Se conseguirmos fazer disso o objetivo principal e permanente de nossa vida, teremos nos convertido em artífices de nossa própria felicidade.” González Pecotche

RESUMO

A ausência de conceitos universais causa, desde a formação dos primeiros vínculos sociais, conflitos nos mais variados níveis. Disso e da incapacidade do ser humano de resolver parte desses conflitos, surge a propensão à terceirização de tal função, especialmente ao Poder Judiciário, o que reflete a crença de que este é o único capaz de garantir a paz social.

Na prática, essa crença vem sendo desconstituída, mas por motivos errados, dentre eles, a falta de confiança no sistema em razão da sua ineficiência e das experiências vividas pela sociedade e pelo próprio Estado. No contencioso tributário não seria diferente: do monopólio da solução dos conflitos resultam a morosidade, os altos custos e a ineficiência da tutela jurisdicional.

Diante desse cenário, o presente trabalho se propõe a investigar a (in)viabilidade da harmonização entre a arbitragem e a indisponibilidade do crédito tributário.

Para tanto, o estudo é dividido em sete capítulos. Primeiro, enfrenta-se a realidade atual experimentada pelo sistema tributário nacional e pelos cidadãos perante o Judiciário. Além da compilação de dados sobre arrecadação e litigiosidade, são apresentadas as causas históricas da cultura da sentença, que possibilitam direcionar o estudo do tema.

Em segundo lugar, busca-se na Justiça multiportas uma possível solução para a grande demanda judicial fiscal. Discorre-se sobre o movimento de acesso à justiça e sua influência no Brasil, representada de muitas formas, dentre elas, a desjudicialização.

Terceiro, passa-se a dissertar sobre a arbitragem brasileira. Começando pela evolução histórica do instituto, discorre-se sobre seus preceitos, sua natureza, seu cabimento, procedimento etc., dispostos na Lei nº 9.307/1996.

Quarto, busca-se compreender os limites do uso do procedimento arbitral no âmbito público. Para isso, o trabalho realiza uma análise conjunta dos institutos da arbitragem e do crédito tributário, perpassando por conceitos como indisponibilidade, interesse público e crédito tributário. Depois, são apresentadas quatro ideias com base nas quais a arbitragem tributária é considerada viável.

Quinto, é estudada a experiência portuguesa frente ao tema, envolvendo o contexto de adoção do instituto no país, a sua natureza jurídica e as demais especificidades, os desafios enfrentados etc.

Em seguida, são analisadas as iniciativas legislativas existentes no Brasil: os Projetos de Lei nº 4.257/2019 e 4.468/2020, cuja finalidade é a instituição da arbitragem tributária.

Conhecidas a experiência portuguesa e a expectativa brasileira, o último capítulo propõe a projeção de desafios e propostas para a implementação da hipótese levantada, desenvolvendo importantes questões como a necessidade ou não de edição de norma geral, aspectos práticos do procedimento etc.

O presente estudo concluiu, após toda a pesquisa teórica e prática, a necessidade de estruturação de novas possibilidades de solução de conflitos e de arrecadação de receita, a partir da compreensão de um sistema único de jurisdição que garanta o acesso à justiça, a manutenção do Estado e os direitos individuais e coletivos.

Palavras-chave: arbitragem; crédito tributário; indisponibilidade; interesse público; acesso à justiça; arrecadação.

ABSTRACT

The lack of universal concepts causes, since the formation of the first social bonds, conflicts at the most varied levels. In addition to that, from the inability of human beings to solve some of those problems, the tendency of outsourcing this work, especially to the Judiciary, emerges. This reflects the belief that such power is the only one capable of guaranteeing social peace.

In practice, this belief has been weakened, but for incorrect reasons, such as the absence of trust in the system due to its inefficiency and the experiences gained by the society and the State itself. A similar situation would occur on the aspect of tax litigation, where slowness, high costs and the inefficiency of jurisdictional tutelage result from the monopoly of conflict resolution.

Given this scenario, this essay proposes to investigate the (un)feasibility of agreement between the arbitration and the unavailability of tax credit.

Therefore, this paper is divided into seven chapters. Firstly, the current reality experienced by the national tax system and by the citizens, faces the Judiciary. In addition to the compilation of data on collection and litigation, the historical causes of the culture of the sentence are presented, which make it possible to direct the study of such topic.

Secondly, a possible solution to the large judicial tax demands is sought in multi-door justice. The movement of access to justice and its influence in Brazil are discussed, represented in many ways, such as, the dejudicialization.

In third place, Brazilian arbitration is discussed. Starting with the historical evolution of the institute, its precepts are debated, as well as its nature, its appropriateness, procedure, etc., provided for in the Brazilian Law nº 9.307/1996.

Fourth, it is sought to understand the limits of the use of the arbitration procedure in the public sphere. For this, this essay performs a joint analysis of the arbitration and tax credit institutes, passing through concepts such as unavailability, public interest and tax credit. Then, four ideas are presented on the basis of which tax arbitration is considered viable.

Fifth, the Portuguese experience on the theme is studied, involving the context of adoption of the institute in the country, its legal nature and other specificities, the challenges faced, etc.

Then, the existing legislative initiatives in Brazil are analyzed: Bills nº 4.257/2019 and 4.468/2020, whose purpose is the institution of tax arbitration.

Knowing the Portuguese experience and the Brazilian expectation, the last chapter proposes the projection of challenges and proposals for the implementation of the raised hypothesis, developing important questions such as the need or not to issue a general rule, practical aspects of the procedure, among others.

The present essay concluded, after all the theoretical and practical research, the need to structure new possibilities for conflict resolution and revenue collection, based on the understanding of a single jurisdiction system that guarantees access to justice, the maintenance of the State and individual and collective rights.

Keywords: arbitration; tax credit; unavailability; public interest; access to justice; collection.

LISTA DE ABREVIATURAS

AT – Autoridade Tributária

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CAE – Comissão de Assuntos Económicos

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CC – Código Civil

CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CTN – Código Tributário Nacional

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

PIB – Produto Interno Bruto

RFB – Receita Federal do Brasil

RJAT – Regime Jurídico da Arbitragem Tributária

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TA – Tribunal Arbitral

TCA – Tribunal Central Administrativo

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. Judiciário brasileiro e direito tributário: contexto.....	15
CAPÍTULO 2. A Justiça multiportas como possível solução para o direito tributário ...	22
CAPÍTULO 3. Arbitragem no Brasil: estado da arte	34
CAPÍTULO 4. O Poder Público e o sistema tributário nacional frente à arbitragem tributária	48
CAPÍTULO 5. Direito comparado: a experiência portuguesa.....	62
CAPÍTULO 6. Iniciativas legislativas.....	79
CAPÍTULO 7. Desafios e soluções para a arbitragem tributária no Brasil	96
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS.....	116

INTRODUÇÃO

Os conceitos formaram sempre as verdadeiras reservas morais da humanidade. Sustentados neles, os homens podem viver em paz e inspirar mútua confiança; ao contrário, quando os conceitos são alterados: sobrevêm a confusão e o caos, seja no ambiente mental do mundo, seja no dos povos onde ocorrem tais alterações.¹

Desde a formação dos primeiros vínculos sociais registrados na história das sociedades, os conflitos estiveram presentes nas mais variadas formas de manifestação.

Apesar de contar com um longo trajeto experimental, até então, a maioria dos seres humanos foi incapaz de se firmar em conceitos universais e de caráter permanente que os permitam viver em harmonia e confiantes uns nos outros, muito menos de bastarem a si mesmos na resolução pacífica de conflitos. Até porque, como afirma Pecotche, “como será possível a harmonia entre duas pessoas, se numa só, dentro dela mesma, existem lutas e guerras? E como será possível entre muitas, em iguais condições?”².

Ainda assim, devido às desvantagens geradas por um pequeno desentendimento com um familiar ou até por uma guerra que envolva grandes nações, existe uma busca permanente pela garantia da convivência mais adequada ao desenvolvimento, especialmente por meio de soluções externas ao indivíduo, que coloca grande parte dessa responsabilidade em “mãos” alheias. Nas palavras de Morais e Spengler:

A “dinâmica conflitiva” torna-se (...) o meio de manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras. Essa dinâmica conflitiva permite verificar que o conflito pode ser tão positivo quanto negativo e que a valoração de suas consequências se dará, justamente, pela legitimidade das causas que pretende defender.³

Um dos aspectos que caracteriza uma estrutura social, política e jurídica capaz de corresponder às necessidades e expectativas dos cidadãos nesse sentido é a existência de modelos e ferramentas eficazes para a resolução de conflitos.

A título ilustrativo das incessantes “terceirizações” dessa responsabilidade resolutive, destaca-se o contrato social. Sob o fundamento de ser mau e egoísta por natureza e de viver

¹ PECOTCHE, Carlos Bernardo González. **Introdução ao Conhecimento Logosófico**. 4. ed. São Paulo: Logosófica, 2019. p. 209. Disponível em: <https://logosofia.org.br/livros/introducao-ao-conhecimento-logosofico/>. Acesso em: 26 out. 2021.

² Ibid., p. 115.

³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à Jurisdição!. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 53.

em um estado de natureza hobbesiano, o homem entrega sua liberdade a um Estado totalitário, o Leviatã, com a finalidade de preservar a vida e garantir a estabilidade social.⁴

A terceirização representada por esse contrato marca a transição do estado de natureza para o estado social, similar à transição do direito natural para o direito positivo, o que faz o homem crer que o Estado é suficientemente preparado e competente, em termos de condições e capacidades, para lidar, por si só, com tais conflitos da forma mais eficiente, e, mais do que isso, que a resposta para todos os litígios está na simples observância e aplicação do direito positivo.

Alinhada à crescente tutela de direito ao longo do tempo, ainda é mantida a imagem do Estado, especialmente do Poder Judiciário, como garantidor da paz social que avoca para si o monopólio da solução dos conflitos. Todavia, para que essa função estatal, dentre tantas outras, se sustente, é necessário um valor primordial: a confiança do cidadão no próprio Estado.

Para confiar, é preciso que exista a causa da confiança, como quando alguém deixa sob a guarda de outrem, sem grandes preocupações, a chave de acesso a um bem de grande valor, como a sua casa. Com base nessa analogia, quais razões tem o cidadão para confiar a proteção de seus direitos individuais e coletivos, bem como a solução de conflitos nos quais está envolvido, ao Judiciário?

Relativamente a novembro de 2020 e janeiro de 2021, o Índice de Confiança na Justiça do Brasil foi de 4,5 pontos. O subíndice de percepção, através do qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como é prestado o serviço público, foi de 3,1 pontos, enquanto o de comportamento, que avalia se a população recorre ao Judiciário para solucionar seus conflitos, foi de 7,9.⁵

Em relação à última coleta, em 2017, foi observado um aumento no subíndice de percepção e uma diminuição no de comportamento. De acordo com a pesquisa, “Esses indicadores mostram que a opinião das pessoas entrevistadas em relação ao Judiciário melhorou, mas elas se mostraram menos dispostas a recorrer à Justiça para solucionar seus conflitos.”⁶

Além disso, uma pesquisa da Associação Paulista dos Magistrados realizada em abril de 2021 revelou que, acerca da avaliação da atuação do Judiciário na esfera federal, 29% foi

⁴ HOBBS, Thomas; MACPHERSON, Crawford Brough (introduction). **Leviathan**. Harmondsworth: Penguin, 1968.

⁵ RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil 2021**. São Paulo: FGV Direito SP, 2021. p. 5. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/30922>. Acesso em: 26 mar. 2022.

⁶ Ibid., p. 5.

positiva, 31% negativa e 36% regular. Sobre a confiança da população na sua capacidade de garantir o bem-estar da população, combater as desigualdades e promover o progresso, 44% confiam, enquanto 51%, não.⁷

A crença supramencionada de que o Judiciário, sozinho, é meio suficiente e mais eficaz de solucionar lides não se sustenta frente à experiência vivida pela sociedade e pelo próprio Estado.⁸ Portanto, será possível encontrar no presente trabalho interpretações sistêmicas das normas jurídicas de forma a inserir essa problemática num contexto multidisciplinar: social, econômico, político e jurídico, sob a mentalidade instrumentalista, analisando o processo como um verdadeiro instrumento de mudança e efetividade “posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem”⁹. Conforme recomenda Marinoni,

O processualista precisa certificar-se de que toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social; deve convencer-se, ainda, de que não somente os órgãos judiciários tradicionais têm condições para solucionar os conflitos de interesses.¹⁰

A partir dessas premissas, o presente trabalho será desenvolvido.

Mais do que apresentar as causas que apontam para a necessidade da superação do modelo tradicional de solução de conflitos, pretende-se suplantiar a crença pelo saber por meio do estudo e da análise da experiência, refletindo sobre o seguinte problema de pesquisa: é viável a harmonização entre a arbitragem e a indisponibilidade do crédito tributário com vistas a favorecer as soluções dos conflitos?

Entende-se como hipótese de que, em regra, é viável a referida harmonização. É preciso desenvolver soluções distintas do Judiciário, mas inteiramente afins com o

⁷ **Relatório #JUSBARÔMETROSP**: barômetro da Justiça de São Paulo. 1. ed. São Paulo: Associação Paulista dos Magistrados, abr. 2021. p. 5. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/RELATO%CC%81RIO-JUSBaro%CC%82metroSP_1%C2%AAEd_ABR_2021.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

⁸ “Desde logo, é preciso ter presente que a realização ideia de direito não constitui um exclusivo do poder judicial, como a velha inimidade ao Executivo, herdada do ‘Estado de polícia’ do século XVIII, durante muito tempo deu a entender. Uma ideia que, consubstanciada na tendencial crença de que só os tribunais estão em condições de realizar a ideia de direito e de assegurar, assim, um verdadeiro due process of law, tem entre nós resistido de uma maneira particularmente visível.

Uma concepção de todo inaceitável no Estado de Direito, em que, como é sabido, por força da sua própria natureza, todos os poderes, naturalmente cada um a seu modo, participam na realização da ideia de direito. Por isso, o que é correcto e deve ser tomado muito a sério é antes a ideia de que todos os poderes do Estado contribuem, cada um deles a seu modo, para a concretização do Estado de Direito.” NABAIS, José Casalta. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária. **Revista da PGFN**, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 19-43, jan.-jun. 2011. p. 27.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 359.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 27.

ordenamento jurídico, para amenizar a crise da Justiça e, sobretudo, identificar métodos de solução de conflitos mais adequados para cada situação conflituosa. Daí surge a necessidade de coordenação de um sistema de solução de conflitos, a partir da interpretação sistêmica de todo o ordenamento.

O presente estudo tem por finalidade oferecer elementos reais que leve o leitor a dar passos confiantes e adiante na reflexão sobre a possível confirmação de tal hipótese.

O primeiro capítulo se destinará a estudar a atual realidade enfrentada pelo sistema tributário nacional e pelos cidadãos, perante o Poder Judiciário, quando o desafio é solucionar seus conflitos, especialmente no âmbito fiscal. Conhecer e examinar a causa do problema será o passo inicial para se chegar com acerto a possíveis soluções. Para tanto, mais do que a simples exposição de dados acerca da estrutura, arrecadação, custos e despesas judiciais e da litigiosidade brasileira, serão expostas as causas históricas da cultura da sentença, que ultrapassam razões jurídicas.

Nesse sentido, serão analisados três períodos: o Estado liberal, o Estado-Providência e a crise que o sucedeu. A partir da compreensão da função judicial nesse recorte temporal, o caso brasileiro será analisado de acordo com as suas peculiaridades, como a sua condição de país semiperiférico que sofreu a transição de um regime autoritário para um democrático.

Na sequência, o capítulo dois, cujo título é “A justiça multiportas como possível solução para o direito tributário”, especificará, entre tantos esforços já desenvolvidos, uma solução para a grande demanda judicial fiscal.

Para isso, será estudado o conceito de acesso à justiça, abordando a sua previsão como princípio basilar do Estado democrático de direito e os seus desdobramentos na legislação infraconstitucional brasileira.

Com o fim de compreender a essência e a evolução conceitual, serão apresentados o movimento do acesso à justiça, a partir de suas causas, e a sistematização de suas três ondas renovatórias. Compreender o caminho percorrido ao longo do tempo para a implementação desse desafio processual e material será imprescindível para situar a realidade brasileira e definir a linha de enfoque em que se baseia a arbitragem tributária.

Para cumprir com o objetivo do capítulo, também serão pincelados alguns conceitos importantes como o de justiça e desjudicialização.

O terceiro capítulo, introduzido pela evolução histórica do instituto, terá como enfoque a arbitragem convencional no Brasil, com base, principalmente, nos seus preceitos regentes, dispostos na Lei nº 9.307/1996. Serão desenvolvidos temas como o conceito, o cabimento e o procedimento da arbitragem, o papel e a escolha do árbitro, os princípios que regem o método

e a natureza da sentença arbitral. Ao final, serão levantadas algumas questões a fim de compreender, nos capítulos seguintes, os limites do uso do procedimento no âmbito público impostos pelo próprio legislador.

Por conseguinte, harmonizar dois institutos aparentemente incompatíveis como a arbitragem e o crédito tributário exige uma análise conjunta de ambos, ou seja, da possível interferência de um sobre outro. Nesse sentido, o quarto capítulo se destinará ao estudo do requisito objetivo para adoção do procedimento arbitral e da classificação do interesse público e do crédito tributário frente ao conceito.

Por meio da interpretação sistêmica do ordenamento jurídico e da análise de situações jurídicas em que os métodos adequados já são consolidados, serão apresentadas quatro ideias que buscam tornar viável a arbitragem no âmbito tributário.

Após o estudo teórico, o tema será levado à prática, que já é uma realidade em alguns países do globo. Para isso, o capítulo cinco se ocupará do pioneirismo de Portugal frente ao tema. Serão analisados aspectos como: a forma que se deu a adoção da arbitragem tributária no país, a sua natureza jurídica, como os desafios do dogma da (in)disponibilidade do crédito tributário foram superados e, por fim, as especificidades do novo instituto, como por exemplo as características do órgão de gestão do procedimento arbitral, a espécie de arbitragem escolhida pelo legislador, o papel do árbitro, os requisitos para a instauração do procedimento etc. Com base nessa explanação, os requisitos necessários ao reconhecimento da legitimidade do instituto pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ficarão claros. Em conclusão, serão apresentados os resultados obtidos com o uso desse método de resolução de conflitos no direito tributário.

Com isso, o leitor terá contato com inspirações práticas capazes de transpor aparentes inquietações atuais, dentre elas: a adoção da arbitragem fere a indisponibilidade do crédito tributário? Como se dá a definição e escolha dos árbitros? Considerando a consensualidade para submissão do litígio à arbitragem, o sujeito passivo da relação tributária tem direito potestativo ou a concordância do ente federativo é imprescindível? Sendo a arbitragem de direito, o árbitro deve, ou não, observar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal? Caso não siga, é cabível apreciação judicial?

Conhecida a experiência portuguesa, será possível retomar o tema frente à realidade brasileira a partir da projeção do instituto concretizada em iniciativas legislativas. Para tanto, no sexto capítulo, serão estudados os Projetos de Lei nº 4.257/2019 e 4.468/2020 que têm a finalidade de instituir a arbitragem tributária no Brasil.

Com a finalidade de avançar no tema, no sétimo capítulo, serão analisados desafios e apresentadas propostas para a implementação do instituto no Brasil. Serão desenvolvidas questões como a necessidade ou não de edição de norma geral, a manifestação de vontade de ambas as partes como pressuposto desse método heterocompositivo, a necessidade de previsão de disposições acerca do uso do instituto, como seu objeto, limites e condições, bem como o funcionamento dos tribunais arbitrais, o que envolve a sua composição, requisitos para ser árbitro, impedimentos etc., e, por último, a vinculação do árbitro ao precedente e as consequências práticas de eventual inobservância.

Alocados os sete capítulos, será possível ao leitor extrair elementos reais que o guiem por um trajeto confiável, longe da crença de que o Judiciário é o único solucionador eficaz de conflitos, rumo à reflexão acerca da hipótese nesse trabalho mencionada.

A intenção é que, ao final, o leitor tenha tido acesso a, ao menos, um elemento a mais que lhe dê condições de refletir sobre um debate de extrema relevância jurídica, social e econômica: novas possibilidades de solução de conflitos fora do Judiciário.

CAPÍTULO 1. Judiciário brasileiro e direito tributário: contexto

Não é novidade que o Poder Judiciário brasileiro vive uma crise gerada pela cultura da sentença¹¹, que, segundo Watanabe, deve ser substituída pela cultura da pacificação.¹² Com vistas à melhor compreensão desse processo de transição, surge a pergunta: de onde vêm tantos conflitos e, conseqüentemente, tantos processos judiciais?

Outorgar ao próprio Judiciário a origem da litigiosidade exacerbada seria o mesmo que atribuir somente a ele a solução de conflitos: muito limitante. Tal problema abarca motivações variadas: históricas, culturais, econômicas, políticas e jurídicas.

A fim de compreender a função judicial nas sociedades modernas, Santos, Leitão e Pedroso definiram três períodos históricos: o período do Estado liberal, o período do Estado-Providência e o período da crise do Estado-Providência.¹³

O primeiro situa-se no século XIX até a primeira guerra mundial, que marca a emergência de uma nova política do Estado em que o Poder Legislativo, em decorrência da teoria da separação dos poderes, assume grande protagonismo, enquanto o Poder Judicial é politicamente neutralizado à luz do princípio da legalidade e “do princípio (...) da subsunção racional-formal nos termos do qual a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e como tal desprovida de referências sociais, éticas ou políticas.”¹⁴

A atuação dos tribunais fica restringida a um quadro jurídico-político pré-constituído, e seu poder é retroativo no sentido de reconstituir uma realidade normativa já constituída. O poder é, ainda, reativo. Em outras palavras, a disponibilidade para resolver litígios se dá numa oferta concreta na medida da procura social efetiva. Além disso, os litígios se limitavam aos individualizados e as decisões judiciais proferidas só valiam, em princípio, para os indivíduos ali definidos.¹⁵

¹¹ “a mentalidade forjada nas academias e fortalecida na práxis forense é aquela (...) de solução adjudicada autoritativamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados.

Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos. Sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos.” WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2013. Cap. 2. p. 7.

¹² Ibid., p. 10.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Afrontamento, 1996. p. 22.

¹⁴ Ibid., p. 22-23.

¹⁵ Ibid., p. 23.

Esse período se deu com o desenvolvimento do capitalismo, seguido da revolução industrial, que, até hoje, gera grande influência na sociedade. Com a alta produção de bens e o avanço das novas tecnologias, veio a intensa urbanização, o crescimento populacional, o agravamento das desigualdades sociais, a massificação das relações de consumo, dentre outros aspectos mais que suficientes para gerar a explosão dos conflitos sociais nas mais diversas proporções. Sobre o tema, Marinoni ensina que

A complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados às demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui um fenômeno cada vez mais amplo e frequente na sociedade contemporânea. Se vivemos em uma sociedade de produção e de consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado processo de massa para tutelar os conflitos emergentes.¹⁶

Diante da eclosão de uma nova realidade, os tribunais ficaram à margem desse processo, dado que sua competência se resumia à microlitigiosidade interindividual.¹⁷

A partir do final do século XIX, pós-segunda guerra mundial, surgiu a nova forma política do Estado: o Estado-Providência com seu forte caráter promocional do bem-estar.

A consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos, tais como o direito ao trabalho e ao salário justo, à segurança no emprego, à saúde, à educação, à habitação, à segurança social significa, entre outras coisas, a juridificação da justiça distributiva. A liberdade a proteger juridicamente deixa de ser um mero vínculo negativo para passar a ser um vínculo positivo, que só se concretiza mediante prestações do Estado.¹⁸

A judicialização do bem-estar social abriu portas para novos campos de litigância em todos os âmbitos, o que refletiu o aumento exponencial da procura pelo Judiciário e da explosão da litigiosidade. Tais dificuldades suscitaram as questões da capacidade, da eficácia, da eficiência e da acessibilidade do sistema judicial.

Mais do que isso, em razão da distribuição das responsabilidades promocionais do Estado por todos os poderes, “A consagração constitucional dos direitos sociais tornou mais complexa e ‘política’ a relação entre a Constituição e o direito ordinário e os tribunais foram

¹⁶ MARINONI, op. cit., 2000, p. 86-87.

¹⁷ SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, op. cit., p. 23.

¹⁸ Ibid., p. 25.

arrastados entre as condições do exercício efetivo desses direitos.” O papel judicial deixou de ser retrospectivo, passando a ter uma dimensão prospectiva.¹⁹

Ao final da década de 70 e início de 80 está o período da crise do Estado-Providência, caracterizado pela incapacidade financeira do Estado, por burocracias que levavam ao desperdício e à ineficiência, pela difusão do modelo neoliberal e pela globalização da economia.²⁰

No terceiro período, a litigação no domínio civil sofre, contudo, alteração significativa. A emergência nesse período, sobretudo na área econômica, de uma legalidade negociada assente em normas programáticas, contratos-programa, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, originou o surgimento de litígios altamente complexos, mobilizando conhecimentos técnicos sofisticados, tanto no domínio do direito, como no domínio da economia e da ciência e tecnologia. A impreparação dos magistrados, combinada com a sua tendência para se refugiarem nas rotinas e no produtivismo quantitativo, fez com que a oferta judiciária fosse nesses litígios altamente deficiente, o que de alguma maneira contribuiu para a erosão da legitimidade dos tribunais enquanto mecanismos de resolução de litígios.²¹

Ademais, surgem novas áreas de litigância ligadas aos direitos de terceira dimensão, tais como a proteção ao meio ambiente e aos consumidores.²²

Ao analisar o caso brasileiro, Santos pontua a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, símbolo do Estado Democrático, como marco da ampliação da procura pelos tribunais.²³

Isso porque, com a extensão do rol de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, CRFB/1988), dos direitos civis, sociais (artigo 6º, CRFB/1988), políticos (artigo 14, CRFB/1988), econômicos, culturais e, ainda, dos direitos de terceira e quarta geração, a expectativa do cidadão de verem cumpridas tais prerrogativas aumentou face à falha execução das políticas públicas. Mais do que a expectativa, os instrumentos de acesso ao tribunal também foram ampliados por meio da extensão do rol de legitimados para propositura de ações constitucionais (artigo 103, CRFB/1988), por exemplo.

Santos explica que na transição de regimes autoritários para democráticos, as sociedades periféricas e semiperiféricas, incluindo o Brasil, sem um Estado-providência muito denso, passaram por uma espécie de “curto-circuito histórico”, isto é, “pela consagração no

¹⁹ Ibid., p. 26.

²⁰ Ibid., p. 27-28.

²¹ Ibid., p. 30.

²² Ibid., p. 30.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 22-23.

mesmo acto constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí falar-se de várias gerações de direitos).”²⁴ Segundo ele,

A constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efectivação, e abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário.²⁵

Apesar da evolução do sistema judicial se dar em diferentes ritmos a depender do país, esse contexto histórico explica bem a realidade atual no Brasil: uma ebulição social que culmina num acúmulo de demandas de toda ordem. Em outras palavras, têm-se inúmeras demandas judiciais que congestionam o sistema judiciário, causando morosidade, altos custos e ineficiência da tutela jurisdicional.

De acordo com dados de 2020 extraídos do Relatório Justiça em números 2021, o Poder Judiciário conta com 14.853 unidades judiciárias de primeiro grau²⁶ e 433.575 servidores²⁷. A cada 100.000 habitantes, 10.675 ingressaram com uma ação naquele ano²⁸ e, mesmo sofrendo uma redução, o custo pelo serviço de Justiça foi averiguado em R\$ 475,51 por habitante.²⁹

Conforme evidencia os dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça, a despesa total do Judiciário equivaleu a R\$ 100,06 bilhões, o que corresponde a 1,3% do Produto Interno Bruto nacional e 11% de todos os gastos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.³⁰

Apesar da alta despesa, 62,3% dela, R\$ 62,4 bilhões, foi arrecadado pela atividade jurisdicional, retornando aos cofres públicos. Dessa arrecadação, 64,4%, R\$ 40,2 bilhões, vêm da atividade de execução fiscal, o que demonstra a grande movimentação gerada por demandas judiciais fiscais, mesmo que as receitas dessa ordem sejam a de maior queda, reduzindo em R\$ 9,7 bilhões.³¹

O ano fechou com 75,4 milhões de processos em tramitação, pendentes, aguardando alguma solução definitiva no Judiciário. Apesar de ter havido a maior redução do acervo de processos pendentes, “ainda assim se encontra com uma diferença de dois milhões de processos entre a diferença de casos baixados (27,9 milhões) e casos novos (25,8 milhões), o

²⁴ Ibid., p. 25.

²⁵ Ibid., p. 25-26.

²⁶ **Justiça em números 2021**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. p. 32. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

²⁷ Ibid., p. 50.

²⁸ Ibid., p. 111.

²⁹ Ibid., p. 77.

³⁰ Ibid., p. 75-77.

³¹ Ibid., p. 82.

que significa que, em 2020, o judiciário permaneceu julgando mais do que o número de casos novos.”³² Desse acervo, mais da metade, especificamente, 52,3%, são referentes à fase de execução.

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 68% do estoque em execução.³³ Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 36% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2020. Há de se destacar, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente. Ademais, as dívidas chegam ao Judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos, por isso a difícil recuperação.³⁴

Nesse sentido, de cada 100 processos de execução fiscal no ano de 2020, apenas 13 foram baixados. Se esses processos fossem desconsiderados, a taxa total de congestionamento cairia de 73% para 66,9%.³⁵

Vale destacar, também, que o tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal é de 8 anos e 1 mês. Desconsiderado esse tipo de execução, o tempo médio de tramitação na execução passaria de 6 anos e 1 mês para 3 anos em 2020.³⁶

A fase de conhecimento, na qual o juiz tem de vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial. Porém, esse tempo pode ser prejudicado pelas dificuldades na execução e constrição patrimonial que ocorre nessa fase.³⁷

Conforme exposto, as execuções fiscais possuem grande influência na morosidade do Poder Judiciário não só pelo alto número de ações, mas, também, pela baixa probabilidade de recuperação do crédito tributário já no momento do ajuizamento, o que estagna o andamento das demandas. O processo de execução fiscal é ajuizado após a inscrição do crédito na dívida ativa, frustradas as tentativas de sua recuperação no âmbito administrativo, ou seja, o problema está na repetição, no âmbito judicial, de tentativas de satisfação do crédito, como

³² Ibid., p. 102-103.

³³ Vale destacar que parte das execuções fiscais trata de dívidas devidas aos conselhos profissionais e de outras dívidas públicas. Ainda assim, a dívida ativa tributária ocupa a maior parte das discussões.

³⁴ Ibid., p. 169.

³⁵ Ibid., p. 176.

³⁶ Ibid., p. 181.

³⁷ Ibid., p. 206.

localização do devedor e de patrimônio, já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional.³⁸

Mais do que prejudicar o Estado, a morosidade prejudica também os contribuintes.

Se, por um lado, uma decisão judicial tardia retarda a arrecadação efetiva da receita fiscal pelo Estado, por outro, para os contribuintes a morosidade, para além da indefinição e instabilidade, sobrecarrega-os com os encargos inerentes à prestação de garantias bancárias para suspender a execução fiscal e a necessidade de criação de provisões, no caso das empresas.

A celeridade é, por isso, um valor em si mesmo, na medida em que a ausência de decisão num prazo razoável compromete a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente garantida.³⁹

Com base em relatório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o PGFN em números 2021, a dívida ativa da União foi de R\$ 2,5 trilhões em 2020, sendo a maioria crédito de natureza tributária não previdenciária. Ao todo, são 18,8 milhões de débitos titularizados por 4,7 milhões de sujeitos passivos.⁴⁰

Se não bastasse, o contencioso administrativo fiscal encontra-se em situação similar. Com base no Relatório Dados Gerenciais do CARF, em janeiro de 2022, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais contou com 90,1 mil processos com R\$ 1 bilhão em litígio.⁴¹ Além disso, em dezembro de 2021, o tempo médio de tramitação foi de 1.192 dias nas turmas ordinárias e extraordinárias e de 440 dias na Câmara Superior de Recursos Fiscais.⁴²

O relatório Contencioso Tributário no Brasil averiguou, ainda, que o contencioso administrativo e judicial brasileiro no âmbito tributário dos 3 níveis federativos somou 75% do PIB em 2019, o que corresponde a R\$ 5,44 trilhões, dos quais R\$ 4,01 trilhões, 74% do total, estão sendo discutidos na via judicial, e 1,43 trilhões ou 26%, na via administrativa.⁴³

Especificamente acerca do contencioso administrativo, para países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em 2013, a mediana era 0,28% do PIB e

³⁸ Ibid., p. 175.

³⁹ VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. O caso particular da arbitragem tributária no âmbito das políticas públicas em matéria de justiça tributária. In: VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais (org.). **Arbitragem em Direito Público**. São Paulo: FGV Projetos/CAAD, 2019. p. 8-9. Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/arbitragem-em-direito-publico>. Acesso em: 12 jul. 2022.

⁴⁰ **PGFN em números 2021**. Brasília: Procuradoria da Fazenda Nacional, 2021. p. 9. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_em_numeros.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

⁴¹ **Dados gerenciais do CARF**. Brasília: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 2022. p. 1. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-202202-final.pdf>. Acesso em: 26 mar 2022.

⁴² Ibid., p. 6.

⁴³ **Contencioso Tributário no Brasil**: relatório 2020, ano de referência 2019. São Paulo: Núcleo de Tributação do Insper, dez. 2020. p. 6-8. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/01/contencioso-tributario-relatorio2020-vf10.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

para um grupo de países da América Latina, 0,19%.⁴⁴ O Brasil, que obteve 15,9% do PIB em contencioso tributário administrativo federal em 2019, permanece muito divergente do padrão internacional.⁴⁵

Os dados supramencionados são tendência no sistema tributário brasileiro desde muito tempo, o que fortalece a crise de morosidade e ineficiência da Justiça, apresentando complexos desafios práticos que demandam novas formas de solução de conflitos.

⁴⁴ A OCDE disponibilizava, a cada biênio, o valor estimado do contencioso administrativo tributário nos países-membros e países colaboradores. Os últimos dados divulgados para o contencioso são apresentados no relatório *Tax Administration: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, de 2015, e se referem ao ano de 2013. Desde então, esses dados deixaram de ser informados no relatório.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 10.

CAPÍTULO 2. A Justiça multiportas como possível solução para o direito tributário

Frente à crise da experiência judiciária brasileira, novas e variadas possibilidades tecnológicas e procedimentais foram implementadas ao longo do tempo para amenizar seus efeitos, como por exemplo, a utilização de plataformas digitais, a virtualização dos processos, a criação de juizados especiais, a adequação ao sincretismo judicial e a busca por métodos adequados de solução de conflitos. Isso porque o direito à tutela jurisdicional deve observar, no mínimo, as seguintes perspectivas: o acesso à justiça, a adequação da tutela e a efetividade da tutela. Esta depende, em grande parte, do bom manejo das demais.

Embora já sejam muitas as iniciativas, novas possibilidades como a arbitragem tributária vêm sendo projetadas, já que as atuais se mostram insuficientes diante dos desafios que a grande demanda judicial fiscal apresenta.

Para Didier Jr. e Zaneti Jr., é necessária a passagem da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação de uma justiça coexistencial capaz de remendar o tecido social, focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas.⁴⁶

Conforme exposto cronologicamente no capítulo um desse trabalho, tal preocupação, no caso brasileiro, ganhou urgência com a promulgação da CRFB/1988. Apesar da previsão da inafastabilidade da jurisdição na Constituição de 1967 (artigo 150, § 4º), o direito de acesso à justiça, dentre tantos outros, só assumiu maior relevância na CRFB/1988 (artigo 5º, inciso XXXV)⁴⁷.

Além da ampliação do rol de direitos constitucionais, foi fundamental, mais do que manter, dar efetividade à previsão de um direito que assegurasse os demais.⁴⁸ Os novos direitos consagrados no pós-guerra se constituíram em meras declarações políticas, de

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: autocomposição em direitos coletivos*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 37.

⁴⁷ “Art. 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988.

⁴⁸ “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é ‘destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11-12.

conteúdo e função mistificadores, se fossem destituídos de mecanismos que impusessem respeito, como explica Santos.⁴⁹

Caracterizado pelo seu gume duplo, o acesso à justiça pode ser visto como uma das causas da enorme litigiosidade, enquanto também é “a pedra de toque do regime democrático”⁵⁰. Em outras palavras, é o princípio inafastável do Estado democrático de direito, que encontra correspondência na solução de conflitos, na liberdade, na segurança jurídica e no alcance de processos justos, dentre outros, capazes de dar efetividade à realização do direito material.

Em razão da constitucionalização do direito, o acesso à justiça foi reafirmado e redimensionado no Código de Processo Civil de 2015⁵¹, que buscou a sua ampliação de muitas maneiras, não limitadas a algumas já supramencionadas, dando maior concretude a princípios constitucionais como da eficiência⁵² e da razoável duração do processo⁵³. Dentre elas, está também a previsão dos meios adequados de solução de litígio. “O Código, assim, estruturou-se em uma nova ideologia, em uma nova compreensão do processo civil. É nítida a inspiração neoconstitucional e pós-positivista, havendo sempre a preocupação em sintonizar as regras legais com os princípios constitucionais.”⁵⁴

Essa nova ideologia é fruto de um grande movimento intimamente ligado aos períodos abordados no capítulo um: o movimento de acesso à justiça que, por meio de suas ondas renovatórias, incentiva profunda mudança social, política e jurídica.⁵⁵

Segundo Cappelletti, o movimento “criou poderosa visão nova” para o direito e o sistema jurídico não só sob o aspecto normativo, mas também sob seus componentes reais – sujeitos, instituições, processos e, mais genericamente, seu contexto social.⁵⁶

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p. 11-44, nov. 1986. p. 18. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/10797>. Acesso em: 28 mar. 2022.

⁵⁰ SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, op. cit., p. 483.

⁵¹ Em sua Exposição de Motivos, destaca que “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.” BRASIL. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil**. Brasília: 2010. p. 21.

⁵² “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o **Código de Processo Civil**. Brasília: 2015.

⁵³ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” Ibid.

⁵⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 33.

⁵⁵ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit.

Nos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, vigorava, nos procedimentos para solução de litígios civis, a visão individualista dos direitos. De acordo com Cappelletti e Garth, o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal de propor ou contestar uma ação. Nesse sentido, como o acesso à justiça era classificado como um direito natural, não havia necessidade de uma postura ativa do Estado para sua proteção, cabendo a este somente preservá-lo, não permitindo que ele fosse infringido por outros.⁵⁷

A justiça só era acessada por quem pudesse arcar com seus custos, e mudar essa realidade não era um interesse estatal. “O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.”⁵⁸

À medida que as sociedades cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos foi ganhando grandes proporções. As ações e os relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo, enquanto a visão individualista dos direitos foi sendo esquecida. Nas palavras de Cappelletti e Garth:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.⁵⁹

Com a conseqüente ampliação das funções judiciais vieram novos obstáculos que, até hoje, podem ser observados como desafios do acesso à justiça brasileira, inclusive.

Conforme os mesmos autores, tratando-se de custas judiciais, são obstáculos as custas em geral⁶⁰, as pequenas causas⁶¹ e o tempo⁶². Sobre as possibilidades das partes, os recursos

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 100, t. 5, p. 553-576, 2006. p. 554.

⁵⁷ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 9.

⁵⁸ Ibid., p. 9.

⁵⁹ Ibid., p. 11.

⁶⁰ “Se é certo que o Estado paga os salários dos juizes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

(...) A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes.

(...) Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros.” Ibid., p. 16-18.

⁶¹ “Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciários formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.” Ibid., p. 19.

financeiros⁶³, a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa⁶⁴ e os litigantes “eventuais” e os “habituais”⁶⁵. Por fim, há, ainda, os problemas dos interesses difusos⁶⁶.

Identificados tais obstáculos, três posições básicas foram levantadas. Com início em 1965, as três ondas do movimento do acesso à justiça emergiram mais ou menos em sequência cronológica: a primeira foi a assistência judiciária; a segunda tratou das reformas tendentes a proporcionar a representação jurídica para os interesses difusos; e a terceira, chamada de “enfoque de acesso à justiça”, abarca todos os movimentos anteriores de forma a atacar as barreiras ao acesso de forma mais articulada.⁶⁷

A primeira onda de esforços para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais resume-se em proporcionar serviços jurídicos aos pobres⁶⁸, o que contou com o sistema

⁶² “Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.” *Ibid.*, p. 20.

⁶³ “Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva.” *Ibid.*, p. 21.

⁶⁴ “A ‘capacidade jurídica’ pessoal, que se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário.

(...) Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível.

(...) Ademais, as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda.

(...) terceira barreira importante – a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais.

(...) Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” *Ibid.*, p. 22-24.

⁶⁵ “As vantagens dos ‘habituais’: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. (...) os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos.” *Ibid.*, p. 25-26.

“Para Salomão, é preciso acabar com o ‘jogo de empurra’ que interessa apenas a quem ainda usa a lentidão judicial como forma de ganhar dinheiro: ‘Todos estão acomodados. As empresas estão acomodadas. Os grandes litigantes do Judiciário estão acomodados porque transferiram o seu call center para a Justiça’.” HAIDAR, Rodrigo. *Cultura do litígio: “empresas transferiram seu call center para o Judiciário”*. **Consultor Jurídico**, 2013.

⁶⁶ “O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.

(...) As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum.” CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 26-27.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 31.

⁶⁸ “Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais.” *Ibid.*, p. 32.

judicare⁶⁹, com o modelo de assistência por advogados remunerados pelos cofres públicos⁷⁰ e com modelos combinados⁷¹.

Medidas muito importantes nesse sentido foram capazes de ceder algumas barreiras ao acesso à justiça. Com o fim de ampliá-lo⁷², a segunda onda enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, diversos daqueles dos pobres. Nas palavras de Cappelletti e Garth, “sem dúvida, uma verdadeira ‘revolução’ está-se desenvolvendo dentro

⁶⁹ “A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao (...) sistema judicare (...), através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado.” Ibid., p. 35.

“O judicare desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio; não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos. (...) Ademais, mesmo que reconheçam sua pretensão, as pessoas pobres podem sentir-se intimidadas em reivindicá-la pela perspectiva de comparecerem a um escritório de advocacia e discuti-la com um advogado particular. (...) o judicare trata os pobres como indivíduos, negligenciando sua situação como classe. (...) Os sistemas judicare, entretanto, não estão aparelhados para transcender os remédios individuais.” Ibid., p. 38-39.

⁷⁰ “esse sistema tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los. Ademais, os escritórios eram pequenos e localizados nas comunidades pobres, de modo a facilitar o contato e minimizar as barreiras de classe. Os advogados deveriam ser instruídos diretamente no conhecimento dessas barreiras, de modo a enfrentá-las com maior eficiência. Finalmente, e talvez mais importante, os advogados tentavam ampliar os direitos dos pobres, enquanto classe, através de casos-teste, do exercício de atividades de lobby, e de outras atividades tendentes a obter reformas da legislação, em benefício dos pobres, dentro de um enfoque de classe.

(...) Em suma, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema judicare, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe. As desvantagens ou limites do sistema (...) provêm de sua grande agressividade e capacidade de criar tais advogados. (...) a maior repercussão e melhor resultado aparente dos casos-teste e das iniciativas de reformas legais, podem na prática levar o advogado (...) a negligenciar os interesses de clientes particulares. (...) Em segundo lugar, muitas pessoas entendem, com alguma razão que um advogado, ao colocar-se na posição de advogado dos pobres e, de fato, ao tratar os pobres como se fossem incapazes de perseguir seus próprios interesses, é muito paternalista.

(...) Provavelmente, um problema ainda mais sério desse sistema é que ele necessariamente depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o próprio governo.

(...) A solução de manter equipes de advogados assalariados, se não for combinada com outras soluções, é também limitada em sua utilidade pelo fato de que – ao contrário do sistema judicare, o qual utiliza a advocacia privada – ela não pode garantir o auxílio jurídico como um direito. Para sermos realistas, não é possível manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos. Por outro lado, e não menos importante, é o fato de que não pode haver advogados suficientes para estender a assistência judiciária à classe média, um desenvolvimento que é um traço distintivo fundamental da maior parte dos sistemas judicare.” Ibid., p. 39-43.

⁷¹ “Alguns países escolheram, recentemente, combinar os dois principais modelos de sistemas de assistência jurídica, depois de terem reconhecido as limitações que existem em cada um deles e que ambos podem, na verdade, ser complementares. (...) O ponto importante, no entanto, é que a possibilidade de escolha em ambos os programas abriu uma nova dimensão. Este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres. Dessa forma, tanto as pessoas menos favorecidas, quanto os pobres como grupo, podem ser beneficiados.” Ibid., p. 43-44.

⁷² “O modelo de advogados de equipe dirige-se à necessidade de reivindicar os interesses difusos dos pobres, enquanto classe, ao passo que outros importantes interesses difusos, tais como os dos consumidores ou dos defensores do meio ambiente continuam sendo ignorados. O reconhecimento desse fato tornou-se a base da segunda importante onda de reformas.” Ibid., p. 49.

do processo civil”⁷³, “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva.”⁷⁴

Dentre algumas reformas, destaca-se a legitimação ativa, isto é, a permissão para que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos⁷⁵, e a mudança do papel do juiz e de conceitos básicos do processo civil⁷⁶. Mesmo assim, considerou-se necessária uma solução pluralística para o problema da representação dos interesses difusos.⁷⁷

O enfoque do acesso à justiça, representado pela terceira onda, “é uma concepção ‘contextual’ do direito”⁷⁸, tendo alcance ainda mais amplo ao focar no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir

⁷³ “esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais.

(...) O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. (...) As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.” Ibid., p. 49-50.

⁷⁴ Ibid., p. 51.

⁷⁵ “Embora seja ainda o principal método para representação dos interesses difusos, (...) a ‘ação governamental’ não tem sido muito bem sucedida. (...) as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua própria natureza incapazes de fazê-lo.

(...) A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Em vista disso, o Ministério Público e suas instituições correspondentes, muitas vezes, não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes. Embora haja sinais de que os procuradores gerais nos países de common law, ou pelo menos nos Estados Unidos, estejam assumindo papel mais importante na proteção dos direitos difusos, também eles têm sido incapazes de desempenhar a tarefa sozinhos;

(...) a criação de certas agências públicas regulamentadoras altamente especializadas (...) são muito importantes, mas, também, limitadas. (...) Os departamentos oficiais inclinam-se a atender mais facilmente a interesses organizados, com ênfase nos resultados das suas decisões, e esses interesses tendem a ser predominantemente os mesmos interesses das entidades que o órgão deveria controlar. Por outro lado, os interesses difusos (...) tendem (...) a não ser organizados em grupos de pressão capazes de influenciar essas agências.” Ibid., p. 51-53.

“Mais requintada reforma é a solução conhecida como ‘Organizational Private Attorney General’ (Procurador-Geral Organizacional Privado), que reconhece a necessidade de permitir ações coletivas no interesse público.

(...) Um segundo nível de reforma: além dos grupos existentes. As reformas (...) avançam muito no sentido de reconhecer o papel importante, e até mesmo essencial, dos grupos privados, ao suplementarem, catalizarem, e mesmo substituírem as ações das agências governamentais. Elas, no entanto, ainda não enfocam o problema de organizar e fortalecer grupos privados para a defesa de interesses difusos.

(...) É preciso encontrar soluções que facilitem a criação de eficientes procuradores-gerais organizacionais.

(...) Esses interesses (...) não puderam encontrar representação através de organizações. Muitos grupos de advogados (liberais) formaram, então, ‘sociedades de advogados do interesse público’, para atender essa demanda.

(...) Os advogados do interesse público têm sido criticados por não serem responsabilizáveis pelos interesses que representam, o que é, em parte, verdadeiro. Existem também dúvidas quanto a sua viabilidade a longo prazo.

(...) existe uma nova e importante instituição norte-americana, que tem sido chamada de assessoria pública. A ideia consiste em usar recursos públicos, mas confiar na energia, interesse e fiscalização dos grupos particulares.” Ibid., p. 56-64.

⁷⁶ “Como a ‘citação’ e o ‘direito de ser ouvido’. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo (...) é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.” Ibid., p. 50.

⁷⁷ Ibid., p. 66.

⁷⁸ CAPPELLETTI, op. cit., p. 555.

disputas nas sociedades.⁷⁹ Ele exige nada menos que o estudo crítico, a procura de alternativas como métodos alternativos de solução de litígios⁸⁰, e a reforma de todo o aparelho judicial.⁸¹

A demanda latente por métodos efetivadores dos novos direitos forçou uma nova reflexão⁸² sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário, com um “enfoque que, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.”⁸³ Frente à insuficiência dos avanços das duas primeiras ondas, “esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis.”⁸⁴ Para Cappelletti e Garth:

O processo (...) não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁸⁵

Como é possível perceber, o conceito de acesso à justiça tem sofrido, até hoje, transformações importantes que encontram correspondência na dinâmica das relações humanas e no estudo e ensino do processo civil⁸⁶, espelhando a evolução da cultura jurídica⁸⁷ da sociedade a partir da análise dos métodos de administração dos conflitos, por exemplo.

⁷⁹ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 67-68.

⁸⁰ CAPPELLETTI, op. cit., p. 575.

⁸¹ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 75.

⁸² “esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas legais ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.” Ibid., p. 71.

⁸³ Ibid., p. 71.

⁸⁴ Ibid., p. 69.

⁸⁵ Ibid., p. 12-13.

⁸⁶ Ibid., p. 9.

⁸⁷ “A cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e em suas

Para Nabais, na perspectiva dos cidadãos, a jurisdição não é um poder do Estado, mas um poder contra o Estado, se constituindo em uma garantia das pessoas, uma garantia para assegurar a realização de direitos legalmente protegidos.⁸⁸

A tal respeito, parece-nos óbvio que a existência de uma jurisdição, de um poder judicial, de um poder entregue a tribunais, que se apresentem como órgãos independentes do poder político e administrativo e que decidam com imparcialidade os litígios jurídicos que lhe sejam submetidos pelas partes, pelos litigantes, constitui um verdadeiro pressuposto do próprio Estado de Direito. Efectivamente, sem a existência e o funcionamento de um poder estadual desse tipo, de um poder judicial, por certo que não poderemos afirmar que estamos perante um Estado de Direito. Por conseguinte, o Estado não pode deixar de ser titular e de exercer a função judicial, fornecendo assim o correspondente serviço de justiça. O que, naturalmente, nada nos diz quanto às específicas possibilidades de realização dessa função estadual. Realização que, como vai subentendido nas nossas palavras, não passa apenas pela instituição e funcionamento de um modelo único de justiça, podendo a mesma ser concretizada segundo modelos relativamente diversificados.⁸⁹

Nesse sentido, a linha do enfoque do acesso à justiça utilizada para o desenvolvimento desse trabalho parte da “necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.”⁹⁰ Segundo Cappelletti e Garth,

Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. (...) também diferem muito em relação ao montante da controvérsia. (...) A importância social aparente de certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.

Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado litígio também devem ser levadas em consideração.⁹¹

É possível concluir que o acesso à justiça não se limita à simples conclusão dada pelo Poder Judiciário ao caso, muito menos ao ajuizamento de ações na Justiça fisicamente

organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania.” SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, op. cit., p. 42.

⁸⁸ NABAIS, op. cit., p. 22-23.

⁸⁹ Ibid., p. 20.

“De um lado, constituindo a jurisdição a garantia por excelência, o Estado não pode deixar de exercer a função jurisdicional, colocando à disposição das pessoas o correspondente serviço de justiça. O que, em contrapartida, não significa erigir essa via em via necessária e única de obtenção da justiça relativamente a todos e quaisquer litígios. Significa antes que essa via não tem que ser única ou exclusiva. Ou seja, em suma, nem privatização nem monopólio estadual da justiça.” Ibid., p. 23.

⁹⁰ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 71.

⁹¹ Ibid., p. 71-72.

concretizada nos órgãos públicos.⁹² Trata-se da necessidade de alcançar justiça, isto é, a justa tutela do direito.⁹³ Nesse diapasão, Cappelletti e Garth afirmam que

A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a “justiça social”, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas (...) é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos. O “acesso à justiça” precisa englobar ambas as formas de processo.⁹⁴

Conseqüentemente, as limitações das reformas dos tribunais regulares abrem espaço para a utilização de alternativas adequadas aos conflitos que não cabem mais ao Judiciário julgar ou interferir.⁹⁵ Assim, a desjudicialização⁹⁶ é percebida como uma ferramenta de delegação da prestação jurisdicional⁹⁷, inclusive, para que o Judiciário tenha condições de cumprir com suas funções primordiais da forma mais eficiente possível.⁹⁸

o justo apresenta uma dimensão mais larga do que o jurídico, notando-se que este último termo se explica pela aderência ao Direito Positivo – o “fundamento legal” – ao passo que o “justo” se engaja ao que é equânime: o Direito como *ars boni et aequo*. Em suma, hoje cabe antes falar não singelamente em acesso à justiça, mas, como enfatiza Kazuo Watanabe, no

⁹² “Nota-se que a expressão procurar a justiça ou procurar os meus/seus direitos torna-se cada vez mais um sinônimo de propor uma ação judicial e de estender sine die o problema. Não porque a prestação jurisdicional reflita de modo inequívoco o conceito de justiça, mas porque a essência desta está cada vez mais distante da realidade vivida nas grandes cidades brasileiras. É quase uma forma de promover um sofrimento vingativo ao outro.” BATISTA, Fernando Natal. **O Repensar do Acesso à Justiça e a Opção pelo Legislador quanto ao Resgate dos Meios Consensuais de Resolução de Conflitos como Equivalentes Jurisdicionais**. Encontro de Administração da Justiça – ENAJUS. 2. ed. Anais, Brasília: UNB, 2019. p. 5.

⁹³ “No contexto de nossas cortes e procedimentos formais, a ‘justiça’ tem significado essencialmente a aplicação das regras de direitos aos fatos verdadeiros do caso. (...) A nova atitude em relação à justiça reflete o que o Professor Adolf Homburger chamou de ‘uma mudança radical na hierarquia de valores servida pelo processo civil’.” CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 93.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 93.

⁹⁵ “Embora a jurisdição seja ‘função preponderantemente estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares’, ela não precisa ser, necessariamente, uma função estatal.” PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 62.

⁹⁶ Pedroso explica o instituto da desjuridificação por meio de três grandes conceitos: deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização. Enquanto o movimento de resolução alternativa de litígios se encontra no segundo conceito, a desjudicialização trata dos meios informais e recurso a não juristas nos processos em tribunal e da transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais e para “velhas” ou “novas” profissões. PEDROSO, João. **Percursos da(s) reforma(s) da administração da justiça**: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. v. 171. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, abr. 2002. p. 16-17.

⁹⁷ Exemplos de desjudicialização no ordenamento jurídico brasileiro: procedimento especial de venda de bem dado em garantia, à luz do Decreto-lei nº 70/66; possibilidade de reconhecimento da paternidade diretamente no registro de nascimento, por escritura pública ou particular arquivado na serventia, por testamento, mesmo que incidental, à luz da lei nº 8.560/92; procedimento de registro de nascimento após o prazo legal por meio da lei nº 11.790/08; procedimento de usucapião no artigo 1.071 do CPC/15; e artigos 384, 571, 610, § 1º, 703, § 2º, 733, entre outros, do CPC/2015.

⁹⁸ “A engrenagem judiciária formal de côrtes de Justiça, naturalmente, continuará a ser necessária e vital não só para lidar com importantes questões de direito, incluindo temas de significação constitucional, como também para julgar questões vultosas e substanciais que afetem interesses vultosos e substanciais.” Jacob, I.H., nota supra 57, seção X. Apud CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 76.

acesso à ordem jurídica justa, isto é: resolução do conflito em modo equânime, tecnicamente consistente e num tempo razoável.⁹⁹

Considerando que o acesso à justiça é muito mais amplo que o acesso aos órgãos judiciais estatais, abre-se a perspectiva de um sistema amplo, com variados métodos adequados de solução de conflitos de acordo com o princípio da adequação da tutela¹⁰⁰, ou seja, com o método mais adequado, encontrado através da observância das especificidades de cada caso e de fatores como custos, celeridade, sigilo, relação entre as partes, flexibilidade procedimental, exequibilidade, questões emocionais, especificidade da matéria etc.¹⁰¹ Nas palavras de Didier Jr. e Zaneti Jr.,

A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas.

Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.¹⁰²

Em suma, a concepção de Justiça multiportas, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ, “se caracteriza pela oferta ao

⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 406-407.

¹⁰⁰ “Um sistema de resolução de disputas envolve a deliberada organização de recursos e capacidades para a criação de processos específicos que permitem o gerenciamento dinâmico e a resolução criativa de disputas. Desenhar um sistema de resolução de disputas é uma tarefa complexa, especialmente quando nos deparamos com o envolvimento de diversas partes e com um grande número de diferentes tipos de disputas. Cada conflito tem as suas próprias peculiaridades e é muito difícil se determinar a viabilidade das soluções possíveis de aprimoramento antes de uma análise criteriosa.” FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas no contexto da Justiça Federal: uma introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. Cap. 9. p. 230.

¹⁰¹ “Não é fácil o caminho para o bom funcionamento dos mecanismos adequados de resolução de disputas de maneira integrada ao processo adjudicatório tradicional. Há uma resistência velada e uma dificuldade de implantação desses mecanismos, além da inadequada formação do profissional jurídico para lidar com uma maneira de encarar o conflito que não foca apenas na solução jurídica, mas nos diversos interesses dos envolvidos.

Em outras palavras, há desafios de ordem (a) estrutural; (b) educacional; e (c) cultural a serem superados para que o modelo multiportas possa vir a ser efetivamente implantado e exitoso no Brasil.” LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, v. 244, p. 427-441, jun. 2015. p. 432-433.

¹⁰² DIDIER JR.; ZANETI JR.. In: ZANETI JR.; CABRAL (coord.), op. cit., p. 36.

cidadão de diferentes opções de resolver suas controvérsias, conforme as particularidades do caso concreto”.¹⁰³

De acordo com esse modelo, os meios adequados são tão importantes quanto o processo civil tradicional.¹⁰⁴ Não se tratam de métodos alternativos no sentido de haver menos segurança ou ser a última opção frente ao sistema judiciário, mas, sim, de métodos adequados para a efetividade da tutela, o que se encontra em perfeita conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Cahali ensina que

Quando se usa a palavra “alternativa”, não há aí qualquer intenção de diminuir a arbitragem em relação ao Poder Judiciário, como se se tratasse de um método menos importante, nem de relegar a jurisdição estatal para qualquer outro patamar diferente daquele que ela já ocupa. A arbitragem é, na verdade, como todos os demais métodos de resolução de conflitos, inclusive o judicial, um meio adequado para a solução de determinados casos, dadas as características peculiares de certas disputas.¹⁰⁵

Goldberg, Sander, Rogers e Cole levantaram argumentos variados para o sucesso da utilização desses métodos adequados na experiência americana: o descongestionamento dos tribunais e a redução dos custos e do tempo na resolução de conflitos, a maior participação e protagonismo da comunidade nos processos, a facilitação do acesso à justiça e a disposição de formas mais efetivas de resolução de conflitos.¹⁰⁶

Nessa mesma linha de entendimento também foi o legislador brasileiro quando optou expressamente por adotar os meios adequados de solução de conflitos como equivalentes jurisdicionais e políticas públicas de fortalecimento do acesso à justiça.¹⁰⁷ É clara, no

¹⁰³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. Parte 3. Cap. 1. p. 129.

¹⁰⁴ LESSA NETO, op. cit., p. 429.

¹⁰⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 31.

“Primeiramente, é preciso respeitar a escolha dos interessados e garantir que ela seja feita em igualdade de condições (...).

Depois, é preciso considerar a ‘adequação’ do meio – e a sua ‘alternatividade’. Aos olhos do CPC não há superioridade da justiça estatal em relação aos meios de solução de controvérsias.” DIDIER JR.; ZANETI JR.. In: ZANETI JR.; CABRAL (coord.), op. cit., p. 37.

¹⁰⁶ GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes**. 6. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2012.

¹⁰⁷ “Em um passado bem distante, nos artigos 160, 161 e 162 da Constituição do Império, de 1824, já havia previsão expressa da arbitragem, mediação e conciliação, bem como da figura dos juizes de paz, que tinham a função de mediar e conciliar litígios.

Contudo, ao longo da história, os juizes de paz foram gradativamente perdendo suas funções. Principalmente, depois dos governos militares, com suas tendências centralizadoras. Essa figura, então, ficou reduzida à celebração de casamentos. Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter voltado a prever a função do juiz de paz com poderes conciliatórios, na prática não vemos essa atuação.

CPC/2015, a política de efetivação desse acesso por meio da conscientização e mudança de mentalidade dos operadores do direito. Nesse sentido, o seu artigo 3º prevê, de forma ainda mais ampla que a CRFB/1988¹⁰⁸, que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, e, segundo Pinho e Mazzola, “a jurisdição é una, mas o exercício jurisdicional pode ser compartilhado”, formando uma rede jurisdicional colaborativa.¹⁰⁹

Disso, a função jurisdicional representa o dever estatal de solucionar conflitos por meio das modalidades chiovendiana, de atividade substitutiva de órgãos públicos ou de particulares¹¹⁰, e carneluttiana, de composição da lide por equivalentes jurisdicionais.¹¹¹ Para isso, são previstas e estimuladas, no novo CPC, muitas outras formas de enfrentamento, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.¹¹²

Nos últimos anos, foram elaboradas, ainda, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e a Lei nº 13.140/2015, sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Vale destacar também a alteração significativa na Lei nº 9.307/1996 por meio da Lei nº 13.129/2015, que amplia o âmbito de aplicação da arbitragem e dispõe sobre a escolha dos árbitros, a interrupção da prescrição pela adoção do instituto, a concessão de tutelas cautelares e de urgência no procedimento arbitral e a carta e sentença arbitrais.

A conciliação também foi prevista no Código de Processo Civil de 1973 e na Lei dos Juizados Especiais Cíveis, porém, em sentido diferente do atual Código de Processo Civil, pois se assemelhava a um ato processual meramente formal.” ASSIS, Carolina Azevedo. A justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 44, v. 297, p. 399-417, nov. 2019. p. 402-403.

¹⁰⁸ “Art. 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” BRASIL, op. cit., 1988.

¹⁰⁹ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 279.

¹¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. v. II. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 9-14.

¹¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 62-63.

¹¹² “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Seção V – Dos conciliadores e mediadores judiciais. Capítulo V – Da audiência de conciliação ou de mediação.” BRASIL, op. cit., 2015.

CAPÍTULO 3. Arbitragem no Brasil: estado da arte

Praticada desde a antiguidade, cerca de 3.000 anos a.C., a arbitragem era utilizada para solucionar controvérsias tanto no âmbito do direito interno como entre cidades-estados da Babilônia.¹¹³

Foi utilizada também entre os gregos, tanto entre particulares como entre cidades-estados, a exemplo do Tratado de Paz entre Esparta e Atenas, em 445 a.C.¹¹⁴

Aproximando o instituto da realidade brasileira, as Ordenações Afonsinas, de 1500, bem como as Ordenações Manuelinas, de 1521, já regulavam o juízo arbitral. Em 1603, foi prevista, nas Ordenações Filipinas, a exequibilidade da sentença arbitral independentemente de homologação e a distinção entre arbitramento e juízo arbitral por meio da regulação das atividades dos juízes árbitros e dos arbitradores¹¹⁵. Aqueles, contrariamente a estes, “deveriam conhecer não somente das coisas e razões, mas também do Direito”.¹¹⁶

Posteriormente, a Constituição Imperial de 1824 também possibilitou a instituição do juízo arbitral¹¹⁷. Nesse sentido, o Código Comercial de 1850 tornou obrigatória a arbitragem nas causas entre sócios de sociedades comerciais durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia¹¹⁸. O tema recebeu regulamentação mais detalhada no

¹¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Tese de Doutorado, 1990. p. 33.

¹¹⁴ MORAIS; SPENGLER, op. cit., p. 205.

¹¹⁵ “Basicamente três características se destacam, já em primeira análise. Em primeiro lugar, a sentença arbitral se sujeitava, sempre a recurso, mesmo que contivesse o compromisso cláusula proibitiva. Nesse caso, se uma das partes recorresse, subordinava-se a pena convencional, não sendo seu recurso provido.

Havia razão para essa aparente contradição entre compromisso proibindo recurso, e lei, admitindo-o sempre. Ocorre que a sentença arbitral não se sujeitava a homologação judicial.

Se contradição havia, foi extinta pela Constituição de 1824. Esta determinada que a sentença arbitral seria executada sem recurso, se assim dispusessem as partes no compromisso. Transformou-se a sentença em verdadeiro título executivo, jurisdicionando-se a arbitragem.

Terceira característica das Ordenações é a distinção entre juízes árbitros e arbitradores. A estes cabia a tarefa de estimar, àqueles a de julgar. Na verdade, os arbitradores pronunciavam-se apenas sobre matéria de fato, eram espécie de peritos. Os árbitros, a seu turno, eram verdadeiros juízes, pronunciando-se não somente sobre matéria de fato, como também sobre matéria de Direito.” FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 171-172.

¹¹⁶ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 282.

¹¹⁷ “Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”

¹¹⁸ “O art. 294 do referido Código determina se submetam, obrigatoriamente, a juízo arbitral as questões havidas entre sócios, quer seja durante a vida da sociedade, quer durante seu processo de extinção.

Ademais, trata o art. 302, 5, do mesmo Código, da cláusula compromissória, incluindo-a no conteúdo do contrato social, que deveria indicar a forma de nomeação dos árbitros. Tal cláusula não era, entretanto, essencial, porquanto em sua falta não ficariam os sócios impedidos de realizar compromisso.” FIUZA, op. cit., p. 172.

Decreto nº 737/1850, que restringiu a regra prevista no Código Comercial às causas estritamente comerciais.¹¹⁹

A Constituição de 1891 abandonou a previsão da Carta Imperial, mas previu o recurso à arbitragem internacional na solução de conflitos entre Estados.¹²⁰ Em um momento seguinte, no Código Civil de 1916, a arbitragem foi classificada como um compromisso acordado entre as partes, isto é, como negócio jurídico.¹²¹

Já a Constituição Republicana de 1934 transferiu para a União a competência para legislar sobre direito processual e normas gerais da arbitragem comercial¹²² e, em 1937, os

¹¹⁹ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 282-283.

“Além de distinguir a arbitragem voluntária da necessária, traça limites ao poder dos árbitros, que deveriam julgar conformemente às normas comerciais e cláusulas do compromisso.” FIUZA, op. cit., p. 172.

¹²⁰ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 283.

“Art.34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 11. autorizar o Governo a declarar guerra, si não tiver lugar ou mallograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz;”

¹²¹ Ibid., p. 283.

“Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais.

Art. 1.038. O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro pode celebrar-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, por onde correr a demanda; o segundo, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes e duas testemunhas.

Art. 1.039. O compromisso, além do objeto do litígio a ele submetido, conterà os nomes, sobrenomes e domicílio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para os suprir, no caso de falta ou impedimento.

Art. 1.040. O compromisso poderá também declarar: I - O prazo em que deve ser dada a decisão arbitral. II - A condição de ser esta executada com ou sem recurso para o tribunal superior. III - A pena, a que, para com a outra parte, fique obrigada aquela que recorrer da decisão, não obstante a clausula <<sem recurso>>. Não excederá esta pena o terço do valor do pleito. IV - A autorização, dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito. V - A autoridade, a eles dada, para nomearem terceiro arbitro, caso dividirem, se as partes o não nomearem. VI - Os honorários dos árbitros e a proporção em que serão pagos.

Art. 1.041. Os árbitros são juizes do fato e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes.

Art. 1.042. Se as partes não tiverem nomeado o terceiro arbitro, nem lhe autorizado a nomeação pelos outros (art. 1.040, n. V), a divergência entre os dois árbitros extinguirá o compromisso.

Art. 1.043. Pode ser arbitro, não lhe vedando a lei, quem quer que tenha a confiança das partes.

Art. 1.044. Instituído, judicial ou extrajudicialmente o juízo arbitral, nele correrá o pleito os seus termos, segundo o estabelecido nas leis do processo.

Art. 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instancia, como arbitro nomeado pelas partes.

Art. 1.046. Ainda que o compromisso contenha a clausula <<sem recurso>> e pena convencional contra a parte insubmissa, terá esta o direito de recorrer para o tribunal superior, quer no de ter o arbitro excedido seus poderes. Parágrafo único. A este recurso, que será regulado por lei processual, precederá o depósito da importância da pena, ou prestação de fiança idônea ao seu pagamento.

Art. 1.047. O provimento do recurso importa a anulação da pena convencional.

Art. 1.048. Ao compromisso se aplicará, quanto possível, o disposto acerca da transação (arts. 1.025 a 1.036).”

¹²² “A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 manteve a previsão de arbitragem para disputas internacionais (art. 4.º e art. 40, ‘b’), estabeleceu que competia privativamente à União legislar sobre arbitragem comercial (art. 5.º, XIX, ‘c’), bem como, no art. 13 das Disposições Transitórias, dispôs que, ‘dentro de cinco anos, contados da vigência desta Constituição, deverão os Estados resolver as suas questões de limites, mediante acordo direto ou arbitramento.’ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 28.

Estados foram autorizados a legislarem sobre a formação de organizações públicas para a realização de arbitragem.¹²³

Em 1939, foi aprovado o primeiro CPC unificado, que manteve a tendência ao tratar do juízo arbitral¹²⁴. Por outro lado, as Constituições de 1946¹²⁵ e 1967¹²⁶ limitaram a

¹²³ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 283.

¹²⁴ “Art. 1.031. Não poderão ser árbitros: I – os incapazes; II – os analfabetos; III – os estrangeiros.

Art. 1.032. Instituído o juízo arbitral, os árbitros deverão declarar, no prazo de dez (10) dias, si aceitam a nomeação, presumindo-se a recusa do que, interpelado, não responder. Parágrafo único. No caso de falta, recusa ou impedimento de qualquer dos árbitros, será convocado o substituto.

Art. 1.033. O árbitro poderá ser arguido de suspeito, nos casos do art. 185. § 1º Aceita a arguição pelo árbitro recusado, ou pela parte que o nomeou, extingui-se-à o compromisso, si não houver substituto. § 2º Impugnada a arguição pelo arguido ou pela parte que o nomeou, apresentar-se-à a exceção ao juiz competente para homologar o laudo, seguindo-se o processo comum no que fôr aplicável (Livro II, Título V, Capítulos I e II)

Art. 1.034. Como escrivão do juízo arbitral funcionará um dos árbitros, si outra pessoa não fôr designada no compromisso.

Art. 1.035. Celebrado o compromisso na pendência da lide, os autos serão entregues aos árbitros, mediante recibo e independentemente de traslado. Parágrafo único. Não se admitirá juízo arbitral depois de proferida a decisão em qualquer instância.

Art. 1.036. Nomeados, os árbitros concederão às partes o prazo comum de dez (10) dias para apresentação de alegações e documentos. § 1º Em prazo igual e comum, poderão as partes dizer sobre as alegações apresentadas. § 2º As alegações e documentos serão acompanhados de cópias, que o escrivão entregará aos árbitros e à parte adversa, autuando os originais. § 3º Após a audiência para instrução e debate, que se realizará com a presença das partes, outra será designada pelo relator para publicação da sentença.

Art. 1.037. O laudo será deliberado em conferência, por maioria de votos, e, em seguida, reduzido a escrito por um dos árbitros. § 1º Havendo empate, o Árbitro desempatador será convocado para, no prazo de vinte (20) dias, adotar uma das decisões. § 2º A nomeação do desempatador pelos árbitros, si autorizada pelo compromisso, far-se-à antes do julgamento.

Art. 1.038. O laudo conterá: I – a indicação das partes; II – a indicação do ato de compromisso; III – a indicação sumária dos motivos; IV – a decisão ; V – o dia, mês, ano e lugar em que foi proferido; VI – a assinatura de todos os Árbitros. § 1º Será válido, entretanto, o laudo assinado pela maioria dos árbitros, uma vez que assim hajam todos resolvido em conferência. § 2º No laudo, os árbitros se pronunciarão sobre as despesas do juízo.

Art. 1.039. Ficará sem efeito o compromisso: I – si os árbitros divergirem quanto à nomeação do desempatador, de modo que nenhum obtenha maioria absoluta; II – em caso de recusa de qualquer dos árbitros, ou de seu substituto, antes de aceita a nomeação; III – si houver empate no julgamento, sem que tenham as partes nomeado o desempatador ou autorizado sua nomeação; IV – no caso de dispersão de votos, sem que qualquer deles reúna maioria; V – quando a decisão não for proferida dentro do prazo marcado no compromisso ou fixado em lei; VI – si falecer qualquer das partes, deixando herdeiro incapaz; VII – si qualquer dos árbitros falecer ou ficar impossibilitado a de dar a sua decisão, e não houver substituto.

Art. 1.040. Nos casos omissos aplicar-se-ão as disposições relativas ao juízo comum.

Art. 1.041. A execução da sentença arbitral dependerá de homologação.

Art. 1.042. Será competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que, originariamente, competir o julgamento da causa.

Art. 1.043. No prazo de cinco (5) dias, contados da data da assinatura, o laudo será depositado no cartório do juízo competente para a homologação. Parágrafo único. Feito o depósito dentro do prazo e verificada a regularidade do laudo, o juiz o declarará executório, conferindo-lhe força de sentença, intimadas as partes.

Art. 1.044. Assinado pelas partes o pedido de homologação da sentença arbitral, seguir-se-à o julgamento, concedendo-se à que não o houver assinado o prazo de cinco (5) dias para alegação:

Art. 1.045. Será nula a decisão arbitral: I – quando nulo o compromisso; II – quando pronunciada fora dos limites do compromisso ou em desacordo com o seu objeto; III – quando nomeados os árbitros em desacordo com a forma prescrita, desde que a nulidade tenha sido arguida no juízo arbitral; IV – quando infringente de direito expresso, salvo si, autorizado no compromisso, o julgamento tiver sido por equidade; V – quando contiver qualquer dos vícios que anulam as sentenças em geral ; VI – quando pronunciado fóra do prazo assinado aos árbitros no compromisso; VII – quando o laudo nao for depositado no prazo do art. 1.043; VIII – quando o laudo não satisfaça os requisitos enumerados no art.1.038.

Art. 1.046. Caberá recurso de apelação da sentença que homologar, ou não, a decisão arbitral. Parágrafo único. Si o Tribunal anular o laudo mandará que os árbitros julguem novamente a questão, salvo si negada a

arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos no âmbito internacional¹²⁷ e, embora o CPC de 1973 tenha tratado do juízo arbitral, de acordo com Pinho e Mazzola, “a exigência de homologação judicial do ‘laudo’ arbitral retirava a efetividade do instituto, tornando-o burocrático e lento.”¹²⁸

homologação, com fundamento : a) no n. I do artigo anterior, caso em que se extinguirá o compromisso ; b) no n. IV, caso em que o Tribunal aplicará o direito à espécie.”

¹²⁵ “Art 4º - O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado.”

¹²⁶ “Art 7º - Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.”

¹²⁷ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 283.

¹²⁸ Ibid., p. 283.

“Art. 1.072. As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação.

Art. 1.073. O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda; o segundo, por escrito público ou particular, assinado pelas partes e por duas testemunhas.

Art. 1.074. O compromisso conterà sob pena de nulidade: I - os nomes, profissão e domicílio das pessoas que instituírem o juízo arbitral; II - os nomes, profissão e domicílio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para o caso de falta ou impedimento; III - o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor; IV - a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos peritos e das despesas processuais (artigo 20).

Art. 1.075. O compromisso poderá ainda conter: I - o prazo em que deve ser proferido o laudo arbitral; II - a condição de ser a sentença arbitral executada com ou sem recurso para o tribunal superior. III - a pena para com a outra parte, a que fique obrigada aquela que recorrer da sentença, não obstante a cláusula "sem recurso"; IV - a autorização aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito.

Art. 1.076. As partes podem nomear um ou mais árbitros, mas sempre em número ímpar. Quando se louvarem apenas em dois (2), estes se presumem autorizados a nomear, desde logo, terceiro árbitro.

Art. 1.077. Extingue-se o compromisso: I - escusando-se qualquer dos árbitros antes de aceitar a nomeação e não havendo substituto; II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar o seu voto algum dos árbitros, sem que tenha substituto; III - tendo expirado o prazo a que se refere o artigo 1.075, número I; IV - falecendo alguma das partes e deixando herdeiro incapaz; V - divergindo os árbitros quanto à nomeação do terceiro (artigo 1.076).

Art. 1.078. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recursos, salvo se o contrário convençionarem as partes.

Art. 1.079. Pode ser árbitro quem quer que tenha a confiança das partes. Excetuam-se: I - os incapazes; II - os analfabetos; III - os legalmente impedidos de servir como juiz (art. 134), ou os suspeitos de parcialidade (artigo 135). Parágrafo único. A exceção de impedimento ou de suspeição será apresentada ao juiz competente para a homologação.

Art. 1.080. O árbitro, que não subscreveu o compromisso, será convidado a declarar, dentro de dez (10) dias, se aceita a nomeação; presumindo-se que a recusou se, nesse prazo, nada reponder.

Art. 1.081. O árbitro é obrigado a proferir o laudo no prazo do artigo 1.075, número I, contado do dia em que é instituído o juízo arbitral.

Art. 1.082. Responde por perdas e danos o árbitro que: I - no prazo, não proferir o laudo, acarretando a extinção do compromisso; II - depois de aceitar o encargo, a ele renunciar sem motivo justificado.

Art. 1.083. Aplicam-se aos árbitros, no que couber, as normas estabelecidas neste Código acerca dos deveres e responsabilidades dos juízes (artigo 133).

Art. 1.084. O árbitro tem direito a receber os honorários que ajustou pelo desempenho da função. Á falta de acordo ou de disposição especial no compromisso, o árbitro, depois de apresentado o laudo, requererá ao juiz competente para a homologação que lhe fixe o valor dos honorários por sentença, valendo esta como título executivo.

Art. 1.085. Considera-se instituído o juízo arbitral, tanto que aceita a nomeação pelo árbitro, quando um (1) apenas, ou por todos, se forem vários. § 1º Quando o juízo for constituído de mais de um (1) árbitro, funcionará como presidente o mais idoso, salvo se as partes, no compromisso, convençionarem de outro modo. § 2º O presidente ou o árbitro designará o escrivão.

Já naquela época, o governo federal não demorou a perceber o atraso da legislação nacional brasileira em relação aos países do globo. Em 1981, foi criado o primeiro anteprojeto

Art. 1.086. O juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso: I - empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros; II - decretar medidas cautelares.

Art. 1.087. Quando for necessária a aplicação das medidas mencionadas nos números I e II do artigo antecedente, o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo.

Art. 1.088. Instituído o juízo arbitral, nele correrá o pleito em seus termos.

Art. 1.089. Se já estiver pendente a causa, o presidente ou o árbitro, juntando o compromisso ou depois de assinado o termo (artigo 1.073), requererá ao juiz do feito que mande entregar-lhe os autos mediante recibo e indepedentemente de traslado.

Art. 1.090. O juízo arbitral responde pela restituição dos autos, depois do julgamento ou da extinção do compromisso.

Art. 1.091. As partes podem estabelecer o procedimento arbitral, ou autorizar que o juízo o regule. Se o compromisso nada dispuser a respeito, observar-se-ão as seguintes regras: I - incumbe a cada parte, no prazo comum de vinte (20) dias, assinado pelo juízo, apresentar alegações e documentos; II - em prazo igual e também comum, pode cada uma das partes dizer sobre as alegações da outra; III - as alegações e documentos serão acompanhados de cópias, para serem entregues a cada um dos árbitros e à parte adversa, sendo autuados pelo escrivão os originais.

Art. 1.092. Havendo necessidade de produzir prova (artigo 1.086), o juízo designará audiência de instrução e julgamento.

Art. 1.093. O juízo proferirá laudo fundamentado no prazo de vinte (20) dias. § 1º O laudo será deliberado, em conferência, por maioria de votos e reduzido a escrito por um relator. § 2º O árbitro, que divergir da maioria, fundamentará o voto vencido.

Art. 1.094. Surgindo controvérsia acerca de direitos sobre os quais a lei não permite transação e verificando-se que de sua existência ou não dependerá o julgamento, o juízo suspenderá o procedimento arbitral, remetendo as partes à autoridade judiciária competente. Parágrafo único. O prazo para proferir o laudo arbitral recomeça a correr, depois de juntada aos autos a sentença, passada em julgado, que resolveu a questão prejudicial.

Art. 1.095. São requisitos essenciais do laudo: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a indicação do compromisso e o objeto do litígio; II - os fundamentos da decisão, mencionando-se expressamente se esta foi dada por equidade; III - a decisão; IV - o dia, mês, ano e lugar em que foi assinado.

Art. 1.095. São requisitos essenciais do laudo: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a indicação do compromisso e o objeto do litígio; II - os fundamentos da decisão, mencionando-se expressamente se esta foi dada por equidade; III - o dispositivo; IV - o dia, mês, ano e lugar em que foi assinado.

Art. 1.096. O laudo será publicado em audiência de julgamento. O escrivão dará, no mesmo ato, a cada parte uma (1) cópia do laudo e remeterá os autos, em que este foi proferido, ao cartório do juízo competente para a homologação, dentro em cinco (5) dias.

Art. 1.097. O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; contenta a condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (artigo 584, número III).

Art. 1.098. É competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originalmente tocar o julgamento da causa.

Art. 1.099. Recebidos os autos, o juiz determinará que as partes se manifestem, dentro de dez (10) dias, sobre o laudo arbitral; e em igual prazo o homologará, salvo se o laudo for nulo.

Art. 1.100. É nulo o laudo arbitral: I - se nulo o compromisso; II - se proferido fora dos limites do compromisso, ou em desacordo com o seu objeto; III - se não julgar toda a controvérsia submetida ao juízo; IV - se emanou de quem não podia ser nomeado árbitro; V - se os árbitros foram nomeados sem observância das normas legais ou contratuais; VI - se proferido por equidade, não havendo a autorização prevista no artigo 1.075, IV; VII - se não contiver os requisitos essenciais exigidos pelo artigo 1.095; VIII - se proferido fora do prazo.

Art. 1.101. Cabe apelação da sentença que homologar ou não o laudo arbitral. Parágrafo único. A cláusula "sem recurso" não obsta à interposição de apelação, com fundamento em qualquer dos vícios enumerados no artigo antecedente; o tribunal, se negar provimento à apelação condenará o apelante na pena convencional.

Art. 1.102. O tribunal, se der provimento à apelação, anulará o laudo arbitral: I - declarando-o nulo e de nenhum efeito, nos casos do artigo 1.100, números I, IV, V e VIII; II - mandando que o juízo profira novo laudo, nos demais casos."

de lei sobre o tema. Todavia, o trabalho foi abandonado. O mesmo aconteceu com o de 1986 e 1988, todos de iniciativa de setores governamentais.¹²⁹

Em 1991, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, lançou-se a Operação Arbitrer, cuja finalidade era debater o instituto e elaborar o anteprojeto de lei que, futuramente, daria origem à Lei de Arbitragem. Unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, “foram recebidas sugestões dos mais diversos setores de atividades, de professores universitários, de membros do Poder Judiciário e da Câmara de Comércio Internacional, entre outros.”¹³⁰

Por fim, atualmente o instituto é previsto no CPC/2015¹³¹ e regulado inteiramente por lei específica declarada constitucional¹³² – Lei nº 9.307/1996, reformada em 2015 pela Lei nº 13.129/2015.

¹²⁹ Anteprojeto de lei de 1981: “Foram atacados os dois males de que padecia o instituto: dava o anteprojeto equiparação de efeitos entre compromisso e cláusula arbitral, de modo que na presença de um ou de outra poder-se-ia afastar a competência do juiz estatal, estabelecendo-se, ao mesmo tempo, disciplina própria para a execução específica de cláusula compromissória na hipótese de haver resistência de alguma das partes quanto à instituição da arbitragem; além disso, decretava o anteprojeto em questão a desnecessidade de homologação de laudo arbitral, que ficava equiparado a um título executivo extrajudicial.”

Anteprojeto de lei de 1986: “à semelhança do anteprojeto anterior, previa que a mera estipulação de arbitragem seria suficiente para afastar a competência do juiz togado, dispondo minuciosamente sobre o procedimento da ‘ação de cumprimento de estipulação arbitral’ (execução específica da obrigação de celebrar compromisso). Um dos grandes problemas relativos ao tema, porém, não foi solucionado pela comissão relatora: na ação de execução específica, não havendo acordo entre as partes para a nomeação de árbitro ou árbitros, cada parte deveria indicar o seu, cabendo a estes a indicação do árbitro desempataador (...), sem levar em consideração eventual previsão diversa da cláusula compromissória, que restaria superada.

(...) Entre outros tópicos de desajuste, cumpre citar o art. 1º, onde se confundia arbitragem (meio de solucionar controvérsias) com arbitramento (meio de integrar um elemento faltante em um contrato), pretendendo-se com isso, de modo impróprio, criar lei que pudesse servir aos dois propósitos.”

Anteprojeto de lei de 1988: “procurou o anteprojeto disciplinar a cláusula compromissória juntamente com o compromisso, estatuinto que este e aquela poderiam servir para a instituição da arbitragem. O resultado mostrou que não houve atenção e cuidado necessários para a reforma do Código de Processo Civil então pretendida: o art. 1.074, na redação sugerida, disporia que tanto a cláusula arbitral quanto o compromisso deveriam conter, sob pena de nulidade, o objeto do litígio, o que não é razoável, já que a cláusula compromissória estabelece a solução arbitral para litígios eventuais e futuros, decorrentes da relação negocial.

Outro equívoco (...) resultou da redação que se pretendia dar ao art. 1.078, §§ 1º e 2º, do Estatuto Processual: (...) o laudo arbitral poderia estar sujeito a recurso de apelação, que seria julgado pelo Tribunal de Justiça local! Tal dispositivo certamente acabaria por prestar desserviço à causa da arbitragem, ao invés de agilizar e simplificar o procedimento arbitral.

Outro ponto a observar (...) refere-se à tentativa de inserir dispositivo que estabeleceria a obrigatoriedade de ser o árbitro (ou os árbitros) bacharel de direito.

Não tratou o anteprojeto da questão da homologação do laudo arbitral e muito menos dos problemas ligados ao laudo estrangeiro, de sorte que dois pontos cruciais para o funcionamento regular do instituto foram simplesmente desprezados.” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 5-9.

¹³⁰ Ibid., p. 9-10.

¹³¹ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.” BRASIL, op. cit., 2015.

¹³² Arguição incidental de inconstitucionalidade em autos de homologação de sentença estrangeira. Caso: de acordo com a lei nº 9.307/1996 (artigo 7º), a recusa em cumprir a cláusula compromissória dá ensejo ao ajuizamento de ação especial, com o objetivo de obter em juízo o suprimento judicial da vontade não manifestada. Discutiu-se se não se trataria de mera cláusula obrigacional a ser resolvida em perdas e danos, não

Na reforma de 2015, é nítida a preocupação do legislador em preservar o sistema instituído pela Lei n. 9.307/96, sem se descuidar das necessárias atualizações, a fim de compatibilizar o instituto da arbitragem com alguns institutos do diploma processual e com a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.¹³³

Com a intenção de adequar o instituto às necessidades atuais, a reforma¹³⁴ passou a permitir a arbitragem nas relações que envolvam a Administração Pública (artigo 1º, § 1º). Além disso, regulou a carta arbitral (artigo 22-C) para “facilitar a comunicação entre árbitros e juízes togados”¹³⁵, fixou a competência do juízo arbitral e do Poder Judiciário quando a arbitragem tiver sido pactuada, mas ainda não instituída (artigos 22-A e 22-B), “dirimindo uma antiga discussão em relação a quem caberia analisar os pedidos de tutelas de urgência”,¹³⁶ e positivou o direito de retirada do acionista dissidente que discorda da inserção da convenção de arbitragem no Estatuto Social das Sociedades por Ações, inserindo o artigo 136-A na Lei nº 6.404/1976.

ensejando a obrigatoriedade da utilização da arbitragem, sobretudo diante do art. 5º, XXXV, da CRFB/1988. Prevaleceu o entendimento de que a livre manifestação de vontade, a previsibilidade das consequências do ato e a existência de lei clara sobre a matéria são suficientes para afastar qualquer alegação de inconstitucionalidade. A questão foi discutida também sob o ângulo da autonomia da sentença arbitral e da desnecessidade de sua homologação pelo Judiciário (artigo 31, Lei nº 9.307/1996). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na sentença estrangeira nº 5206-7**. Ministro Marco Aurélio, 30.04.2004.

“O presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, após o término do julgamento, comentou a decisão dizendo esperar que seja dada confiança ao instituto da arbitragem e, a exemplo do que ocorreu em outros países, que essa prática ‘pegue no Brasil também’.” Decisão histórica: STF declara que Lei da Arbitragem é constitucional. **Consultor Jurídico**, 2001.

“Joel Dias Figueira Júnior, defensor da constitucionalidade dos dispositivos, enumera ainda outras razões:

- a) o acesso à jurisdição estatal não deixa de estar garantido às partes. Pelo contrário, está expressamente permitido no art. 33. Caberá à parte interessada pleitear ao Judiciário a anulação da sentença arbitral ou interpor ‘embargos à execução’ (art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307/96), sempre que haja ocorrido nulidade (art. 32) ou alguma das circunstâncias do art. 20, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.307/96;
- b) a execução forçada da sentença somente se dá por meio da provocação da jurisdição estatal, porque decisão é título executivo judicial, conforme art. 41 da Lei n. 9.307/96;
- c) as tutelas de urgência acautelatórias, antecipatórias e inibitórias ou coercitivas somente poderão ser efetivadas pelos juízes togados, pois falta aos árbitros a executio;
- d) surgindo questão que verse sobre direitos indisponíveis, o árbitro deverá suspender o procedimento arbitral, remetendo às partes às vias ordinárias até que se resolva a questão (art. 25 e parágrafo único);
- e) caberá ao Poder Judiciário decidir a respeito da instauração do juízo arbitral quando houver cláusula compromissória e resistência de um dos litigantes em cumpri-la (art. 7º).” PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 288-289.

¹³³ Ibid., p. 284.

¹³⁴ “Nada obstante as inovações positivas, as alterações acabaram sendo tímidas, sobretudo após os vetos presidenciais. Criticou-se o fato de os vetos carecerem de fundamentos mais contundentes e, aparentemente, atenderem a pautas corporativas.

Nesse particular, a supressão da previsão que autorizava a utilização da arbitragem nos contratos consumeristas (art. 4º, § 3º) e nas relações trabalhistas (art. 4º, § 4º) – o texto legal já era bastante comedido – foi considerada um verdadeiro retrocesso.” Ibid., p. 285.

¹³⁵ Ibid., p. 284.

¹³⁶ Ibid., p. 284.

Passada a evolução histórica, é possível conceituar a arbitragem como um método adequado de heterocomposição de conflitos entre pessoas capazes de contratar e relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º). “Enquanto na jurisdição estatal não existem limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria), na arbitragem fala-se em arbitralidade subjetiva (quem pode participar do procedimento) e arbitralidade objetiva (o que pode ser objeto da arbitragem).”¹³⁷

Diante de um litígio atual ou, antes mesmo dele, por meio de convenção contratual, as partes definem um terceiro imparcial com poder de decisão. Respectivamente, trata-se do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, espécies da convenção de arbitragem (artigo 3º).

O árbitro é qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes (artigo 13). Ele possui deveres e responsabilidades, submetendo-se às mesmas regras de impedimento e suspeição dos juízes (artigo 14)¹³⁸ e podendo ser responsabilizado criminalmente¹³⁹, já que, no exercício de suas funções ou em razão delas, é equiparado a funcionário público (artigo 17)¹⁴⁰.

A escolha do profissional deve observar a convenção de arbitragem. Além disso, apesar de não haver limite na lei, a quantidade deve ser sempre ímpar (artigo 13, § 1º), “evitando-se um empate”¹⁴¹. Se as partes convencionarem um número par, será necessária a nomeação de um árbitro adicional pelos árbitros escolhidos. Não havendo acordo, o órgão judiciário competente para o julgamento da causa nomeará o profissional (artigo 13, § 2º).

Se a convenção de arbitragem fizer remissão ao regulamento de alguma instituição, a escolha deve respeitar suas normas. Todavia, de comum acordo, as partes podem afastar a aplicação de dispositivo que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, “autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável” (artigo 13, § 4º).

Em arbitragens com mais de um árbitro, um deles deve ser o presidente para fins de desempate, coordenação e prática de atos (artigos 13, § 5º, 22, § 2º, 26, § único, 29, etc.). Os coárbitros são indicados diretamente pelas partes, assim como o árbitro suplente (artigo 13, §

¹³⁷ Ibid., p. 280.

¹³⁸ “algumas outras situações de impedimento e suspeição dos árbitros são reguladas pelos códigos de ética e pelas diretrizes de conduta de instituições arbitrais.” Ibid., p. 338.

¹³⁹ “Sob o prisma civil, a Lei de Arbitragem não é clara, mas a doutrina confirma a responsabilidade do árbitro pelos danos eventualmente causados em razão de sua má atuação.” Ibid., p. 340.

¹⁴⁰ “De um modo geral, a ideia é proteger as partes de crimes como a concussão, corrupção e prevaricação, disciplinados nos arts. 316, 317 e 319 do Código Penal.” Ibid., p. 340.

¹⁴¹ Ibid., p. 332.

1º), que só atua em caso de vacância da função ou impossibilidade de atuação do árbitro escolhido. Por fim, o secretário, árbitro ou não (artigo 13, § 5º), é quem auxilia outro nas funções administrativas. Todos eles devem atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (artigo 13, § 6º).

Segundo Lemes, a imparcialidade está no vínculo entre as razões de julgamento e o ato executado; ou seja, deve-se dizer a verdade e julgar com exatidão, livre de influências estranhas.¹⁴² “Independência, por sua vez, é a qualidade necessária para que o árbitro julgue sem qualquer pressão política, econômica, profissional ou moral, de modo que ele seja livre para tal função”. Em síntese, enquanto a imparcialidade possui relação com o objeto do litígio, a independência diz respeito à relação do árbitro com as partes.¹⁴³

Pinho e Mazzola acrescentam, ainda, o dever de cooperação, que traduz a postura ativa que todos os sujeitos processuais devem ter visando alcançar a justa composição da lide. Com relação ao árbitro, esse dever possui diferentes facetas:

- a) esclarecimento (agir de modo transparente e pragmático, proferindo comandos claros e objetivos); b) consulta (incentivar o diálogo); c) prevenção (alertar riscos e diligenciar para que os atos processuais não sejam praticados de forma viciada ou para que possam ser corrigidos rapidamente); e d) auxílio (remover eventuais obstáculos impeditivos).¹⁴⁴

Com base no princípio da confiança, o dever de revelação (disclosure) reflete a obrigação do árbitro de revelar qualquer situação capaz de comprometer a sua isenção ou de lhe impedir de atuar no processo arbitral (artigo 14, § 1º).¹⁴⁵ “a independência e a imparcialidade do árbitro devem ser avaliadas objetivamente, não só a partir de fatos concretos, mas também de aparências, independentemente das suas intenções.”¹⁴⁶

Isto leva a rejeitar um árbitro desde que uma circunstância ou um vínculo determinado seja de natureza a alterar o seu julgamento. Isto corresponde a dizer, na linha da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que sublinha “a importância atribuída às aparências e à sensibilidade

¹⁴² LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**: princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001. p. 63.

¹⁴³ GIANNETTI, Leonardo Varella. A Composição do Tribunal Arbitral Tributário: quem pode figurar como árbitro?. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária**: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 9. p. 150-151.

¹⁴⁴ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 451.

¹⁴⁵ “Convém apenas salientar que, no juízo arbitral, é possível que as partes aceitem o árbitro que possua alguma ‘restrição’, respeitando-se, assim, a autonomia da vontade, mas isso deve estar claro e expresso. É o que acontece, por exemplo, quando as partes optam por um amigo comum próximo ou mesmo um parente para dirimir a controvérsia existente.” Ibid., p. 338.

¹⁴⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, n. 12, v. 12, p. 581-597, 2013. p. 589. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8692/6564>. Acesso em: 06 abr. 2022.

acrescida do público às garantias de uma boa justiça”, que a aparência de independência do árbitro é essencial, independentemente de suas verdadeiras intenções.¹⁴⁷

A recusa do árbitro também pode partir da parte interessada, desde que ela apresente, na primeira oportunidade de manifestação (artigo 20) a partir da ciência do fato, a exceção juntamente com suas razões e provas (artigo 15). Havendo acolhimento, o árbitro será substituído, na forma do artigo 16¹⁴⁸. Não havendo, cabe a rediscussão da questão em sede de ação anulatória pelo Poder Judiciário (artigos 20, § 2º, e 33).

Mais do que pela essencial confiança, a escolha do árbitro¹⁴⁹ se mostra atrativa frente à possibilidade do alcance de uma tutela mais efetiva, graças ao conhecimento qualificado, técnico e especializado do julgador. Segundo Cahali, esse é o motivo pelo qual a arbitragem é o modelo mais adequado para conflitos complexos que envolvem aprofundamento em matérias específicas e exigem estrutura e tratamento mais detido, “difíceis de serem obtidos no Poder Judiciário pelas suas características e colossal volume de trabalho”.¹⁵⁰

A decisão do árbitro se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial; a diferença é que não foi proferida por integrante do Poder Judiciário. Neste contexto, consensual será a eleição deste instituto, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas a resolução do conflito pelo terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando a sua vontade ou pretensão. A participação das partes, neste instrumento, volta-se a formular pretensões e fornecer elementos que contribuam com o árbitro para que este venha a decidir o litígio.¹⁵¹

¹⁴⁷ KEUTGEN, Guy. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge. In: VAN COMPERNOLLE, Jacques; TARZIA, Giuseppe, L'impartialité du juge et de l'arbitre. Bruxelles: Bruylant, 2006. p. 282. Apud Ibid., p. 589.

¹⁴⁸ “Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver. § 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem. § 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.” BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a **arbitragem**. Brasília: 1996.

¹⁴⁹ “Na prática, a escolha dos árbitros é questão relevantíssima na arbitragem. Trata-se de decisão estratégica, que perpassa pela análise da expertise e das características do profissional. Atualmente, já existem entidades especializadas em auxiliar as partes/advogados nesse processo de escolha (...). Podemos citar alguns aspectos a serem considerados no momento de escolha do árbitro: i) conhecimento técnico sobre o assunto objeto do conflito; ii) diligência; iii) disponibilidade; iv) integridade; v) experiência com procedimentos arbitrais; vi) habilidades linguísticas; etc.” PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 331.

¹⁵⁰ CAHALI, op. cit., 2020, p. 121.

¹⁵¹ Ibid., p. 43.

As partes também podem escolher entre a arbitragem de direito, em que é observado o ordenamento jurídico, e a de equidade, com base no conhecimento do árbitro (artigo 2º)¹⁵². Há, ainda, liberdade na definição das regras de direito aplicáveis, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública, e dos prazos (artigos 2º, § 1º e 23, § 2º). Inclusive, o procedimento pode ser baseado nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (artigo 2º, § 2º).

De toda forma, sempre devem ser respeitados o contraditório¹⁵³, a igualdade das partes¹⁵⁴, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento (artigo 21, § 2º)¹⁵⁵, sob pena de anulação da sentença arbitral (artigo 32, inciso VIII)¹⁵⁶.

Como o árbitro é juiz de fato e de direito, da sua sentença não cabe recurso¹⁵⁷ nem homologação pelo Poder Judiciário (artigo 18)¹⁵⁸; logo, a via cabível para impugnar a decisão

¹⁵² “O julgamento por equidade pauta-se pelo uso de critérios não contidos em norma jurídica, com o objetivo de alcançar o melhor resultado possível para o caso concreto.” PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 298.

¹⁵³ “Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, o contraditório passou a ser compreendido não apenas como o direito de participar do procedimento, de ouvir e de ser ouvido (direito de informação-reação), mas sim de influenciar o diálogo – o direito de defender-se provando – e de influir ativamente na construção do pronunciamento judicial (...). O chamado contraditório-influência.” Ibid., p. 348.

¹⁵⁴ “É importante que a igualdade seja assegurada de forma substancial e não meramente formal, valorizando-se a lógica aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Afinal, a igualdade procurada é a igualdade material, ‘não mais perante a lei, mas através da lei’.

(...)

No plano da arbitragem, compete ao árbitro zelar pela igualdade das partes, evitando qualquer privilégio e garantindo as mesmas oportunidades.

(...)

No processo arbitral, a Fazenda Pública, por exemplo, não goza dos mesmos benefícios do processo judicial.” Ibid., p. 349-350.

¹⁵⁵ “cabe ao árbitro formar sua convicção à luz do acervo fático-probatório. Não se trata efetivamente de um ‘livre’ convencimento, mas sim de um convencimento calcado nos fatos e nas provas do processo, levando em conta a lei escolhida pelas partes (salvo se se tratar de arbitragem por equidade).

A motivação está diretamente conectada ao dever de fundamentação (requisito obrigatório da sentença – art. 26, II, da Lei de Arbitragem) e sua inobservância pode ensejar a anulação da sentença arbitral (art. 32, III).” Ibid., p. 350.

¹⁵⁶ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.” BRASIL, op. cit., 1996.

¹⁵⁷ “Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29.” Ibid.

¹⁵⁸ “O árbitro, assim, como o juiz, julga. Ele exerce a cognição, avalia a prova, ouve as partes, determina providências, enfim, preside o processo arbitral.” PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 281.

Intencionalmente, o legislador atribuiu muitos poderes do juiz de direito ao árbitro, com exceção da coercibilidade e da autoexecutoriedade. Enquanto o magistrado tem o poder de executar e tornar coercíveis suas decisões não cumpridas voluntariamente, o árbitro não tem. Portanto, caso uma decisão arbitral seja

arbitral é a ação anulatória (artigo 33) e na fase de cumprimento de sentença arbitral (artigo 33, § 3º), já que esta tem força de título executivo judicial, produzindo os mesmos efeitos da sentença dessa natureza (artigos 515, inciso VII, CPC/2015 e 31, Lei nº 9.307/1996)¹⁵⁹. Essas disposições consubstanciam, indiscutivelmente, a natureza jurisdicional da arbitragem.

Com efeito, atenta aos clamores e à evolução do instituto da arbitragem em terras estrangeiras, optou a Comissão Relatora da Revisão da Lei da Arbitragem (...) por abraçar a teoria publicista. Isso acabou se confirmando, ainda, pela redação do art. 3º do CPC, que alarga o conceito de jurisdição e inclui expressamente a arbitragem e a mediação como métodos adequados de resolução de conflitos.¹⁶⁰

Na falta de convenção entre as partes acerca do prazo para proferimento da sentença arbitral, este é de seis meses, podendo as partes e o árbitro, de comum acordo, prorrogá-lo (artigo 23, § 2º), o que, juntamente com a irrecorribilidade da sentença arbitral e a flexibilidade do procedimento, demonstra a celeridade do método em análise, diferentemente da realidade experimentada no sistema judiciário. Carmona explica que

A flexibilidade do procedimento (...) não significa anarquia, “com as partes e os árbitros organizando o procedimento de acordo com regras exotéricas, alheias à realidade”¹⁶¹, mas sim uma suavização necessária das técnicas típicas do processo estatal, técnicas essas criadas para garantir, em outro ambiente, os direitos dos litigantes.¹⁶²

Estimativas demonstram que, na média, o prazo de solução é pouco superior a um ano, inclusive em arbitragens com certa complexidade.¹⁶³ Cahali destaca, também, a grande probabilidade de benefício econômico-financeiro com a adoção desse procedimento¹⁶⁴:

descumprida, apesar de não caber ao magistrado a apreciação do seu mérito, o Judiciário será acionado, por meio de carta arbitral, para que faça uso da sua força executiva e/ou coercitiva.

“Art. 237. Será expedida carta: IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.” BRASIL, op. cit., 2015.

“Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.” BRASIL, op. cit., 1996.

¹⁵⁹ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.” Ibid.

¹⁶⁰ “Modernamente, a doutrina, seguindo o entendimento de Joel Dias Figueira Jr., procura conciliar as duas concepções da doutrina clássica, considerando a arbitragem um instituto de natureza sui generis, pois nasce da vontade das partes (caráter obrigacional, de direito privado) e, ao mesmo tempo, regula determinada relação de direito processual (caráter público).” PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 287.

¹⁶¹ GAMBOA-MORALES, Nicolás. Notes on collection of evidence in international arbitration: witnesses and experts. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano 2, n. 7, p. 146-153, out. dez. 2005. p. 148.

¹⁶² CARMONA, op. cit., 2019, p. 292.

¹⁶³ CAHALI, op. cit., 2020, p. 122.

Em um primeiro momento, os valores para se instaurar um procedimento arbitral poderiam desencorajar o uso do instituto, mas o resultado final, medido a partir do custo-benefício (por exemplo, a própria confidencialidade, tecnicidade do árbitro ou a insegurança das decisões judiciais), bem como, e especialmente, a celeridade na obtenção do resultado, podem levar a outra conclusão quando comparado a um processo na justiça estatal. Aliás, só em pensar no julgamento em instância única, sem os ônus decorrentes da demora e das despesas para se sustentar o processo com diversos recursos, já se pode reconhecer a vantagem aqui referida.¹⁶⁵

Contudo, nem toda lide pode ser submetida à arbitragem. O legislador enfatizou que, no âmbito público¹⁶⁶, ela só será admitida em litígios relativos a direitos patrimoniais

¹⁶⁴ “Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.” BRASIL, op. cit., 1996.

“Em relação aos honorários advocatícios, também não existe um regramento específico sobre o tema (...). Nada obsta, porém, que as partes regulem a questão, estipulando as bases e condições para a incidência da aludida verba, ou mesmo compactuem a exclusão dos honorários advocatícios.” PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 399.

¹⁶⁵ CAHALI, op. cit., 2020, p. 123.

¹⁶⁶ “A histórica decisão tomada pelo Poder Judiciário a respeito da possibilidade de submeter-se a União a juízo arbitral assentou em dois pontos: primeiro, na tradição, eis que a arbitragem sempre teria sido admitida em nosso ordenamento, mesmo nas causas que envolvem a Fazenda; depois, na autonomia contratual do Estado, que só poderia ser negada se este agisse como Poder Público (hipóteses em que não haveria margem para a disponibilidade do direito).” CARMONA, op. cit., 2019, p. 45.

Exemplos de adoção da arbitragem na Administração Pública:

- a) artigo 93, inciso XV da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações): “O contrato de concessão indicará: o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.”;
- b) Lei nº 9.478/1997 (Lei de Petróleo e Gás): autoriza a Agência Nacional de Petróleo a estabelecer os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos e entre estes e usuários e consumidores, destacando a conciliação e o arbitramento (artigo 20). Além disso, prevê que o contrato de concessão terá como cláusulas essenciais: as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional (artigo 43, inciso X);
- c) artigo 35, inciso XVI da Lei nº 10.233/2001 (Transportes Aquaviários e Terrestres): “O contrato de concessão (...) terá como cláusulas essenciais (...) as relativas a: regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”.
- d) artigo 4º, § 5º, inciso V da Lei nº 10.438/2002 (Energia Elétrica): “homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada (...) à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel;”
- e) artigo 4º da Lei nº 10.848/2004 (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE): “As regras para resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE (...) deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem” (§ 5º); “As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas (...) a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem” (§ 6º);
- f) artigo 11, inciso III da Lei nº 11.079/2004 (Parceria Público-Privada): o instrumento convocatório pode prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem.
- g) artigo 23-A da Lei nº 11.196/2005: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem.”
- h) artigo 4º, inciso XII da Lei nº 11.668/2008 (Lei de Franquias Postais): “são cláusulas essenciais do contrato de franquia postal (...) as relativas: ao foro e aos métodos extrajudiciais de solução das divergências contratuais.”
- i) artigo 31 da Lei nº 14.134/2021 (Transporte de Gás Natural): “Os contratos de comercialização de gás natural deverão conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo, inclusive, prever a convenção de arbitragem.” (§ 5º) e “As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas

disponíveis (artigo 1º, § 1º)¹⁶⁷. Ao interpretar tal previsão para compreender a real intenção do legislador, surgem as seguintes indagações: o que significa a disponibilidade de um direito? Ou seja, quais atos refletem verdadeiras disposições? Qual o limite entre a disposição de um direito público e a justa resolução de uma controvérsia entre os sujeitos da relação tributária? A adoção da arbitragem viola a indisponibilidade do crédito tributário? Tais questões serão desenvolvidas no capítulo seguinte.

De qualquer forma, nesses casos, a arbitragem será pública, em respeito ao princípio da publicidade (artigo 37, CRFB/1988) e ao controle social sobre os atos públicos¹⁶⁸, e de direito (artigo 2º, § 3º), à luz do princípio da legalidade (artigo 37, CRFB/1988)¹⁶⁹.

Por último, vale destacar que, em regra, as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo como remessa necessária¹⁷⁰, intimação pessoal e prazos em dobro são afastadas no procedimento arbitral.¹⁷¹

subsidiárias ou controladas, titulares de concessão ou autorização ficam autorizadas a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem.” (§ 6º).

- j) Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos administrativos): prevê como forma de extinção do contrato a decisão arbitral (artigo 138, III) e como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias a arbitragem (artigo 151), autorizando, inclusive a celebração de aditivos aos contratos já existentes a fim de prever a adoção do instituto (artigo 153).

¹⁶⁷ “Destaca-se um julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal que (...) admitiu a possibilidade de arbitragem que envolva o Poder Público. Com efeito, ao julgar o Agravo de Instrumento 52.181, a Suprema Corte entendeu pela ‘legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda’, concluindo haver ‘legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional’.” STF, Pleno, AI 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973, DJ 15.02.1974, p. 720. Apud CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. **Revista ANNEP de Direito Processual**, n. 1, v. 1, p. 140-162, jan.-jun. 2020. p. 150.

¹⁶⁸ “Enunciado nº 4. Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro.” Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Prevenção e Solução de Conflitos**. Brasília, 2016.

“As informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, por sua vez, só poderão permanecer em segredo de justiça se classificadas como ultrassecretas, secretas ou reservadas, nos termos e na forma dos arts. 23 e 24 da Lei nº 12.527/2011. Não é papel do Tribunal Arbitral, evidentemente, classificar como sigilosos, ou não, os documentos trazidos pelo Poder Público ao procedimento arbitral. Não há, neste particular, qualquer margem de discricionariedade para o árbitro. Caso a informação tenha sido classificada como sigilosa pelo Estado, conforme o procedimento estatuído pela Lei de Acesso à Informação, deverá o Tribunal Arbitral decretar o segredo de justiça ou, ao menos, preservar o sigilo da informação. Do contrário, prevalecerá o princípio da publicidade.” SCHIMDT, Gustavo da Rocha. **A Arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Tese de Mestrado, 2016. p. 53-54. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/16218>. Acesso em: 07. abr. 2022.

“A obtenção de informações que digam respeito a alguma arbitragem que envolva o Poder Público deve ser requerida diretamente à própria Administração, e não ao tribunal arbitral ou ao órgão ou entidade onde tramite o procedimento arbitral. O dever de cumprir com a publicidade é da Administração Pública, e não do tribunal arbitral ou do órgão ou entidade onde tramite a arbitragem.” CUNHA, op. cit., p. 150.

“Enunciado nº 128. O juízo arbitral não se subordina aos pedidos de informação realizados com base na Lei 12.527/2011, quando a Administração Pública for parte no processo arbitral, fundado em razões que justifiquem a limitação de acesso à informação.” Fórum Nacional do Poder Público. **V Fórum Nacional do Poder Público**. Recife, 2019.

¹⁶⁹ “Enunciado nº 11. Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas.” Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, op. cit.

CAPÍTULO 4. O Poder Público e o sistema tributário nacional frente à arbitragem tributária

Retomando alguns dados, segundo o Relatório de Gestão 2020 do Ministério da Economia, a Receita Federal do Brasil é responsável por 96% de toda a arrecadação federal. Em 2020, foram recuperados por meio de ações de cobrança do órgão R\$ 97,99 bilhões para o Fisco.¹⁷²

O valor recuperado com estratégias administrativas cresceu 24,4% naquele ano, chegando a R\$ 15,3 bilhões, o que se deu, em parte, devido a programas de transação tributária. Por outro lado, houve queda de 18% no valor recuperado com estratégias judiciais, totalizando R\$ 6 bilhões.¹⁷³

Para Piscitelli, os números demonstram a premissa de que o exercício da tributação é parte constitutiva do Estado, por viabilizar a sua existência material¹⁷⁴. Logo, devem-se buscar os meios mais eficientes para garantir a arrecadação enquanto receita.

A recuperação dos créditos públicos vencidos e não pagos espontaneamente é de grande importância, uma vez que integram o orçamento do Estado e têm a finalidade de financiar, além da estrutura da administração pública, a proteção dos direitos individuais e coletivos de toda a sociedade. Da necessidade de custear as atividades de prestação de serviços públicos surge a obrigação jurídica do Estado em cobrar as receitas que foram previstas constitucionalmente como fonte de recursos para o custeio das despesas públicas.¹⁷⁵

Nesse sentido, mais do que um alívio para o Judiciário, a arbitragem tributária é uma demanda concreta do Estado Democrático de Direito:

Como decorrência lógica dessa relação de interdependência, tem-se que os valores perseguidos pelo sistema tributário devem refletir os valores relativos ao modelo de Estado pela tributação instituído e mantido. Uma vez que a Constituição de 1988 inaugura um Estado Social e Democrático de

¹⁷⁰ “Enunciado nº 164. A sentença arbitral contra a Fazenda Pública não está sujeita à remessa necessária.” Fórum Permanente de Processualistas. **XI Fórum Permanente de Processualistas**. Brasília, 2022.

“Enunciado nº 117. A sentença arbitral não enseja a remessa necessária.” Fórum Nacional do Poder Público, op. cit.

¹⁷¹ Exceção: “uma sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório, em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem.” CUNHA, op. cit., p. 151.

¹⁷² **Relatório de Gestão 2020**. Brasília: Ministério da Economia, 2020. p. 67. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/rgi_2020.pdf.

Acesso em: 26 mar. 2022.

¹⁷³ Ibid., p. 68.

¹⁷⁴ PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no direito tributário: uma demanda do Estado Democrático de Direito. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 185.

¹⁷⁵ PGFN em números 2021, op. cit., p. 9.

Direito, naturalmente que as normas tributárias devem perseguir e realizar os valores desse modelo de Estado.

Entre esses valores, há um que postulo central: a justiça distributiva. Trata-se de assegurar que os ônus e bônus da tributação sejam distribuídos de modo a reduzir as desigualdades sociais.¹⁷⁶

Para isso, porém, segundo a autora, se deve buscar assegurar a máxima eficiência arrecadatória.¹⁷⁷ Trata-se de um interesse e direito não só estatal, mas também do contribuinte e dos cidadãos em geral, constituindo-se em um verdadeiro interesse público, de todos.

Tratar das nuances da adoção da arbitragem no âmbito público, em especial no direito tributário, significa adentrar no contexto da arbitralidade objetiva, isto é, no conceito do objeto do procedimento – Direito patrimonial disponível –, e classificar interesse público e crédito tributário frente a esse requisito.

A nebulosidade do conceito de indisponibilidade (...) não é novidade, muito menos exclusividade brasileira. Na década de 1960, Marvin Schiller dedicou um ensaio para demonstrar uma plêiade de conclusões que podem ser obtidas segundo o significado atribuído aos termos ‘direitos’ e ‘indisponíveis’. Assim, por exemplo, se a palavra ‘indisponível’ for compreendida como um qualificador que impede a perda ou a restrição de um direito, atingir-se-á um tipo de resultado, caso seja compreendida como impeditivo de renúncia, ter-se-á outras conclusões. Neste ensejo, o autor confirmou que há distintas concepções e conceitos dos termos.¹⁷⁸

Acerca disso, Venturi entende que, no Brasil, a indisponibilidade se tornou expressão autoexplicativa, e sua mera menção basta para justificar tanto a hiperproteção como a ultra restrição do exercício de direitos fundamentais.¹⁷⁹

Apesar da inexistência de expressa conceituação legal, pode-se dizer que os direitos indisponíveis se tratam de uma categoria cujo interesse público de proteção os tornam inabdicáveis, “nas mais diversas formas jurídicas que ‘abdicar’ pode assumir”.¹⁸⁰

Embora seja uma boa compreensão generalizada e um bom ponto de partida para o estudo, em alguns casos, dentre eles o aqui estudado – A (in)viabilidade da arbitragem tributária –, o conceito parece superficial e rígido frente à dinamicidade e efetividade que a realidade impõe.

¹⁷⁶ PISCITELLI. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 185-186.

¹⁷⁷ Ibid, p. 186.

¹⁷⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 51, p. 141-174, jan./mar. 2014. p. 143.

¹⁷⁹ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 251, p. 391-426, jan. 2016. p. 393.

¹⁸⁰ MARTEL, op. cit., p. 158.

Trata-se de extrema e frustrada proteção camuflada de interesse público, o qual não encontra correspondência com seu real conceito, como pais que impedem seus filhos de viverem ricas experiências sob o argumento de uma proteção nada saudável. O que significa proteger? Ter uma postura inteligente a fim de garantir o direito da forma mais eficaz e justa ou suportar a morosidade judicial e, se não bastasse, não alcançar ao final a tutela que efetivamente protege o direito? Venturi afirma, inclusive, que a própria negociação de direitos indisponíveis pode ser um mecanismo de proteção desses direitos.¹⁸¹

Essa confusão de conceitos explica alguns tabus em torno da “misteriosa figura dos direitos indisponíveis” que, segundo o autor, podem estar acarretando a frustração de sua adequada proteção. Trata-se da sua inegociabilidade e da exclusividade da solução puramente adjudicatória do Estado a respeito dos conflitos que os envolvem.¹⁸²

O suposto interesse público de proteção parece tornar os direitos indisponíveis intocáveis e, mais do que isso, inalcançáveis, o que parece muito distante do real interesse público, que se ampara na constitucionalização do Direito Administrativo, isto é, nos direitos fundamentais e na democracia¹⁸³.

Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias (...). A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, a fortiori, a disciplina instrumental e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, a partir das quais o Estado-Administrador deverá se organizar para proteger, promover e compatibilizar direitos individuais e interesses gerais da coletividade.¹⁸⁴

¹⁸¹ VENTURI, op. cit., p. 410.

¹⁸² Ibid, p. 393.

¹⁸³ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan.-mar. 2005. p. 7. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>. Acesso em: 14 jul. 2022.

“Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.

Assim, tem-se que:

(i) a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;

(ii) a definição do que é o interesse público, e de sua prolapada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;

(iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública.” Ibid., p. 7-8.

¹⁸⁴ Ibid., p. 8.

Contrariamente ao individualismo acentuado e ao abuso de poder, o Estado deve objetivar o interesse público, caracterizado pelo atendimento às necessidades da coletividade, esta considerada como a somatória dos interesses dos indivíduos considerados como membros do conjunto social. “O interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado).”¹⁸⁵ “(...) na espécie, consiste na intervenção administrativa que preserva e promove, ao mesmo tempo, ambos os interesses constitucionalmente relevantes.”¹⁸⁶

Como é possível perceber, apesar de não se confundirem, há uma íntima relação entre o chamado interesse público e os interesses individuais. É por isso que o público se diferencia em primário e secundário:

O interesse coletivo primário é formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma multiplicidade de interesses coincidentes. Somente esse interesse poderá ser considerado como interesse público. Ele se difere tanto do interesse de um particular individualmente considerado, quanto do interesse do aparato administrativo, que, por sua vez, são ambos interesses secundários. Tanto o interesse singular de um indivíduo quanto o interesse da Administração Pública enquanto pessoa jurídica podem conflitar ou coincidir com o interesse coletivo primário (que é o verdadeiro interesse público). Tais interesses secundários só poderão ser perseguidos pelo Estado quando houver coincidência entre eles e o interesse público.¹⁸⁷

No Brasil, tal possibilidade de correspondência parece distante. De acordo com Bossa e Vasconcellos, enquanto “a cooperação e a eficiência deveriam legitimar as escolhas (...) dos agentes públicos”, “a realidade brasileira escancara a completa dissociação entre a busca do bem-estar social e o exercício dos poderes de autoridade da Administração Pública.”¹⁸⁸

Do conceito em análise surgem, ainda, os princípios considerados pedras de toque e forças cogentes que guiam a atuação estatal: o princípio da indisponibilidade do interesse público¹⁸⁹ e o da supremacia deste¹⁹⁰, princípios basilares do Poder Público e, consequentemente, do sistema tributário nacional.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 51.

¹⁸⁶ BINENBOJM, op. cit., p. 28.

¹⁸⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr.-jun. 2011. p. 64. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i44.220>. Acesso em: 16 abr. 2022.

¹⁸⁸ BOSSA, Gisele Barra; VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de. Arbitragem tributária e a reconstrução do interesse público. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 49-50.

¹⁸⁹ “Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

A indisponibilidade, geralmente usada de forma genérica, no Direito Administrativo ganha um sentido específico, costumando dizer respeito à sua modalidade normativa.

No tocante ao interesse público, a dita indisponibilidade não representa mais que a vinculação das ações administrativas aos interesses maiores do Estado, significando a obrigatoriedade desses prevalecerem sobre aqueles dos agentes públicos e dos particulares. Não se trata, propriamente, de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse. O agente público quando, em desvio de finalidade, deixa de atender ao interesse público, não está propriamente “dispondo” daquele, mas violando a norma pela qual o interesse público deveria prevalecer.¹⁹¹

Já sobre a supremacia do interesse público sobre o privado, Bossa e Vasconcellos apresentam a seguinte reflexão: “Estaria, então, a Administração Pública em posição privilegiada nas relações com os cidadãos? Poderia se valer desse princípio para sustentar arbitrariedades, condutas corporativistas ou atos e procedimentos ineficientes? Sem dúvida a resposta é negativa.”¹⁹²

Apesar desses princípios, juntamente com a indisponibilidade no âmbito tributário¹⁹³, parecerem incompatíveis com a disponibilidade do direito prevista na Lei nº 9.307/1996, deve-se buscar a interpretação holística do ordenamento jurídico, buscando atender a princípios como da dignidade da pessoa humana, eficiência, celeridade, proporcionalidade, duração razoável do processo etc., os quais refletem o interesse público primário. Este está em perfeita consonância com a busca por soluções eficientes e justas que se traduzem na implementação de métodos adequados de solução de conflitos. Nesse sentido, Binenbojm entende que “Somente a partir da concretização das normas constitucionais e legais vigentes

O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 38.

¹⁹⁰ “as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.” *Ibid.*, p. 36.

¹⁹¹ SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: GABBAY; TAKAHASHI (coord.), op. cit., p. 216.

¹⁹² BOSSA; VASCONCELLOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 49.

¹⁹³ “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.” BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o **Código Tributário Nacional**. Brasília: 1966.

(...) pode-se alcançar, em determinada circunstância, a dimensão do que seja o interesse público.”¹⁹⁴

A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõem ao legislador à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

(...)

Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convencionamos chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.¹⁹⁵

Ora, diante de um litígio no âmbito fiscal, não há dúvidas de que o interesse público, resumido pela somatória dos direitos individuais, deve utilizar o meio mais adequado, capaz de alcançar a solução mais célere, proporcional, razoável e eficiente para ambas as partes. “(...) considerando que o bem comum inclui o bem de suas partes, realizar o interesse público passa, necessariamente, pela consideração dos cidadãos em sua dimensão individual. Público e privado colocam-se, assim, em posição de irresistível vinculação.”¹⁹⁶

Mais do que isso, é preciso impactar de forma positiva o desenvolvimento do sistema judiciário, respeitando o princípio da moralidade¹⁹⁷, o qual “impõe ao agente público condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras para atendimento do interesse público primário. (...) a concepção e aplicação desse princípio fatalmente envolve o equilíbrio nas relações público-privadas.”¹⁹⁸ Nas palavras de Bossa e Vasconcellos:

nos parece adequada a interpretação que une o interesse público aos valores privados. A supremacia do interesse público estará sendo respeitada quando os stakeholders públicos e privados forem capazes dialogar, negociar e gerir

¹⁹⁴ BINENBOJM, op. cit., p. 18.

¹⁹⁵ Ibid., p. 20-21.

“(…) ao contrário de uma regra de prevalência absoluta, tem-se a aplicação do postulado da proporcionalidade, que busca alcançar um ponto de otimização entre os interesses conflitantes no processo de construção da decisão administrativa. Nesta, como em diversas situações, a promoção do interesse público inclui em seu bojo a preservação otimizada do direito individual vis-à-vis dos interesses difusos da sociedade.

(...)

Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.” Ibid., p. 28-30.

¹⁹⁶ Ibid., p. 18.

¹⁹⁷ “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:” BRASIL, op. cit., 1988.

¹⁹⁸ BOSSA; VASCONCELLOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 52.

os recursos com transparência, moralidade, equilíbrio e eficiência, em benefício da sociedade brasileira.¹⁹⁹

Em termos práticos, desde que observados os princípios da Administração Pública e do direito tributário, a adoção da arbitragem em matéria tributária tem o potencial de atender ao interesse público primário²⁰⁰, e não cabe ao Estado, ao Fisco, possuidor de interesses públicos secundários, dispor dos direitos amparados no interesse público primário.

É por isso que o atendimento ao interesse público, independentemente da (in)disponibilidade do direito, parece ser o melhor requisito a ser cumprido para a adoção de uma alternativa de resolução, como ocorre na transação tributária. De acordo com o artigo 1º, § 1º da Lei nº 13.988/2020, “A União, em juízo de oportunidade e conveniência, poderá celebrar transação em quaisquer das modalidades de que trata esta Lei, sempre que, motivadamente, entender que a medida atende ao interesse público.”

Todavia, já que o objeto legal para a adoção da arbitragem na Administração Pública são os direitos patrimoniais disponíveis, feita a ressignificação do conceito de interesse público, serão apresentadas algumas ideias que permitam tornar viável a adoção do instituto no âmbito tributário.

Busca-se interpretar o crédito tributário a ponto de “caber” no conceito de direito patrimonial disponível, sempre com base na razoabilidade. Para isso, é preciso desapegar da letra fria da lei, buscando a real intenção do legislador. Nesse sentido, a presunção de que ele tinha em mente o atendimento ao interesse público é um bom ponto de partida.

É evidente que uma compreensão mais ou menos liberal que se possa adotar a respeito do significado dos direitos indisponíveis depende de uma multiplicidade de fatores econômicos, sociais, político-ideológicos e, é claro, jurídicos. Entretanto, se não parece possível apontar para um estático e correto conceito a respeito da indisponibilidade dos direitos, direcionar-se sua interpretação pragmaticamente, no objetivo de projetar melhores resultados quanto à sua efetiva proteção, certamente é tarefa que desafia a prestação da Justiça no século XXI.²⁰¹

Ao se afastarem de um conceito rígido e extremo, as ideias aqui apresentadas admitem a existência de um gradiente de disponibilidade que, de novo, não representa a possibilidade de dispor a qualquer custo ou de abdicar nas mais diversas formas jurídicas.

A primeira, apesar de assumir a indisponibilidade do crédito tributário, admite a sua relativização.

¹⁹⁹ Ibid., p. 52.

²⁰⁰ Ibid., p. 55-56.

²⁰¹ VENTURI, op. cit., p. 393.

A título de comparação, o CC/2002 só admite transação quanto a direitos patrimoniais de caráter privado (artigo 841), considerados disponíveis²⁰². Todavia, já existem muitos casos de transação de direitos classificados como indisponíveis como a cessão de direitos de imagem, a disposição de partes do corpo humano para transplante, do direito a alimentos, os contratos de concessão de serviços públicos etc., incluindo a transação tributária.

Isso demonstra que, atualmente, há uma certa relativização da indisponibilidade dos direitos frente à necessidade e oportunidade de resolução dos conflitos.

Por exemplo, em julgamento que definiu válida uma transação de direitos difusos, a Ministra Eliana Calmon manifestou que “a melhor composição é a efetivada e não aquela que não virá nunca, ou demorará mais de dez anos, caso seja anulada a sentença, para então começar-se tudo novamente”.²⁰³ Não se trata de ignorar o suposto caráter indisponível do direito, mas tão somente de flexibilizar as condições para sua satisfação.

A segunda ideia também assume a indisponibilidade do crédito tributário, mas considera disponíveis seus aspectos secundários.

Nesse diapasão, a disponibilidade de aspectos secundários como a condição de pagamento não se confunde com a disponibilidade do direito propriamente dito. Assim é com os alimentos. Apesar de sua indiscutível indisponibilidade, é cabível transação quanto ao seu quantum, direito disponível.²⁰⁴ Nesse sentido, citando o Projeto de Lei nº 7.169/2014, que deu origem à Lei de Mediação, Grinover afirma que

é de conhecimento geral que os conflitos de família são os que mais se adequam e mais frequentemente são submetidos à solução conciliatória. A ideia aparentemente encampada pelo PL sobre a indisponibilidade de certos direitos é equivocada e ultrapassada, pois, mesmo em relação a certos direitos indisponíveis, existe disponibilidade a respeito da modalidade, forma, prazos e valores no cumprimento de obrigações, passíveis de uma construção conjunta, e que são, assim, perfeitamente transacionáveis (como, v.g., guarda dos filhos) e em que pode haver reconhecimento da pretensão (por exemplo, investigação de paternidade).²⁰⁵

²⁰² “O valor social ou não dos bens tutelados constitui o critério mais seguro para distinguir os direitos disponíveis dos indisponíveis: entram na primeira categoria os direitos que tutelam interesses meramente individuais; pertencem à segunda categoria aqueles direitos que tutelam bens de interesse geral, como os da família e da sociedade.” GROPPALI, Alessandro. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra, 1968. p. 169.

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 299.400-RJ**. Ministro Peçanha Martins. 01.06.2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1719263&numero_registro=200100030947&data=20060802&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Família. 18. ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2018. p. 430.

²⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Mediação Endoprocessuais na Legislação Projetada. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 91, v. 13, p. 71-92, set.-out. 2014. p. 81.

Alinhada a Passos, o qual classifica a indisponibilidade como absoluta ou relativa, a terceira ideia assume que o crédito tributário é relativamente indisponível. Neste caso, vale lembrar que o poder de dispor não é livre, mas limitado ao cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo próprio Estado.

Todo direito tem um ou mais titulares, sujeito ou sujeitos aos quais se vincula. Normalmente, esse titular disfruta da disponibilidade do direito que lhe é atribuído, vale dizer, pode manifestar livremente sua vontade a respeito do interesse ou vantagem, enfim, do bem que lhe constitui objeto.

Direitos há, contudo, que são indisponíveis, de modo absoluto ou relativo. A indisponibilidade é absoluta quando é próprio bem, conteúdo do direito, que se faz insuscetível de disposição, porque de tal modo se vincula ao sujeito que dele é indissociável. (...) Predomina, entretanto, a categoria dos direitos cuja indisponibilidade é relativa, porque derivada ela dos limites fixados em lei ou em convenção dos interessados, quando esta última seja admitida.

Nessa categoria dos direitos relativamente indisponíveis, acreditamos se possa e deva enquadrar (...) todo e qualquer direito submetido, para efeito de sua disposição, a controles estatais, quer de natureza administrativa, quer de natureza jurisdicional.²⁰⁶

Para Schoueri, o dogma da indisponibilidade do crédito tributário se dobra à lei:

O ordenamento tributário permite que, por lei, se chegue até mesmo à remissão do crédito. Se a lei pode autorizar a remissão, com muito maior razão pode permitir a arbitragem. Num e noutro caso, o limite será constatar que a decisão da administração pelo caminho da arbitragem não se dê sem os controles da legalidade: cabe ao legislador descrever as circunstâncias em que caberia a arbitragem. Itens 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.²⁰⁷

Com entendimento similar, Giannetti entende que o caráter indisponível do objeto litigioso não implica a inviabilidade da arbitragem, “mas, sim, a proibição de se proferir uma decisão por equidade, pois esta, sim, pode prescindir da aplicação da lei”.²⁰⁸ Nesse sentido é a Lei nº 9.307/96 ao prever que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito” (artigo 2º, § 3º). De forma lógica, Almeida expõe que, “decidindo os árbitros de acordo com o Direito constituído, o princípio da indisponibilidade do crédito tributário não é

²⁰⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 9 ed. v. III (Arts. 270 a 331). Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 408-409.

²⁰⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 2.352-2.353.

²⁰⁸ GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Tese de Doutorado, 2017. p. 167-168. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf. Acesso em: 15 abr. 2022.

posto em causa por um Tribunal Arbitral, tal como não é colocado em causa por qualquer órgão jurisdicional.”²⁰⁹

Por fim, a quarta ideia classifica o crédito tributário como disponível, atribuindo a indisponibilidade tão somente à atividade de cobrança. Para Bossa e Vasconcellos, os “programas de parcelamento fiscal em âmbito federal, estadual e municipal, que promovem significativas reduções de multa e juros, demonstram cabalmente a possibilidade de o poder público dispor do crédito tributário.”²¹⁰ Para as autoras, em decorrência da irrenunciabilidade da competência tributária²¹¹, indisponível é a atividade de cobrança do crédito, isto é, a fiscalização, o lançamento e a arrecadação, mas não o crédito tributário.

O artigo 3º do Código Tributário Nacional, ao conceituar tributo como toda prestação pecuniária compulsória, prevê sua cobrança “mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.²¹² Nesse sentido, a atividade administrativa de lançamento é, além de vinculada, obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (artigo 142, § único).

O caráter patrimonial do crédito tributário é inequívoco e decorre da sua função precípua, na medida em que se trata de fonte de custeio para a atividade Estatal e, como tal, propicia recursos financeiros para que o poder público possa exercer suas atividades institucionais.²¹³

Segundo Martins, interesses e direitos estatais com expressão patrimonial são disponíveis pois têm natureza instrumental, existindo para que o interesse público primário seja satisfeito²¹⁴. Logo, à luz dessa premissa, o artigo 3º do CTN define o crédito tributário como disponível, enquanto a sua cobrança, indisponível.²¹⁵

Por coincidência, a cobrança, juntamente com a satisfação do crédito, se constitui no objetivo da submissão do litígio fiscal à arbitragem. Em vista disso, as autoras explicam que

²⁰⁹ ALMEIDA, Samuel. Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Saldanha Sanches. v. V. Almedina. p. 382. Apud VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A implementação da arbitragem tributária em Portugal: origens e resultados. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 30.

²¹⁰ BOSSA; VASCONCELLOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 53.

²¹¹ “União, Estados, Municípios e Distrito Federal carecem do direito de renúncia ao exercício das competências tributárias que receberam da Carta Magna e que são essenciais à sua subsistência.

(...) Nada obstante a competência tributária seja patrimônio de seu titular, a ele faltam alguns poderes de disposição sobre ela. A pessoa política que a titulariza pode até não a utilizar (...), mas não a pode renunciar.

(...) Enfim, a competência tributária é irrenunciável, porque foi atribuída a pessoas políticas a título originário, pela Constituição. A renúncia, isto é, a unilateral e definitiva abdicação ao direito de criar tributos, é juridicamente ineficaz.” CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 793-795.

²¹² BRASIL, op. cit., 1966.

²¹³ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 82.

²¹⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei nº 9.307/96 (3ª parte). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 98, v. 359, p. 165-177, jan.-fev. 2002. p. 169.

²¹⁵ MENDONÇA, op. cit., p. 81.

Em termos práticos, eventual renúncia fiscal decorrente da adoção da arbitragem em matéria tributária pode, observados os princípios que regem a Administração Pública, atender ao interesse público primário. O impacto financeiro da respectiva renúncia fiscal pode ser menor quando comparada com a indevida e/ou ineficaz provocação dos órgãos administrativos e judiciais (grau de recuperabilidade).²¹⁶

O entendimento de Faricelli é similar: a vinculabilidade da atividade de arrecadação não significa supor que haja vedação para dispor do crédito tributário. Para a autora, “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”.²¹⁷

Vale destacar, ainda, que a competência tributária, isto é, a aptidão para criar tributos²¹⁸, é facultativa, ou seja, o ente federativo é livre para dela se utilizar ou não²¹⁹, em respeito à autonomia federativa. Disso, é interessante observar que a decisão pela não tributação, mesmo que indiretamente, implica na disposição do crédito tributário, já que este decorre do lançamento da obrigação tributária, e esta da combinação da hipótese de incidência com a ocorrência do fato gerador.

Por outro lado, prevista a hipótese de incidência e, conseqüentemente, instituído o tributo, e ocorrido o fato gerador, o lançamento, a cobrança e a arrecadação passam a ser vinculados, obrigatórios e, portanto, indisponíveis.

Bossa e Vasconcellos concluem, ainda, que a adoção da arbitragem tributária não caracteriza “disponibilidade em si”:

Mesmo porque, ao final, pode-se decidir pela exigibilidade do tributo, situação em que não haverá renúncia de receita, pois o contribuinte terá que observar a decisão e cumprir com a obrigação tributária.

A cláusula compromissória ou compromisso arbitral estabelecerá apenas que a questão será decidida por árbitros e não pelo Poder Judiciário. Contudo, nenhuma das partes, fisco ou contribuintes, irá dispor do seu direito. E a decisão arbitral vinculará as partes da mesma forma que a decisão judicial.²²⁰

Apesar da atribuição de diferentes classificações ao crédito tributário em razão da falta de clareza sobre o que venha a ser “disponibilidade” e da natural admissão de diferentes conceitos, essencialmente, as ideias apresentadas chegam à mesma conclusão: à viabilidade

²¹⁶ BOSSA; VASCONCELLOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 55-56.

²¹⁷ MENDONÇA, op. cit., p. 80-84.

²¹⁸ CARRAZZA, op. cit., p. 597.

²¹⁹ Ibid., p. 795.

²²⁰ BOSSA; VASCONCELLOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 56.

da arbitragem tributária. Villa-Lobos e Pereira sintetizam muito bem importantes fundamentos:

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 junto dos tribunais tributários. A manifestação de vontade das partes atua apenas em relação ao meio de reação após a verificação do conflito (opção entre a via administrativa, via judicial ou via arbitral). A decisão do tribunal arbitral não decorre de um acordo prévio entre as partes, porquanto a arbitragem é um método heterónimo de resolução de litígios, que não importa a renúncia do crédito tributário, nem afeta os elementos da obrigação tributária. A decisão arbitral tem carácter jurisdicional, traduzindo a aplicação do Direito constituído por um terceiro imparcial. A tarefa do árbitro é, assim, funcionalmente idêntica à do juiz no âmbito do processo tributário – aplicação do Direito aos factos. Com efeito, a arbitragem não interfere no exercício do poder estatal de efetuar a cobrança do tributo já apurado pela fiscalização, por meio do lançamento.²²¹

O fato é que a recorrência de negócio jurídico processual no âmbito fiscal²²² e de técnicas de desjudicialização como o protesto de Certidão de Dívida Ativa (artigo 1º, § único, Lei nº 9.492/1997), bem como a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito

²²¹ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 31-32.

²²² “O Novo CPC consagra os negócios jurídicos processuais ao prever, no seu art. 190, a possibilidade de que as partes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-los às especificidades da causa, desde que verse o processo sobre ‘direitos que admitam autocomposição’ (...).

A autocomposição sobre direitos materiais da Fazenda Pública é sim possível. A uma porque o princípio da supremacia dos interesses públicos não significa uma necessária incompatibilidade com os interesses dos particulares. Se conciliáveis, tanto melhor. A duas, porque o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos não significa que os bens da Administração são indisponíveis, mas que o ato de disposição é condicionado a requisitos, como a previsão normativa e a prática pela autoridade competente. (...)

Por sua vez, a autocomposição sobre direitos processuais da Fazenda Pública também é possível. Os negócios jurídicos processuais não têm diferença ontológica dos negócios jurídicos em geral. Seus requisitos básicos são os mesmos: agente capaz e legitimado, objeto lícito, possível e determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei. E nada muda por ser a Administração Pública um dos agentes, que praticará este ato observando os requisitos que de resto já observa para todos os seus atos (...).

Esta possibilidade já é bastante comum, e por isso facilmente aceitos, quando se tratam de ‘negócios jurídicos processuais típicos’, como a (...) convenção arbitral. Nada impede, porém, a celebração de ‘negócios jurídicos processuais atípicos’. O argumento da impossibilidade de tal celebração por falta de previsão em lei ordinária não é válido, pois basta pensar que ao se valer de arbitragem a Administração já não se submete mais aos tipos previstos no CPC, mas sim aos regulamentos das Câmaras Arbitrais ou às regras (atípicas) da arbitragem ad hoc. Mais uma vez, o que se verifica é que a questão não está na possibilidade de prática do ato, mas nas condições para tanto.

Neste ponto, o próprio exemplo da arbitragem – negócio jurídico processual (típico) mais maduro na prática brasileira – pode auxiliar a descoberta das condições para a prática de negócios jurídicos processuais atípicos pelas Fazendas. Como se sabe, a arbitragem tem por condições a arbitralidade subjetiva (capacidade de ser parte em arbitragem) e a arbitralidade objetiva (aptidão do objeto da lide ser decidido por arbitragem). Quando a Administração é parte, não se questiona a sua arbitralidade subjetiva, apenas se condiciona a sua submissão à declaração da autoridade competente (...). E a arbitralidade objetiva é aferida tal como qualquer negócio jurídico da Administração, cuja ‘disponibilidade’ é sempre condicionada aos requisitos legais (...).” CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 31. p. 670-671.

tributário em razão do parcelamento (artigo 151, inciso VI, CTN), de extinção pela transação e remissão (artigo 156, incisos III e IV, CTN), de exclusão pela isenção e anistia (artigo 175, CTN), dentre tantas outras possibilidades capazes de abrir espaço para a disponibilidade, demonstram plenamente a viabilidade de mais um instituto cujo objetivo é o mesmo: garantir o direito a todos.

Sobre essas iniciativas que já vêm ocorrendo, segundo o ministro da Economia Paulo Guedes, a melhoria do ambiente de negócios brasileiro nos últimos anos se deu em decorrência da atuação da PGFN, que vem gerando grandes soluções. Dentre elas, o programa de transação tributária foi citado como causa “da melhora do relacionamento entre o Estado e contribuintes, ao reduzir os níveis de litigiosidade e permitir que cidadãos e empresas ganhassem fôlego financeiro para retomar as atividades após os impactos da crise gerada pela Covid.” Em plena pandemia, a transação tributária se consolidou como principal instrumento de regularização tributária.²²³

Em 2020, por exemplo, a PGFN e uma cooperativa médica celebraram transação tributária e negócio jurídico processual, regularizando todo o passivo inscrito em dívida ativa, estimado em aproximadamente R\$ 309 milhões.²²⁴ Segundo o Procurador Seccional da Fazenda Nacional no município em que está localizada a cooperativa, os acordos protegeram o interesse público em mais de uma dimensão:

Por um lado, preserva-se a arrecadação tributária, sem a qual não é possível a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Por outro, protege-se o acesso à saúde por parte dos cidadãos da região, uma vez que os pactos ajustados conferem oportunidade para que a cooperativa possa manter o seu pleno funcionamento e continue prestando serviços relevantes aos seus usuários.²²⁵

Nesse sentido, o advogado da cooperativa também destacou que, além de permitir o equacionamento sustentável da dívida, o acordo resguardou milhares de empregos e a geração de riqueza para a economia do município.²²⁶ Tais vantagens explicam o fato de que, entre janeiro e julho de 2020, foram negociados 204 mil débitos, somando um total de R\$ 18,8 bilhões. Somente nesse período, mais de 55 mil contribuintes celebraram acordos, “fazendo

²²³ Atuação da PGFN em benefício da sociedade é destaque no Congresso. **Gov.br Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2022/atuacao-da-pgfn-em-beneficio-da-sociedade-e-destaque-no-congresso>. Acesso em: 06 jun. 2022.

²²⁴ PGFN e cooperativa médica celebram acordo inédito para composição de dívidas de aproximadamente R\$ 309 milhões. **Gov.br Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2020/pgfn-e-cooperativa-medica-celebram-acordo-inedito-para-composicao-de-dividas-de-aproximadamente-r-309-milhoes>. Acesso em: 06 jun. 2022.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Ibid.

da transação um dos programas mais eficientes de estímulo à regularidade fiscal já lançados pela PGFN”.²²⁷

Por fim, não restam dúvidas de que tais dados demonstram o interesse público por um contexto de resolução desburocratizado, célere, responsável, sustentável, eficiente e menos litigioso, refletido na arbitragem tributária.

²²⁷ Transação tributária: PGFN negocia 204 mil débitos até julho deste ano, totalizando R\$ 18,8 bilhões. **Gov.br Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2020/transacao-tributaria-pgfn-negocia-204-mil-debitos-ate-julho-deste-ano-totalizando-r-18-8-bilhoes>. Acesso em: 06 jun. 2022.

CAPÍTULO 5. Direito comparado: a experiência portuguesa

Em 2004, os tribunais tributários de primeira instância em Portugal já apresentavam um elevado déficit de processos pendentes, situação que se agravou em virtude da mudança de instalações dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e da conseqüente remessa física dos processos. De 2005 a 2011, o valor das pendências fiscais acumuladas sofreu um crescimento de 33%.²²⁸ Segundo Villa-Lobos e Pereira,

O agravamento contínuo das pendências decorreu da conjugação de dois fatores essenciais: por um lado, o aumento significativo da litigiosidade, evidenciado, por meio do número de processos entrados, que representa uma evolução de 60% face ao ano de 2004; por outro lado, e em contraciclo, a redução gradual do número de juizes em exercício de funções nos Tribunais Tributários. Por sua vez, quanto ao número de processos findos, verificou-se, em 2011, uma inversão da tendência de crescimento das pendências em relação ao ano anterior.

No plano da oferta, o problema está na escassez de meios humanos, na falta de juizes e de funcionários judiciais nos tribunais em que as pendências se acumulam. Já no plano da procura, assistimos, nas últimas décadas, a um recurso crescente à justiça fiscal e ao surgimento de uma litigância de massas. Como resultado, atingiu-se, em 2011, uma situação de “hipertrofia” do contencioso fiscal, com várias conseqüências negativas, desde logo, no âmbito do tempo de resposta.²²⁹

Frente a esse cenário, com a edição do artigo 124º, nº 1 da Lei nº 3-B/2010²³⁰ foi possível legislar sobre arbitragem tributária em Portugal. Disso, foi aprovado o Decreto-Lei nº 10/2011 (RJAT)²³¹, que introduziu o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária²³² no ordenamento jurídico do país.

A introdução da arbitragem tributária teve em vista o aumento da capacidade de resposta da justiça fiscal, apetrechando-a com um novo meio de resolução jurisdicional de litígios de natureza tributária, reforçando-se, assim, as garantias efetivas dos cidadãos – Objetivo que, na verdade, é o desígnio

²²⁸ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: VILLA-LOBOS; PEREIRA (org.), op. cit., p. 7.

²²⁹ Ibid., p. 7-8.

²³⁰ PORTUGAL. Lei nº 3-B, de 28 de abril de 2010. **Orçamento do Estado** para 2010. 2010. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/3-b/2010/04/28/p/dre/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

²³¹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 10, de 20 de janeiro de 2011. **Regime Jurídico da arbitragem em matéria tributária**. 2011. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/10/2011/p/cons/20210226/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

²³² “O RJAT acabou (...) por ficar aquém da autorização legislativa prevista no artigo 124º da Lei nº 3-B/2010, de 28 de Abril, que aprovou a Lei do Orçamento do Estado para 2010, em que se autorizava a previsão da arbitragem em matéria tributária como meio de resolução jurisdicional de litígios em matéria tributária alternativo ao processo de impugnação judicial e à ação para reconhecimento de um direito ou interesse legítimo. O recurso à arbitragem em matéria tributária acabou por, na prática, ser configurado como um meio processual alternativo à impugnação judicial, e mesmo nesse caso apenas ‘parcialmente alternativo’, atentos na delimitação legal do âmbito de competência material dos tribunais arbitrais.” VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. Arbitragem tributária: breves notas. In: FONSECA, Isabel Celeste M. (coord.). **A Arbitragem Administrativa e Tributária**. 2. ed. Almedina, 2013. p. 381.

principal desta medida legislativa inovadora, que entronca numa perspetiva da função judicial focada nas pessoas e na garantia efetiva dos seus direitos e liberdades, devendo, por conseguinte, a jurisdição ser percecionada como uma garantia dos cidadãos, e não apenas como um poder do Estado.²³³

A adoção do instituto se concretizou quando responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública e da justiça do Governo editaram a Portaria de Vinculação nº 112-A/2011²³⁴, que, segundo Villa-Lobos e Pereira é a “tradução da ‘manifestação de vontade’ do ente público e instrumento prático que operacionalizou o comando normativo de que o recurso à arbitragem tributária fosse previsto como um direito potestativo dos contribuintes.”²³⁵ Em outras palavras, a Autoridade Tributária “está tão vinculada à decisão do contribuinte de recorrer à via judicial ou à via arbitral, como o está à decisão do contribuinte de recorrer à via graciosa ou judicial. Quem decide qual o meio de reação é o contribuinte”²³⁶, desde que observados certos requisitos a seguir apresentados. É por isso que a arbitragem tributária portuguesa é considerada um direito exclusivo do contribuinte, ficando a AT vinculada à sua escolha.

Apesar do pioneirismo mundial, a mesma discussão que o Brasil tem vivido nos últimos tempos acerca do dogma da (in)disponibilidade do crédito tributário se deu em Portugal. À época,

Invocaram-se argumentos de constitucionalidade, ainda que o princípio da indisponibilidade dos créditos tributários não se encontre expressamente previsto na Constituição da República Portuguesa (CRP), podendo apenas ser entendido como corolário dos princípios da legalidade e da igualdade tributária.²³⁷

Defendeu-se, ainda, a reserva constitucional de jurisdictio em matéria tributária, o que foi refutado por Canotilho, por entender que a reserva de juiz prevista no artigo 202º da CRP²³⁸ trata de reserva legal²³⁹. Inclusive, o artigo 209º, nº 2 dessa Carta²⁴⁰, ao prever

²³³ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: VILLA-LOBOS; PEREIRA (org.), op. cit., p. 16.

²³⁴ PORTUGAL. Portaria nº 112-A, de 22 de março de 2011. **Vincula vários serviços e organismos do Ministério das Finanças e da Administração Pública à jurisdição do Centro de Arbitragem Administrativa**. 2011. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/port/112-a/2011/03/22/p/dre/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

²³⁵ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 28.

²³⁶ TRINDADE, Carla Castelo. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária Anotado. Almedina, 2016. p. 173. Apud GAMITO, Conceição; TRINDADE, Carla Castelo. A experiência portuguesa da arbitragem tributária: mudança do panorama das decisões em matéria de IVA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 77.

²³⁷ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 28-29.

²³⁸ “Artigo 202.º 1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de

expressamente os tribunais arbitrais como categoria de tribunais, não faz qualquer restrição quanto ao respectivo objeto, sendo esta apenas nos casos em que a Constituição imponha a intervenção dos tribunais não arbitrais ou tratando-se de matérias para as quais a lei imponha solução estritamente vinculada²⁴¹. “Por conseguinte, não contém a Constituição qualquer disposição específica a vedar a instituição de tribunais arbitrais no direito dos impostos ou, mais em geral, no domínio das relações jurídicas tributárias.”²⁴²

Para Falcão, a solução de litígios emergentes de relações fiscais não pode ser exclusiva dos Tribunais fiscais. Mais do que isso, a inexistência dos tribunais arbitrais para “dar execução plena à norma constitucional que confere o direito dos cidadãos (...) 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” abre espaço, inclusive, para um juízo de inconstitucionalidade por omissão.²⁴³

A resistência no plano infraconstitucional não foi diferente. Isso porque interpretava-se restritivamente o artigo 30º, nº 2 da Lei Geral Tributária²⁴⁴, que prevê que “O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária.” Contrariamente, Sousa, partindo da observação de todo o sistema de administração executiva no âmbito das relações tributárias, entende que

interesses públicos e privados. 3. No exercício das suas funções os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades. 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.” PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. 1976.

²³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 671.

²⁴⁰ PORTUGAL, op. cit., 1976.

²⁴¹ “O que é preciso, para se poder recorrer à arbitragem num tal domínio, é que a solução do litígio não disponha de uma solução inteiramente ditada pela lei, seja porque de todo esta a não prescreve, seja porque o litígio respeita a aspectos que não dispõem de uma solução estritamente vinculada na lei.

Pois, caso se verifique uma solução inteiramente contida e determinada na lei, admitir que um litígio, que tenha essa solução, possa ser dirimido pela via arbitral, significaria abrir a porta à possibilidade de substituição da solução legal por uma solução arbitral. O que, atenta a divisão e a interdependência de poderes recortadas na Constituição, parece de todo inadmissível. Com efeito, se o legislador pretende abrir a porta a uma solução arbitral, relativamente a matéria que apenas comporta uma solução estritamente legal, então que o diga especificamente, alterando previamente a lei que contém essa solução legal vinculada.

Significa isto que a arbitragem apenas poderá ser admitida relativamente a matérias nas quais a Administração Fiscal goze de uma margem de livre decisão em qualquer das modalidades que esta conhece. Uma realidade que, como é sabido, tem múltiplas e diversificadas manifestações também no direito fiscal, com destaque para aqueles domínios de evidente complexidade técnica, em que o legislador se encontra verdadeiramente impossibilitado de estabelecer soluções inteiramente recortadas na lei e, por conseguinte, estritamente vinculadas.” NABAIS, op. cit., p. 32-33.

²⁴² Ibid., p. 32.

²⁴³ FALCÃO, José Poças. Arbitragem tributária. **Revista Portuguesa de Contabilidade**, n. 002, v. I, 2011. p. 193. Apud VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 29.

²⁴⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 398, de 17 de dezembro de 1998. **Lei Geral Tributária**. 1998. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/398/1998/p/cons/20210226/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

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 aí não haverá a certeza de haver direitos 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.²⁴⁵

Superado o dogma da indisponibilidade do crédito tributário com base em argumentos como os expostos no capítulo anterior, preocupou-se o legislador português em adotar naturais cautelas com o instituto.

A primeira questão diz respeito a quem incumbiria a gestão do processo arbitral tributário. Isso definiu, inclusive, se a arbitragem seria institucionalizada ou *ad hoc*.²⁴⁶ Tal atribuição ficou a cargo do Centro de Arbitragem Administrativa (artigo 4º, nº 2, RJAT), cuja constituição foi autorizada pelo Secretário de Estado da Justiça através do Despacho 5097/2009²⁴⁷.²⁴⁸ “A instalação e funcionamento do Caad precederam a aprovação do regime da arbitragem tributária, cuja implementação em muito se beneficiou da pré-existência de toda uma estrutura de apoio jurídico, técnico e informático, com provas dadas.”²⁴⁹

²⁴⁵ SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária. In: VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais (coord.). Guia da Arbitragem Tributária. 2017. p. 75. Apud VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 30.

²⁴⁶ “pode o órgão arbitral ser constituído exclusivamente para resolver determinada controvérsia (arbitragem *ad hoc*) ou pode ser tal órgão pré-constituído (arbitragem institucional).” CARMONA, op. cit., 2019, p. 33.

“Na arbitragem *ad hoc* tem especial ênfase a vontade das partes na escolha dos membros do tribunal arbitral. Enquanto que na arbitragem institucional a administração e a escolha dos árbitros é da responsabilidade de um terceiro, alheio às partes em conflito, isto é, através de um centro de arbitragem.” DOMINGOS, Francisco Nicolau. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): funcionamento, escolha dos árbitros e limites institucionais. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 61-62.

²⁴⁷ PORTUGAL. Despacho nº 5.097 de 27 de janeiro de 2009. **Autoriza a criação de um centro de arbitragem a funcionar sob a égide da Associação CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa**. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/despacho/5097-2009-1370720>. Acesso em: 29 abr. 2022.

²⁴⁸ DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 61.

“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.” SILVEIRA, João Tiago. O potencial do CAAD para a resolução de conflitos de Direito Administrativo. **CAAD Newsletter: Arbitragem Administrativa e Fiscal**, Lisboa, n. 1, p. 26-29, 2013. p. 26-27. Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/documentos/newsletter/Newsletter-CAAD_fev_2013.pdf. Acesso em: 27 abr. 2022.

²⁴⁹ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: VILLA-LOBOS; PEREIRA (org.), op. cit., p. 18.

Assim já funcionava com outros tribunais arbitrais, pois o CAAD já tinha como objetivo a resolução de litígios relativos a matérias administrativas através de arbitragem²⁵⁰. A ampliação da competência do Centro com a introdução da matéria fiscal nesse artigo resultou da consagração da arbitragem tributária no ordenamento, a partir de 2010.

Essa opção legislativa encontra justificativa na especialidade da própria estrutura orgânica do CAAD²⁵¹, refletindo a preferência do legislador português também pela arbitragem institucionalizada, que, segundo Domingos, é a que mais se acerca da organização e estrutura de um tribunal estadual, oferecendo vantagens como:

a transparência no funcionamento do centro de arbitragem, o controlo de todas as etapas do procedimento e do processo arbitral, o conhecimento antecipado das normas que estruturam o processo arbitral e a prévia elaboração e publicidade de uma lista de árbitros que cumpram os requisitos deontológicos, tal como a independência em relação às partes em litígio.²⁵²

Para o autor, é ilógico viabilizar a escolha dos árbitros pelas partes quando o objetivo é a celeridade da solução da lide. Mais do que isso, “essa tarefa, e a própria gestão do procedimento e do processo, deve (...) ser da responsabilidade de um centro de arbitragem. Este último não deve prosseguir o lucro e as suas funções devem ser reconhecidas por lei.”²⁵³ Em outras palavras, se por um lado há um limite da vontade das partes, de outro, privilegia-se a vontade da lei.

É a lei que deve autorizar a criação da arbitragem tributária, isto é, não é possível que esta nasça de qualquer acordo entre a administração e o contribuinte. Não tem, por isso, sentido falar de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, uma vez que será a lei a permitir que uma das partes inicie o processo arbitral.²⁵⁴

O CAAD é uma associação, pessoa coletiva de direito privado sem fins lucrativos, constituída por tempo indeterminado (artigo 2º, Estatutos do CAAD), com âmbito nacional e carácter especializado (artigo 3º). Seus associados são pessoas coletivas de direito público ou privado, desde que haja deliberação favorável da Assembleia geral sob proposta do presidente da Direção ou do Conselho de representantes (artigo 4º, nº 2). Em suma, “são entes

²⁵⁰ “Artigo 3.º 2. A associação tem por objecto promover a resolução de litígios respeitantes a matérias administrativas e matéria fiscal, 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.” PORTUGAL. **Estatutos do CAAD**.

²⁵¹ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 32.

²⁵² DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 62.

²⁵³ Ibid., p. 62.

²⁵⁴ Ibid., p. 62.

representativos das potenciais partes em litígio”²⁵⁵. Segundo Farinho, tal característica assegura o requisito da representatividade e o envolvimento dos potenciais intervenientes do Centro na sua gestão institucional.²⁵⁶

aos normais poderes atribuídos à administração, conselho fiscal e assembleia-geral há que juntar os poderes específicos atribuídos ao conselho de representantes e ao conselho deontológico, que temperam o equilíbrio de governo institucional normalmente encontrado no seio de associações privadas. Estes órgãos, bem como os seus poderes, são explicados pela natureza duplamente interessante do CAAD, quer enquanto parceria público-privada institucional, quer enquanto tribunal arbitral na área do Direito Público Administrativo.²⁵⁷

O Conselho deontológico, composto por um presidente e dois vogais (um Diretor do CAAD e outro nomeado pela Assembleia geral) (artigo 10º, nº 1 e 3, Estatutos do CAAD), é o órgão que integra a associação, juntamente com a Assembleia geral, a Direção, o Conselho fiscal e o Conselho de representantes (artigo 5º, nº 1). É ele que possui competência criadora, se constituindo em

órgão chave na sedimentação do CAAD e, conseqüentemente, da arbitragem tributária, enquanto garante da independência, imparcialidade, isenção, objetividade e transparência da constituição e funcionamento dos tribunais arbitrais que funcionam sob a égide do CAAD, mas também o alto nível de qualidade técnica e idoneidade moral dos árbitros. (...) Ao conselho deontológico foi ainda cometida a tarefa de aprovar um código deontológico para árbitros, que densifica as respetivas obrigações deontológicas, bem como o poder-dever de pronúncia sobre a lista de árbitros organizada pelo Centro.²⁵⁸

O que também gera credibilidade e confiança no sistema de arbitragem tributária é o fato de competir ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais a nomeação do presidente do Conselho deontológico (artigo 10º-A, nº 2), o que demonstra certa proximidade entre o CAAD e o Poder Judicial, já que “o exercício do poder jurisdicional atribuído aos tribunais (...) do CAAD é exercido sob a supervisão do mesmo órgão constitucional que garante a independência dos magistrados judiciais.”²⁵⁹

Conforme dispõe o artigo 10º-A, nº 5 dos Estatutos do CAAD, ao presidente do Conselho deontológico compete velar pelo cumprimento das disposições do código

²⁵⁵ Ibid., p. 63.

²⁵⁶ FARINHO, Domingos Soares. Algumas notas sobre o modelo institucional do Centro de Arbitragem administrativa (CAAD). In: AAVV. Mais Justiça Administrativa e Fiscal. Wolters Kluwer/Coimbra Editora, nov. 2010. p. 31-45. Apud VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 33.

²⁵⁷ Ibid., p. 34.

²⁵⁸ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 35.

²⁵⁹ DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 64.

deontológico e designar, a pedido da direção, os presidentes dos tribunais coletivos e os árbitros, de acordo com critérios objetivos previamente definidos no regulamento interno do conselho, caso o procedimento de escolha não seja da iniciativa das partes no litígio. Em outras palavras, é esse o órgão que realiza o controle público do poder jurisdicional dos tribunais constituídos no CAAD. Para isso, e em atendimento ao artigo 10º-A, nº 4, *a* dos Estatutos do CAAD²⁶⁰, foi positivado o Código com as regras a serem seguidas pelos árbitros, sob pena de responsabilização civil e criminal.

a existência desse corpo normativo constitui uma garantia para os cidadãos e empresas de que a realização da justiça obedece aos cânones deontológicos vertidos no código. Para além do mais, esse repositório deontológico pretende importar para o domínio jurídico regras que têm origem na ética e na moral e que assim ganham um conteúdo imperativo, após a sua transformação em normas jurídicas.²⁶¹

Dentre os deveres da função de árbitro, além dos princípios da imparcialidade e da independência, está a observância do sigilo fiscal (artigo 9º, nº 1, RJAT). O Código deontológico do CAAD²⁶² é ainda mais amplo ao prever que os árbitros “devem julgar com estrita independência, imparcialidade, isenção e objetividade, bem como respeitar, e fazer respeitar, o prestígio da arbitragem como meio justo e célere de resolução de litígios” (artigo 1º, nº 1).

A independência tem natureza objetiva, estando relacionada com a “capacidade de uma pessoa ser designada como árbitro, ou seja, a ausência de vínculos em relação a qualquer uma das partes em litígio é condição da liberdade decisória.”²⁶³ Nesse sentido, o artigo 7º do RJAT define não poucos requisitos para a designação dos árbitros na lista: “Os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público” (nº 1), devendo 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

²⁶⁰ “Artigo 10.º – A, 4. Ao conselho deontológico compete: a) Aprovar um código deontológico aplicável aos árbitros, mediadores e conciliadores; PORTUGAL. Centro de Arbitragem Administrativa.” PORTUGAL, op. cit., Estatutos do CAAD.

²⁶¹ BARROCAS, Manuel Pereira. Estudos de direito e prática arbitral. Coimbra: Almedina, 2017. p. 117. Apud DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 64-65.

²⁶² PORTUGAL. **Código Deontológico do CAAD**. Disponível em: https://www.caad.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD_CD-Codigo_Deontologico-2021-04-14.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

²⁶³ BARROCAS, op. cit., p. 120. Apud DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 65.

científicos relevantes nesse domínio” (nº 2). Nas questões que exijam conhecimento especializado de outras áreas, o legislador permite a designação de um licenciado em Economia ou Gestão como árbitro não presidente (nº 3).

A natureza da função a desempenhar justifica a necessidade de fixar, de um ponto de vista técnico, exigências gerais superiores àquelas que os candidatos aos tribunais administrativos e fiscais devem cumprir, mormente, ser titular de uma licenciatura em Direito ou do grau de mestre, ou ainda ser doutor em Direito (artigo 5º da Lei 2/2008, de 14 de janeiro).²⁶⁴

Já a imparcialidade se afere pela liberdade de decidir o conflito sem quaisquer limitações.²⁶⁵ Esse princípio se concretiza no artigo 8º, nº 1 do RJAT, que prevê que são casos que constituem impedimento os enunciados no nº 1 do artigo 44º do Código do Procedimento Administrativo²⁶⁶, observadas as necessárias adaptações, bem como os casos em que, nos dois anos anteriores ao da indicação como árbitro:

- a) A pessoa designada tenha sido dirigente, funcionário ou agente da administração tributária, membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor ou consultor do sujeito passivo que seja parte no processo, de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio, tal como esta é definida no Código das Sociedades Comerciais, ou de pessoa ou entidade que tenha interesse próprio na procedência da pretensão;
- b) A pessoa designada tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo.²⁶⁷

Suspeitando de sua imparcialidade e independência, a pessoa indicada para atuar como árbitro deve rejeitar a designação (nº 2), sendo do Conselho Deontológico do CAAD a

²⁶⁴ DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 66.

²⁶⁵ BARROCAS, op. cit., p. 120. Apud DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 65.

²⁶⁶ “Artigo 44.º, 1 - Os órgãos administrativos normalmente competentes para decidir em determinada matéria podem, sempre que para tal estejam habilitados por lei, permitir, através de um ato de delegação de poderes, que outro órgão ou agente da mesma pessoa coletiva ou outro órgão de diferente pessoa coletiva pratique atos administrativos sobre a mesma matéria. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se agente aquele que, a qualquer título, exerça funções públicas ao serviço da pessoa coletiva, em regime de subordinação jurídica. 3 - Mediante um ato de delegação de poderes, os órgãos competentes para decidir em determinada matéria podem sempre permitir que o seu imediato inferior hierárquico, adjunto ou substituto pratiquem atos de administração ordinária nessa matéria. 4 - O disposto no número anterior vale igualmente para a delegação de poderes dos órgãos colegiais nos respetivos presidentes, salvo havendo lei de habilitação específica que estabeleça uma particular repartição de competências entre os diversos órgãos. 5 - Os atos praticados ao abrigo de delegação ou subdelegação de poderes valem como se tivessem sido praticados pelo delegante ou subdelegante.” PORTUGAL. Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015. **Código do Procedimento Administrativo**. 2015.

²⁶⁷ “Para além do mais, o exercício da função jurisdicional exige que os impedimentos que são aplicáveis aos órgãos e agentes da administração pública, e que se encontram previstos no artigo 69º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), se apliquem igualmente e que se possam reconduzir à ideia de que é vedado aos árbitros participar nas decisões em que direta ou indiretamente tenham interesse.” DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 68.

competência para exonerar o árbitro em caso de descumprimento dos requisitos do RJAT e do Código deontológico (nº 3).

Para alguns, os impedimentos não são bidirecionais, ou seja, o mandatário que prestou serviços ao Estado ou foi seu consultor não está impedido de assumir as funções de árbitro, ao contrário daquele que prestou serviços ao sujeito passivo.²⁶⁸

Vale destacar que os tribunais arbitrais tributários podem ter duas composições: singular ou coletiva (artigo 5º, nº 1, RJAT). Será singular quando o valor do pedido de pronúncia não ultrapassar duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo e quando o sujeito passivo optar por não indicar árbitro (nº 2). Ultrapassando duas vezes o valor da alçada do TCA ou caso o sujeito passivo opte por designar árbitro, independentemente do valor do pedido, a composição será coletiva (nº 3). Na última possibilidade de composição coletiva, a administração tributária também designará o seu árbitro, cabendo aos dois indicados a escolha do terceiro, que exercerá as funções de árbitro-presidente. Não havendo acordo, a escolha compete ao Conselho deontológico (artigo 6º, nº 2).

Aspecto importante a ser considerado é que há hipóteses e condições para se recorrer ao método alternativo em estudo. Nesse sentido, a Portaria 112-A/2011 estabelece limites relativos à vinculação da administração tributária à jurisdição do CAAD.

Somente os impostos administrados pela Direção-Geral dos Impostos e pela Direção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, fundidas na Autoridade Tributária e Aduaneira, podem ser objeto de arbitragem (artigo 1º).

Se não bastasse, a vinculação desses serviços à jurisdição do CAAD está limitada a litígios de até € 10.000.000 (artigo 3º, nº 1). Para Domingos, tal dispositivo é desprovido de sentido, já que um dos objetivos da adoção da arbitragem tributária é a celeridade e a especialização dos árbitros.

Até porque é não só nos litígios de valor mais elevado que a complexidade da causa de pedir deve ser analisada por árbitros com sólida experiência nos problemas que aquela envolve, como também não compreendemos o critério utilizado pelo legislador para limitar a vinculação ao aludido valor. Por isso, julgamos que, consolidada a arbitragem tributária na nossa ordem jurídica, não deve ser imposta qualquer limitação quantitativa à vinculação da administração tributária.²⁶⁹

²⁶⁸ JÚDICE, José Miguel; FERREIRA, Rogério Fernandes. A arbitragem fiscal: defeitos e virtudes – Liber Amicorum Alberto Xavier. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1. p. 838. Apud DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 68.

²⁶⁹ DOMINGOS. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 69.

A vinculação está sujeita, ainda, a outras condições. Nos litígios de valor igual ou superior a € 500.000, o árbitro presidente deve ter exercido funções públicas de magistratura nos tribunais tributários ou possuir o grau de mestre em direito fiscal. Já nos litígios de valor igual ou superior a € 1.000.000, deve ter exercido funções públicas de magistratura nos tribunais tributários ou possuir o grau de doutor em direito fiscal (artigo 3º, nº 2).

Domingos também menciona a falta de coincidência entre a impugnação judicial e o pedido de pronúncia arbitral como cautela tomada pelo legislador a fim de garantir a legitimidade da arbitragem tributária.

Sucedem que não há uma coincidência absoluta entre os atos impugnáveis e os que podem ser arbitráveis. Em bom rigor, existem até alguns que podem ser submetidos a arbitragem, mas não a impugnação, como os atos de fixação de valores patrimoniais relativamente a impostos administrados pela Autoridade Tributária e Aduaneira, ainda que não tenham sido esgotados os meios gratuitos previstos na avaliação.

Por isso, também quanto a este limite se entende que devia existir uma coincidência absoluta entre a impugnação judicial e o pedido de pronúncia arbitral, funcionando este como uma alternativa de âmbito idêntico e não semelhante à utilização da impugnação judicial.²⁷⁰

Mesmo diante de algumas críticas construtivas, o sucesso da experiência portuguesa é inegável, e muito pela celeridade do processo. De acordo com o artigo 21º, nº 1 do RJAT, a decisão deve ser emitida em 6 meses, contados da data do início do processo arbitral, podendo este prazo ser prorrogado até 3 vezes por 2 meses (nº 2), ou seja, a duração máxima admitida é de 12 meses.

Apesar desse período imposto por lei, de acordo com os dados fornecidos pelo Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), a duração média dos processos é de 4,5 meses, o que demonstra não só que o regime é fiel ao espírito do legislador, mas também que os principais atores na implementação e desenvolvimento da arbitragem tributária portuguesa, nomeadamente os árbitros, os contribuintes e a AT, estão empenhados em cumprir o principal objetivo do regime: a celeridade do processo.²⁷¹

A celeridade também se deve à característica definitiva da decisão arbitral, já que dela não se admite recurso, em regra²⁷². Essa “Era (...) uma condição necessária à assunção da

²⁷⁰ Ibid., p. 70.

²⁷¹ GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 74.

²⁷² “De facto, as decisões arbitrais são recorríveis apenas em circunstâncias muito específicas: quanto ao mérito, podem ser contestados em casos excepcionais de violação de disposições constitucionais ou de oposição com um acórdão do Tribunal Administrativo Central ou do Supremo Tribunal Administrativo; também podem ser contestadas com base em algumas deficiências formais e procedimentais da decisão, conforme previsto no RJAT. Em consequência, o TA age, em regra, como um tribunal de última instância na resolução de litígios fiscais.” Ibid., p. 76.

arbitragem tributária como uma verdadeira alternativa ao descongestionamento dos tribunais judiciais”²⁷³. Por outro lado, há quem veja a regra da irrecorribilidade como um fator inibidor da escolha da via arbitral em algumas situações, fato a ser solucionado por meio da mudança de mentalidade de toda a população, implementando gradualmente a cultura da pacificação.

a verdade é que os contribuintes medem as suas opções avaliando também o risco de a sua pretensão não ser atendida pelo tribunal, pelo que a possibilidade de recorrer da decisão é sempre apelativa. Acresce que sempre que o valor do pedido de pronúncia arbitral não ultrapasse os € 60.000,00 e o sujeito passivo opte por não designar árbitro, o TA funciona com árbitro singular, o que, conjugado com a regra da irrecorribilidade, pode constituir um elemento desencorajador acrescido.²⁷⁴

Contra o receio de que os tribunais do CAAD atuassem de forma alheia aos parâmetros legislativos, violando princípios como da legalidade e igualdade, foi vedado o

“Artigo 25.º, 1 - A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é susceptível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. 2 - A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral ou com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo. 3 - Ao recurso previsto no número anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime do recurso para uniformização de jurisprudência regulado no artigo 152.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, contandose o prazo para o recurso a partir da notificação da decisão arbitral. 4 - Os recursos previstos nos números anteriores são apresentados, por meio de requerimento acompanhado de cópia do processo arbitral, no tribunal competente para conhecer do recurso. 5 - A interposição de recurso é obrigatoriamente comunicada ao Centro de Arbitragem Administrativa e à outra parte.

Artigo 26.º, 1 - O recurso tem efeito suspensivo, no todo ou em parte, da decisão arbitral recorrida, dependendo do objecto do recurso. 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, o recurso interposto pela administração tributária faz caducar a garantia que tenha sido prestada para suspensão do processo de execução fiscal e o recurso interposto pelo sujeito passivo faz cessar o efeito suspensivo da liquidação, a que se refere o artigo 14.º

Artigo 27.º, 1 - A decisão arbitral pode ser anulada pelo Tribunal Central Administrativo, devendo o respectivo pedido de impugnação, acompanhado de cópia do processo arbitral, ser deduzido no prazo de 15 dias, contado da notificação da decisão arbitral ou da notificação prevista no artigo 23.º, no caso de decisão arbitral emitida por tribunal colectivo cuja intervenção tenha sido requerida nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 6.º 2 - Ao pedido de impugnação da decisão arbitral é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime do recurso de apelação definido no Código do Processo dos Tribunais Administrativos. 3 - A impugnação da decisão arbitral é obrigatoriamente comunicada ao Centro de Arbitragem Administrativa e à contraparte.

Artigo 28.º, 1 - A decisão arbitral é impugnável com fundamento na: a) Não especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; b) Oposição dos fundamentos com a decisão; c) Pronúncia indevida ou na omissão de pronúncia; d) Violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes, nos termos em que estes são estabelecidos no artigo 16.º 2 - A impugnação da decisão arbitral tem os efeitos previstos no artigo 26.º” PORTUGAL, op. cit., Decreto-Lei nº 10 de 2011.

“A impugnação da decisão arbitral funciona como um verdadeiro recurso de cassação, o que determina a competência do TCA-Sul para anular a decisão arbitral, sendo incompetente para conhecer do mérito da decisão. Assim, em caso de anulação, a decisão deverá baixar ao tribunal arbitral tributário que a proferiu e que, para esse efeito, readquire competência jurisdicional para sanar o vício que determinou a impugnação da decisão. A jurisprudência consistente do TCA-Sul vem reforçar, na prática, o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais, sustentando o argumento de que, por regra, os tribunais arbitrais tributários decidem em última instância.” VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 40.

²⁷³ TRINDADE, op. cit., p. 466-467. Apud GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 76.

²⁷⁴ GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 79-80.

recurso à equidade, ou seja, os tribunais devem observar, em suas decisões, o direito constituído (artigo 2º, nº 2, RJAT).

O que também legitima o procedimento é a previsão expressa de princípios²⁷⁵ como do contraditório, através da faculdade conferida às partes de se pronunciarem sobre questões de fato e de direito (artigo 16º, *a*, RJAT), da igualdade das partes, pelo reconhecimento do mesmo estatuto substancial às partes, designadamente para efeitos do exercício de faculdades e do uso de meios de defesa (artigo 16º, *b*), e da publicidade, que se concretiza com a divulgação e publicação das decisões arbitrais depois de omitidos todos os dados das pessoas a que dizem respeito (artigo 16º, *g*).

O que o legislador não previu foi a ocorrência de contradição entre decisões arbitrais tributárias, o que abre espaço para insegurança e eventual incoerência. Nesse contexto, em 2019, foi aprovada a Proposta de Lei n.º 180/XIII que prevê o recurso para uniformização de jurisprudência quando haja contradição entre duas decisões arbitrais sobre a mesma questão fundamental de direito.

De toda forma, as peculiaridades do regime português de arbitragem tributária o levaram a um relevante marco tanto para o instituto da arbitragem, como para a resolução de litígios no geral:

o reconhecimento da legitimidade da arbitragem tributária portuguesa pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no acórdão *Ascendi*²⁷⁶, de 2014, em que o Tribunal reconheceu que os tribunais arbitrais portugueses são tribunais de um Estado-Membro e podem apresentar pedidos ao TJUE

²⁷⁵ “Artigo 16.º Constituem princípios do processo arbitral: a) O contraditório, assegurado, designadamente, através da faculdade conferida às partes de se pronunciarem sobre quaisquer questões de facto ou de direito suscitadas no processo; b) A igualdade das partes, concretizado pelo reconhecimento do mesmo estatuto substancial às partes, designadamente para efeitos do exercício de faculdades e do uso de meios de defesa; c) A autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação das regras a observar com vista à obtenção, em prazo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas; d) A oralidade e a imediação, como princípios operativos da discussão das matérias de facto e de direito; e) A livre apreciação dos factos e a livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, de acordo com as regras da experiência e a livre convicção dos árbitros; f) A cooperação e boa fé processual, aplicável aos árbitros, às partes e aos mandatários; g) A publicidade, assegurando-se a divulgação e publicação das decisões arbitrais, nos termos do artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, devidamente expurgadas de quaisquer elementos susceptíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito.” PORTUGAL, op. cit., Decreto-Lei nº 10 de 2011.

²⁷⁶ “No acórdão *Ascendi* (processo C-377/13), a questão submetida ao Tribunal de Justiça era a de saber se a Diretiva 69/335/CEE, relativa aos impostos indiretos sobre a constituição de capitais, impedia a reintrodução, por um Estado-Membro, de um imposto de selo sobre operações de aumento do capital social das sociedades de capitais.

Contudo, o principal problema, como refere o advogado-geral Szpunar, dizia respeito à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, devido à natureza especial do órgão que apresentou o pedido: um tribunal arbitral tributário português que não pertence ao sistema de base dos tribunais judiciais e administrativos em Portugal, mas constitui uma ‘forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária’.” GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 81.

para decisão a título prejudicial, na aceção do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.²⁷⁷

Ao longo dos anos, o TJUE foi definindo um conjunto de critérios estruturais, funcionais e territoriais a serem preenchidos para que um organismo seja qualificado como “um tribunal de um Estado-Membro” para efeitos do artigo 267º²⁷⁸.

O primeiro critério é a origem legal. Os tribunais arbitrais tributários nasceram em virtude de lei, especificamente do Decreto-Lei nº 10/2011. Mais do que isso, conforme já mencionado, eles são previstos como categoria dos tribunais nacionais na Constituição portuguesa (artigo 209º, nº 2).

O critério relativo ao procedimento entre as partes, isto é, aos princípios processuais gerais, é facilmente preenchido na medida em que são observados no procedimento arbitral tributário o contraditório e a igualdade das partes (artigo 16º, *a e b*, RJAT).

O TJUE previu, ainda, a imperiosa aplicação das regras de direito. Conforme já apresentado nesse capítulo, o recurso à equidade é proibido, sendo imprescindível o julgamento em observância ao direito constituído (artigo 2º, nº 2, RJAT).

Sobre a independência, foi reconhecida a exigência especial do regime português da arbitragem tributária quanto à capacidade técnica e aos padrões éticos, o regime estrito de impedimentos e o papel desempenhado pelo Conselho Deontológico.²⁷⁹ Em outras palavras, “os árbitros são designados pelo conselho deontológico de entre os árbitros que integram a lista do CAAD”, ou seja, há independência do órgão e de seus membros com relação a pessoas ou órgãos alheios à lide. Segundo, porque os árbitros “encontram-se sujeitos a princípios de independência e imparcialidade”, com relação às partes, inexistindo interesse pessoal na resolução do conflito.²⁸⁰

²⁷⁷ Ibid., p. 78.

²⁷⁸ “Artigo 267.º, 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 atos adotados 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 suscetíveis 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.” UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**.

²⁷⁹ GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 82.

²⁸⁰ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 42.

Ainda, apenas entidades situadas num dos Estados-Membros são consideradas Tribunais de um Estado-Membro. Trata-se do requisito da territorialidade, também preenchido, já que os tribunais arbitrais tributários operam no CAAD, cuja sede é em Lisboa.

Disso, tem-se também o tribunal competente para conhecer a impugnação das decisões arbitrais: o Tribunal Central Administrativo-Sul (artigo 27º, nº 1, RJAT). De acordo com o artigo 29º, nº 1, c do RJAT, na ausência de norma delimitadora da competência territorial, aplica-se subsidiariamente o artigo 181º, nº 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos²⁸¹, que remete ao artigo 59º da Lei de Arbitragem Voluntária²⁸², que determina que será competente o tribunal em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem.²⁸³

O Tribunal também considerou preenchido o critério da natureza jurisdicional da decisão, já que a competência do TA não depende do acordo das partes e as decisões do TA são vinculativas²⁸⁴ e, em regra, não estão sujeitas a recurso²⁸⁵, tendo os mesmos efeitos da sentença de um tribunal tributário estadual (artigo 24º, RJAT).

²⁸¹ “Artigo 181.º, 1 - O tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações.” PORTUGAL. Lei nº 15, de 22 de fevereiro de 2002. **Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. 2002.

²⁸² “Artigo 59.º Dos tribunais estaduais competentes 1 — Relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h) do n.º 1 do presente artigo, o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, é competente para decidir sobre: a) A nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros a que aquelas hajam cometido esse encargo, de acordo com o previsto nos n.os 3, 4 e 5 do artigo 10.º e no n.º 1 do artigo 11.º; b) A recusa que haja sido deduzida, ao abrigo do n.º 2 do artigo 14.º, contra um árbitro que a não tenha aceite, no caso de considerar justificada a recusa; c) A destituição de um árbitro, requerida ao abrigo do n.º 1 do artigo 15.º; d) A redução do montante dos honorários ou despesas fixadas pelos árbitros, ao abrigo do n.º 3 do artigo 17.º; e) O recurso da sentença arbitral, quando este tenha sido convencionado ao abrigo do n.º 4 do artigo 39.º; f) A impugnação da decisão interlocutória proferida pelo tribunal arbitral sobre a sua própria competência, de acordo com o n.º 9 do artigo 18.º; g) A impugnação da sentença final proferida pelo tribunal arbitral, de acordo com o artigo 46.º; h) O reconhecimento de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro.” PORTUGAL. Lei nº 63, de 14 de dezembro de 2011. **Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária**.

²⁸³ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 38.

²⁸⁴ “Art. 24º, 1. A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a administração tributária a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exactos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários, alternativa ou cumulativamente, consoante o caso: a) Praticar o acto tributário legalmente devido em substituição do acto objecto da decisão arbitral; b) Restabelecer a situação que existiria se o acto tributário objecto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adoptando os actos e operações necessários para o efeito; c) Rever os actos tributários que se encontrem numa relação de prejudicialidade ou de dependência com os actos tributários objecto da decisão arbitral, designadamente por se inscreverem no âmbito da mesma relação jurídica de imposto, ainda que correspondentes a obrigações periódicas distintas, alterando-os ou substituindo-os, total ou parcialmente; d) Liquidar as prestações tributárias em conformidade com a decisão arbitral ou abster-se de as liquidar. 2 - Sem prejuízo dos demais efeitos previstos no Código de Procedimento e de Processo Tributário, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação preclui o direito de, com os mesmos fundamentos, reclamar, impugnar, requerer a revisão ou a promoção da revisão oficiosa, ou suscitar pronúncia arbitral sobre os actos objecto desses pedidos ou sobre os consequentes actos de liquidação. 4 - A decisão arbitral preclui o direito de a administração tributária praticar novo acto tributário relativamente ao mesmo sujeito

não restam dúvidas da existência de uma ligação “forte o suficiente” entre o tribunal arbitral e o Estado porquanto, pela natureza da própria relação jurídica tributária o Estado aparece sempre, e por definição, no lado ativo, representado em sede contenciosa por juristas designados pelo Diretor Geral da AT. De referir, ainda, que o Estado – *in casu* a AT – se vinculou à arbitragem tributária por imperativo legal, nos termos do artigo 4º do RJAT, e que o mesmo Estado está legalmente obrigado a executar as decisões arbitrais transitadas em julgado. De referir, por último, em reforço desta “ligação estreita”, que o Estado esteve envolvido a constituição e suporte institucional do CAAD, como promotor e financiador, sendo igualmente representado no Conselho de Representantes pela Direção Geral de Política da Justiça. O CAAD é hoje sinónimo de rigor, isenção e imparcialidade, sendo financeiramente autónomo.²⁸⁶

O primeiro obstáculo frente ao cumprimento dos requisitos foi quanto à permanência, visto que, os tribunais arbitrais são dissolvidos após a notificação da decisão arbitral e o arquivamento do processo. Em suma, a formação para o julgamento de cada tribunal arbitral é efêmera. Mesmo assim,

O quadro jurídico para o funcionamento da arbitragem tributária, no âmbito da estrutura permanente do Centro de Arbitragem Administrativa, foi importante para o Tribunal, bem como o facto de estes tribunais arbitrais serem um dos elementos do sistema de resolução judicial de litígios tributários.²⁸⁷

No todo, trata-se de um sistema permanente, mesmo com julgamentos efêmeros cuja atividade termina ao mesmo tempo que o processo para a resolução do qual foram designados. Mais do que isso, “(...) cada tribunal arbitral tributário integra uma realidade jurídica mais vasta – o sistema de resolução jurisdicional de conflitos em matéria fiscal.”²⁸⁸

Por fim, também houve dúvidas quanto à natureza obrigatória da jurisdição, já que a arbitragem tributária é um meio alternativo de resolução de litígios tributários deixado a critério dos contribuintes.

No entanto, o Tribunal destacou que, quando um contribuinte submete o seu litígio à arbitragem tributária, o TA tem jurisdição obrigatória. Assim, o Tribunal considerou que a intervenção automática e obrigatória do Estado, juntamente com o facto de a apresentação de um litígio a um TA excluir em regra a possibilidade de recorrer dessa decisão perante um tribunal judicial tributário, assegura o cumprimento do requisito da natureza obrigatória da jurisdição.²⁸⁹

passivo ou obrigado tributário e período de tributação, salvo nos casos em que este se fundamente em factos novos diferentes dos que motivaram a decisão arbitral.” PORTUGAL, op. cit., Decreto-Lei nº 10 de 2011.

²⁸⁵ GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 82.

²⁸⁶ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 44.

²⁸⁷ GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 83.

²⁸⁸ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 37.

²⁸⁹ GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 83.

Apesar de o legislador português pretender revestir de legitimidade a arbitragem tributária ao prever no preâmbulo do RJAT que, “Nos casos em que o tribunal arbitral seja a última instância de decisão de litígios tributários, a decisão é susceptível de reenvio prejudicial em cumprimento do § 3 do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, isso somente foi possível com a qualificação dada pelo direito da União Europeia.

o acórdão do TJUE no processo Ascendi proporcionou um maior grau de certeza e legitimidade ao regime português da arbitragem tributária e reconheceu plenamente a qualidade dos TA como verdadeiros tribunais de um Estado-Membro e o seu papel e responsabilidade na aplicação do direito da União Europeia. O número de processos no âmbito dos quais os TA apresentam ao TJUE pedido de decisão prejudicial é cada vez maior, sendo que os tribunais arbitrais tributários portugueses são já reconhecidos como uma via expedita de acesso ao TJUE.²⁹⁰

Nesse sentido, de acordo com Villa-Lobos e Pereira, a arbitragem tributária vem cumprindo, de forma exemplar, objetivos centrais que lhe foram atribuídos:

reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; imprimir maior celeridade na resolução de litígios em matéria tributária; e contribuir para a redução das pendências nos tribunais tributários, garantindo a prolação de decisões num prazo médio inferior a seis meses após a constituição do tribunal arbitral.²⁹¹

Embora em 2011 tenham sido submetidos à arbitragem tributária apenas 26 processos, posteriormente houve grande crescimento. Só no primeiro semestre de 2019 foram 440. Segundo Gamito e Trindade, as estatísticas demonstram que deram entrada no CAAD, desde o início da arbitragem tributária até 30 de junho de 2019, 4.740 processos.²⁹²

As estatísticas de 2015 mostravam que tinham sido levados aos tribunais judiciais tributários 24.808 processos e que apenas 19.164 tinham sido concluídos, sendo que o número de processos pendentes ascendia 53.510. Entretanto, o panorama sofreu algumas alterações e, em 2018, o número de processos entrados foi de 14.845, e o número de processos findos foi de 16.828, o que aponta para uma taxa de resolução processual acima dos 110%. Ainda assim, o número de processos pendentes foi de 45.998 casos, o que advém precisamente de anos como 2015, em que a taxa de resolução processual em matéria tributária foi inferior a 80%.²⁹³

²⁹⁰ Ibid., p. 83.

²⁹¹ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 44-45.

²⁹² GAMITO; TRINDADE. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 78.

²⁹³ Ibid., p. 78-79.

Ainda assim, há uma enorme diferença entre o volume de litígios submetido ao CAAD e aquele submetido aos tribunais judiciais. Isso se dá, em parte, pois nem todo litígio tributário pode ser submetido ao TA.

Em conclusão, segundo Villa-Lobos e Pereira, superados os naturais receios do novo e desconhecido, a arbitragem tributária tornou-se incontornável no quadro da reforma estrutural da Justiça Fiscal. Prova disso é a previsão, no Programa do Governo, de um novo período de migração de processos pendentes nos tribunais tributários há mais de dois anos para os tribunais arbitrais.²⁹⁴ Como garantia da tutela jurisdicional efetiva em matéria tributária, a adoção do instituto “tem conseguido ‘desviar’ cerca de 20% dos processos novos dos Tribunais Tributários”.²⁹⁵

²⁹⁴ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 45.

²⁹⁵ VILLA-LOBOS; PEREIRA. In: VILLA-LOBOS; PEREIRA (org.), op. cit., p. 19.

CAPÍTULO 6. Iniciativas legislativas

Conforme exposto no presente trabalho, é o povo quem deve ditar o que é o interesse público, principalmente através de seus representantes. É por isso que a matéria se encontra em amplo debate não só na doutrina, mas também na via legislativa, especificamente nos Projetos de Lei nº 4.257/2019 do senador Antonio Anastasia (Partido da Social Democracia Brasileira - MG) e 4.468/2020 da senadora Daniella Ribeiro (Partido Progressistas - PB).

Ciente das dificuldades enfrentadas para a instituição da arbitragem tributária no Brasil, o primeiro PL optou por seguir um modelo mais pragmático e restringir seu escopo mediante exclusiva alteração da Lei nº 6.830/1980.²⁹⁶

Fruto do trabalho realizado em conjunto com a Procuradoria-Geral do Distrito Federal, o Projeto institui a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, permitindo ao executado optar pelo juízo arbitral para fins de processamento dos embargos à execução, desde que esta esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, e à Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial da dívida ativa de tributos e taxas devidas em função da propriedade, do usufruto ou da posse de bem imóvel passível de alienação ou em razão da propriedade de veículo, mediante notificação administrativa do devedor.²⁹⁷

O presente trabalho se ocupa de analisar tão somente parte da proposta relativa à arbitragem.

Anastasia conclui, frente ao cenário atual apresentado na introdução desse trabalho, que alguns assuntos estão sendo desnecessariamente processados pelo Poder Judiciário, cabendo ao Congresso Nacional discutir soluções que levem à desjudicialização de demandas.

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.²⁹⁸

Para isso, a proposta acrescenta à Lei nº 6.830/1980 os dispositivos a seguir. Ao capítulo I – Da execução judicial da dívida ativa, acresce que:

²⁹⁶ MASCITTO, Andréa. Requisitos institucionais para a Arbitragem entre Fisco e contribuintes no Brasil: necessidade de norma geral. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 144.

²⁹⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.257, de 2019. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a **execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária**. Brasília: 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984360&ts=1635458429999&disposition=inline>.

Acesso em: 16 nov. 2021.

²⁹⁸ Ibid., p. 7-8.

Art. 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.²⁹⁹

Anastasia explica o porquê da imposição de tal condição. Segundo ele, se o devedor garante a execução e a Fazenda sai vencedora no julgamento, o valor poderá ser imediatamente levantado. Consequentemente, a execução será extinta, não cabendo ao Fisco o ônus de procurar bens ou de se submeter a procedimentos de alienação de bens imóveis ou de outras modalidades de garantia. “Para ser interessante para a Fazenda Pública, o procedimento arbitral, após julgar o embargos, deve permitir a imediata satisfação do crédito.”³⁰⁰

Ainda sobre esse artigo, por meio da Emenda substitutiva nº 2 do relator senador Otto Alencar da Comissão de Assuntos Econômicos, foi sugerida a inclusão do termo “integralmente” ao caput e o acréscimo do parágrafo único. Somente a garantia integral da execução abre possibilidade para a adoção do juízo arbitral, e, em caso de pluralidade de executados, a escolha de um pelo juízo arbitral não vincula aos demais:

Art. 16-A. Se o executado garantir a execução integralmente por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e os a seguir definidos, na forma de regulamento de cada entidade da Federação.

Parágrafo único. Na hipótese de haver pluralidade de executados, a opção feita por um destes, não vincula aos demais que poderão ofertar embargos a serem recebidos e apreciados pelo juiz.³⁰¹

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a relatoria ficou inicialmente com o senador Tasso Jereissati, o qual afirma não haver qualquer inconstitucionalidade na solução arbitral, por se tratar de alternativa concedida pelo legislador ao cidadão. Ele ainda compara a arbitragem a uma “transação aprimorada: é um acordo em escolher um terceiro para dar uma solução.”³⁰²

Apesar da votação a favor da aprovação do Projeto de Lei, Jereissati votou pelo acatamento parcial das últimas emendas, ambas da CAE. Por meio de nova emenda

²⁹⁹ Ibid., p. 1.

³⁰⁰ Ibid., p. 17.

³⁰¹ BRASIL. **Relatório Legislativo CAE**: Projeto de Lei nº 4.257 de 2019. Brasília: 2019. p. 5. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8026794&ts=1650302081373&disposition=inline>. Acesso em: 02 mai. 2022.

³⁰² BRASIL. **Relatório Legislativo CCJ**: Projeto de Lei nº 4.257, de 2019. Brasília: 2019. p. 6. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9032841&ts=1650302081441&disposition=inline>. Acesso em: 04 mai. 2022.

substitutiva, o parágrafo único do artigo 16-A se tornou o § 1º, em virtude do acréscimo de mais outros dois para prever como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a opção pela arbitragem fiscal e a possibilidade de o Fisco aceitar garantia diversa das previstas em lei.

Art. 16-A. § 2º A opção pela adoção de juízo arbitral suspende a execução fiscal até o recebimento da notificação ou ciência pessoal da sentença arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 3º A Fazenda Pública poderá aceitar garantia distinta daquelas mencionadas no caput, caso o contribuinte demonstre a impossibilidade de sua apresentação.³⁰³

Retomando o texto inicial, “Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por ano (artigo 16-B).”³⁰⁴ Alencar destacou que o prazo de apenas um ano pode ser exíguo em algumas situações, sugerindo a aplicação do disposto no direito português: “o prazo de dois anos para que o árbitro possa decidir mais de um processo de um mesmo particular ou grupo econômico do qual ele faça parte”. Dessa forma, a redação foi atualizada para “Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por dois anos (artigo 16-B).”³⁰⁵

Em seguida, o artigo 16-C, no texto inicial, previa que “O processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.”³⁰⁶ Também na CAE, a Emenda modificativa nº 1-T, de autoria do senador Weverton Rocha (Partido Democrático Trabalhista - MA), ampliou esse artigo nos seguintes termos:

Art. 16-C. O processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional ou entidade especializada previamente credenciado por cada entidade da Federação, facultada a realização de atos procedimentais de forma presencial ou eletrônica.

Parágrafo 1º. Em observância aos princípios administrativos da eficiência e economicidade, será admitida a realização de procedimentos arbitrais em matéria tributária por órgãos arbitrais institucionais ou entidades especializadas escolhidas pelo contribuinte, desde que a matéria litigiosa tenha repercussão econômica ou valor de causa inferior aos parâmetros normativos mínimos fixados por cada entidade da Federação para inscrição do débito em dívida ativa ou ajuizamento da execução fiscal.

Parágrafo 2º. Na hipótese de procedimento arbitral conduzido por órgão arbitral institucional ou entidade especializada eleito pelo contribuinte, a

³⁰³ Ibid., p. 8-9.

³⁰⁴ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, p. 1.

³⁰⁵ BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CAE, p. 5-9.

³⁰⁶ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, p. 1.

Administração Pública será notificada sobre a instauração do procedimento arbitral e a celebração da convenção de arbitragem pela autoridade competente.³⁰⁷

Segundo ele, a necessidade de prévio credenciamento tem o objetivo de garantir a transparência, a ampla acessibilidade e a publicidade, observadas as condições legais de igualdade e capacidade de desempenho das atividades inerentes ao juízo arbitral. Já a opção da realização de atos por meio eletrônico reflete os padrões já adotados pela Administração Pública, o que confere celeridade na solução do litígio. Por fim, a Emenda também objetiva admitir a possibilidade de eleição do órgão arbitral ou entidade especializada pelo contribuinte em casos de créditos tributários não elegíveis para ajuizamento de execução fiscal em virtude do princípio da economicidade.³⁰⁸

Rocha deixa claro que a Emenda não altera o propósito essencial do Projeto de lei, mas, com fins de aprimoramento, propõe

a adequação do projeto à realidade social e normativa das entidades da Federação, permitindo-se aos contribuintes a resolução de situações pessoais de inadimplência e que, por desinteresse econômico dos Entes Federativos, não encontram solução célere na perspectiva da administração e pacificação do conflito entre credor e devedor.³⁰⁹

Na CAE, o Projeto foi aprovado e a Emenda acolhida parcialmente no sentido da condução por órgão arbitral institucional ou entidade especializada eleitos pelo contribuinte de forma presencial ou eletrônica e da notificação prévia da Administração Pública pela autoridade competente, com a finalidade de conferir “celeridade na resolução do conflito e a obtenção mais rápida da pacificação social.”³¹⁰

Em contrapartida, Alencar explica que, além da possibilidade de questionar a validade de cobranças de pequeno valor nos Juizados Especiais da Fazenda, “não se justifica a previsão de uma câmara arbitral para cobrança de valores inferiores aos parâmetros mínimos fixados por cada ente da federação para inscrição do débito em dívida ativa ou ajuizamento da execução fiscal, pois não há previsão de fonte de custeio.”³¹¹ Nesse sentido, chegou-se à atualização da redação do artigo 16-C na Emenda substitutiva:

³⁰⁷ BRASIL. **Emenda modificativa CAE nº 1-T**: Projeto de Lei nº 4.257, de 2019. Brasília: 2019. p. 1. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990556&ts=1650302081052&disposition=inline>. Acesso em: 02 mai. 2022.

³⁰⁸ Ibid., p. 2.

³⁰⁹ Ibid., p. 3.

³¹⁰ BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CAE, p. 5.

³¹¹ Ibid., p. 5-6.

Art. 16-C. O processo arbitral será de direito, respeitará o princípio da publicidade, conduzido por órgão arbitral institucional ou entidade especializada previamente credenciado por cada unidade da Federação, facultada a realização de atos procedimentais de forma presencial ou eletrônica.

§ 1º A Administração Pública será notificada sobre a instauração do procedimento arbitral e a celebração da convenção de arbitragem pela autoridade competente.

§ 2º Será assegurada a confidencialidade dos documentos considerados sigilosos pela legislação brasileira.³¹²

Por meio da Emenda substitutiva da CCJ, previu-se no caput do artigo acima que, além de o processo arbitral ser de direito, será também de fato. Além disso, no § 1º, preferiu-se, no lugar de “convenção de arbitragem” (gênero), a espécie “compromisso arbitral”.

Art. 16-C. O processo arbitral será de fato e de direito, respeitará o princípio da publicidade, e deverá ser conduzido por órgão arbitral institucional ou entidade especializada previamente credenciados por cada unidade da Federação, facultada a realização de atos procedimentais de forma presencial ou eletrônica

§ 1º A Administração Pública será notificada sobre a instauração do procedimento arbitral e a celebração do compromisso arbitral pela autoridade competente, sendo que a sua manifestação de vontade será formalizada mediante a edição do Decreto regulamentar referido no caput do art. 16-A desta Lei.

§ 3º A matéria objeto de compromisso arbitral regularmente firmado pelas partes somente poderá ser submetida à apreciação judicial nas hipóteses do art. 16-F desta Lei³¹³ e dos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996^{314, 315}

A redação inicial do artigo 16-D sofreu singelas alterações, culminando em:

³¹² Ibid., p. 7.

³¹³ “Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que com publicação da ata de julgamento anteriores ao recebimento da notificação ou ciência pessoal da sentença arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos, sendo aplicável, no que couber, o previsto nos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CCJ. p. 10.

³¹⁴ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.” BRASIL, op. cit., 1996.

³¹⁵ BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CCJ. p. 9.

Art. 16-D. A fixação dos honorários advocatícios devidos ao advogado do vencedor no processo arbitral obedece aos critérios do art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil³¹⁶.

Parágrafo único. O valor total dos honorários advocatícios corresponde a metade do valor fixado pelo critério do caput.³¹⁷

Assim como o artigo 16-E, cuja redação foi atualizada para:

Art. 16-E. As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado.

Parágrafo único. Se os embargos forem julgados procedentes, o particular poderá requerer junto à Fazenda Pública o reembolso das despesas adiantadas, observado o limite do valor da condenação em honorários advocatícios do parágrafo único do art. 16-D.³¹⁸

A previsão de que é o executado quem deverá antecipar as custas caso opte pelo procedimento arbitral demonstra, novamente, a intenção de se evitar mais um ônus à Fazenda Pública.

O procedimento deverá ser autorizado por lei de cada ente federado e, caso a Fazenda seja vencida, ressarcirá tais despesas na forma da legislação local e arcará com honorários advocatícios arbitrados conforme o CPC, os quais serão reduzidos pela metade e servirão como parâmetro para a definição dos custos com o procedimento, que não poderão exceder o valor dos honorários.³¹⁹

Sobre a possibilidade de nulidade da sentença arbitral, o texto inicial previa que

Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em

³¹⁶ “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos; V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.” BRASIL, op. cit., 2015.

³¹⁷ BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CAE, p. 7.

³¹⁸ Ibid., p. 8.

³¹⁹ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, p. 17.

controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.³²⁰

Com a Emenda substitutiva da CAE, o rol se ampliou:

Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos extraordinário ou especial repetidos, desde que anteriores ao recebimento da notificação arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos sendo aplicável, no que couber, o previsto nos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996³²¹.

Parágrafo único. Sendo declarada a nulidade da sentença arbitral, proceder-se-á diretamente ao julgamento de mérito dos embargos.³²²

O artigo sofreu mais algumas alterações e se tornou ainda mais amplo na CCJ, prevendo ainda que a ação declaratória de nulidade da sentença arbitral deve ser proposta em 90 dias.

Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que com publicação da ata de julgamento anteriores ao recebimento da notificação ou ciência pessoal da sentença arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos, sendo aplicável, no que couber, o previsto nos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 1º Sendo declarada a nulidade da sentença arbitral, o juiz proferirá a sentença, com possibilidade de aproveitamento da prova já produzida, a seu critério, e desde que tal prova não tenha sido afetada pela declaração de nulidade.

§ 2º Fica caracterizada a nulidade da sentença arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos quando estas não observarem precedente

³²⁰ Ibid., p. 2.

³²¹ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.” BRASIL, op. cit., 1996.

³²² BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CAE, p. 8.

vinculante referido pelo caput ou forem proferidas nas hipóteses do art. 32 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 3º A ação judicial para declaração de nulidade da sentença arbitral deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação ou ciência pessoal daquela ou o recebimento da decisão do pedido de esclarecimentos.³²³

O artigo 16-G foi acrescido pela Emenda substitutiva da CAE e possui redação similar a do artigo 31 da Lei nº 9.307/1996: “A sentença produz para o executado optante e para Fazenda Pública os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.”³²⁴ Todavia, na CCJ, houve alteração:

Art. 16-G. Uma vez concluído o procedimento arbitral, o tribunal arbitral comunicará a sentença arbitral ao juiz da execução fiscal, o qual assegurará o fiel cumprimento ao que decidido.

§ 1º Caso a sentença arbitral seja favorável ao contribuinte, o juiz determinará a extinção integral ou parcial da execução fiscal e dos embargos com resolução de mérito e a condenação da Fazenda Pública ao reembolso das custas processuais necessárias ao ajuizamento da ação judicial mencionada no art. 16-A desta Lei, observado o que disposto nos arts. 16-D e 16-E.

§ 2º Caso seja favorável à Fazenda Pública, a sentença arbitral implicará a extinção dos embargos, a continuidade da execução fiscal e a realização dos atos necessários à satisfação do crédito fiscal.³²⁵

Por fim, no capítulo III – Das disposições finais e transitórias, o texto inicial dispunha que:

Art. 41-T. O executado pode optar pelo procedimento arbitral previsto nos arts. 16-A a 16-F caso, ao ajuizar a ação prevista no art. 164 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966³²⁶, ou a ação anulatória do ato declarativo da dívida, prevista no art. 38 desta lei, garanta o juízo por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.³²⁷

Na CCJ, houve discreta alteração desse dispositivo e acréscimo do artigo 41-U:

Art. 41-T. O contribuinte pode optar pelo procedimento arbitral estabelecido nos arts. 16-A a 16-G caso, ao ajuizar a ação prevista no art. 164 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, ou a ação anulatória do ato declarativo da

³²³ BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CCJ. p. 10.

³²⁴ BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CAE, p. 8.

³²⁵ BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CCJ. p. 10-11.

³²⁶ “Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos: I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória; II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal; III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.” BRASIL, op. cit., 1966.

³²⁷ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, p. 7.

dívida, prevista no art. 38 desta lei, garanta o juízo por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

§ 1º A opção pela adoção de juízo arbitral suspende, caso já ajuizada, a execução fiscal até o recebimento da notificação ou ciência pessoal da sentença arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2º A Fazenda Pública poderá aceitar garantia distinta daquelas mencionadas no caput, caso o contribuinte demonstre a impossibilidade de sua apresentação.

§ 3º A sentença arbitral produz os mesmos efeitos descritos no art. 16-G desta Lei, inclusive, se for favorável ao contribuinte, no que diz respeito à condenação da Fazenda Pública ao reembolso das custas processuais necessárias ao ajuizamento das ações judiciais mencionadas no caput, bem como permitirá a satisfação, nos próprios autos das ações mencionadas no caput, do crédito fiscal.

Art. 41-U. O regulamento de que trata o art. 16-A poderá autorizar que os autores das ações judiciais mencionadas nos arts. 16-A e 41-T da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1.980, que estiverem em curso na data de publicação desta Lei, optem pela adoção de juízo arbitral, desde que o façam no prazo de 2 (dois) anos a contar da referida publicação.

Parágrafo único. É vedada a opção pela adoção de juízo arbitral caso tenha sido proferida sentença nas ações judiciais mencionadas no caput.³²⁸

A última atualização da tramitação do PL em análise foi em 18 de maio de 2022, ainda na CCJ, quando o Projeto foi redistribuído ao senador Carlos Portinho para emissão de relatório, já que o senador Jereissati não compõe mais a Comissão.

Para Mascitto, esse Projeto cumpre o importante papel de simplificar para ampliar a possibilidade de aceitação da introdução do instituto no ordenamento jurídico de parte a parte. Nas palavras da autora,

Esse projeto, embora possa ser alvo de inúmeras considerações e críticas, parece-me ter a pretensão de viabilizar que se desmistifique o instituto, reduza as razões de oposição pelo governo (em especial das Procuradorias), para que seja apenas o início, como se um teste fosse, do modelo alternativo que é a arbitragem em matéria tributária.³²⁹

Em continuação, segundo a senadora Daniella Ribeiro, o modelo de sistema multiportas está refletido na aprovação da Lei nº 13.988/2020, que define as condições para que a União, as suas autarquias e fundações e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutive de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária. Nesse sentido, busca-se dar continuidade à tendência de

³²⁸ BRASIL, op. cit., Relatório Legislativo CCJ. p. 16.

³²⁹ MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 145.

simplificação e redução dos conflitos através do PL nº 4.468/2020, de sua autoria. Segundo ela,

O sentido é sempre o mesmo. O direito tributário deve orientar-se em direção à praticabilidade e à segurança jurídica, mediante permanente observância dos princípios da certeza, da transparência, da confiabilidade, da simplicidade e da previsibilidade na criação de leis e na relação tributária.³³⁰

O Projeto permite a instauração de arbitragem especial tributária³³¹ com o fim de solucionar controvérsias no curso da fiscalização, ou seja, controvérsias anteriores à constituição do crédito tributário e que tratem de matérias fáticas³³² e técnicas. São duas as situações autorizativas: consulta fiscal e quantificação de crédito reconhecido judicialmente e passível de compensação.

Art. 1º A arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, observando o disposto nesta lei.

Parágrafo único. Este procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.³³³

Para Escobar, o projeto dá abertura a um proceder assemelhado ao já existente processo de consulta: “apenas o fator custo — que nos termos do projeto será adiantado e suportado pelo contribuinte (artigo 3º, VII a IX) — dificultará a opção por este caminho, haja vista que o já existente processo de consulta não é oneroso.”³³⁴

Por outro lado, segundo a senadora, o espaço para a arbitragem como medida preventiva de lançamento tributário é de expressivo alcance, considerando a recomendação da OCDE quanto ao seu uso em casos que envolvam tratados internacionais a fim de evitar a dupla tributação internacional. Mais do que isso, como o Projeto não abrange crédito fiscal

³³⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.468, de 2020. Institui a **arbitragem especial tributária**. Brasília: 2020. p. 10. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886084&ts=1634150990461&disposition=inline>. Acesso em: 16 nov. 2021.

³³¹ “Denomina-se ‘arbitragem especial tributária’ para diferenciá-la da arbitragem regulada na Lei n. 9.307/96 (com a redação dada pela Lei n. 13.129/20015). Isto porque há a necessidade de dispensar tratamento próprio à arbitragem tributária, em razão de suas peculiaridades intrínsecas.” Ibid., p. 12.

³³² “Art. 2º As controvérsias tributárias que podem ser objeto da arbitragem tributária de que trata esta Lei são aquelas relativas a matérias fáticas, sendo vedado: I - discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas; II - discussão sobre lei em tese; III - decisão contrária a entendimento consolidado pelo Poder Judiciário nas hipóteses de que trata o art. 927 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.” BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 1.

³³³ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 2.

³³⁴ ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. Um devaneio noturno, o PL nº 4.468/20 e a ‘arbitragem’ especial tributária. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/marcelo-escobar-arbitragem-especial-tributaria>. Acesso em: 10 mai. 2022.

constituído, não há que se falar em qualquer conflito com a legislação vigente. “(...) o que se espera é que com a adoção da arbitragem especial tributária possa prevenir controvérsias tributárias, para evitar questionamentos antes mesmos dos lançamentos tributários e aplicações de multas.”³³⁵

Basta pensar naqueles casos que implicam inversão do ônus da prova, por presunções e similares, nas hipóteses de bases de cálculo presumidas ou dependentes de arbitramento, como “preço de mercado”, “valor venal”, “valor da terra nua”, pautas de valores, definição de preços de transferência, qualificações de intangíveis, hipóteses de cabimento de analogia e equidade etc. Deixar para o processo administrativo ou judicial esta tarefa somente prejudica todo o sistema de resolução de conflitos, além de onerar as partes, com expectativas de passivos ou ativos que somente após longos embates chega-se a uma solução, nem sempre adequada.³³⁶

Na linha do requisito de que a matéria seja fática, o Projeto prevê que:

Art. 2º As controvérsias tributárias que podem ser objeto da arbitragem tributária de que trata esta Lei são aquelas relativas a matérias fáticas, sendo vedado:

I - discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas;

II - discussão sobre lei em tese;

III - decisão contrária a entendimento consolidado pelo Poder Judiciário nas hipóteses de que trata o art. 927 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)³³⁷, bem como julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.³³⁸

Além do objeto arbitral, o procedimento especial deve observar um amplo rol de condições:

Art. 3º A arbitragem especial de que trata esta lei observará as seguintes condições:

I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito, sendo vedada a arbitragem por equidade;

II – obedecerá as regras de direito brasileiro;

III - será realizada no Brasil e em língua portuguesa;

IV - serão sempre respeitados no procedimento arbitral o contraditório, a ampla defesa e os meios inerentes, a igualdade das partes, a imparcialidade dos árbitros e seu livre convencimento;

³³⁵ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 12-13.

³³⁶ Ibid., p. 11-12.

³³⁷ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” BRASIL, op. cit., 2015.

³³⁸ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 2.

V - a sentença arbitral será integralmente divulgada no site da instituição arbitral que administrou a arbitragem;

VI – o laudo arbitral produzirá efeitos somente entre as partes, salvo hipótese de participação de entidade representativa de categoria econômica ou profissional de âmbito estadual ou nacional, hipótese em que todos os associados que não tenham expressamente feito opção em sentido contrário estarão vinculados;

VII - as despesas relativas a honorários de peritos e árbitros poderão ser antecipadas pelo contribuinte quando da instauração do procedimento arbitral;

VIII - as despesas envolvendo a câmara de arbitragem serão assumidas integral e definitivamente pelo contribuinte;

IX – cada parte arcará com os honorários de seus próprios advogados e eventuais assistentes técnicos ou outros profissionais indicados pelas partes para auxiliar em sua defesa perante o juízo arbitral, independentemente do resultado final;

X – no caso de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem, observado o disposto no inciso VIII.

XI – os valores decorrentes das decisões condenatórias serão corrigidos pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) ou outro índice que venha substituí-la na atualização dos créditos tributários;

XII - a arbitragem especial será necessariamente institucional, podendo o ato de regulamentação credenciar as instituições ou câmaras arbitrais competentes para processar as controvérsias tributárias reguladas nesta Lei.

Além disso, a instituição que processar a arbitragem especial tributária deve estar situada no Brasil (§ único, inciso I), regularmente constituída há pelo menos oito anos (§ único, inciso II), em regular funcionamento como instituição ou câmara arbitral (§ único, inciso III) e ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos dessa índole (§ único, inciso IV).³³⁹

O TA será formado por três árbitros, sendo um indicado pela Autoridade Tributária, outro pelo contribuinte e o terceiro, que presidirá o tribunal e deve ser bacharel em direito, será eleito, em comum acordo, pelos anteriores (artigo 4º). Caso não haja acordo, a instituição ou Câmara arbitral o indicará (§ 6º).³⁴⁰

O Projeto prevê, no § 1º do mesmo artigo, as causas de impedimento e suspeição previstas nos artigos 144 e 145 do CPC³⁴¹. Além disso, que “A pessoa indicada para funcionar

³³⁹ Ibid., p. 2-4.

³⁴⁰ Ibid., p. 4.

³⁴¹ “Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro

como árbitro tem o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que seja de seu conhecimento, que possa ocasionar dúvida justificada quanto sua independência e imparcialidade” (§ 2º), devendo o árbitro mantê-las durante todo o procedimento (§ 4º).³⁴²

Ademais, são requisitos para o exercício da função: gozo de plena capacidade civil e conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio a ser dirimido, jurídico ou não, sendo essencial, no mínimo, dez anos de comprovada experiência profissional na área de atuação, bem como duas graduações em nível técnico ou superior ou uma graduação e uma pós-graduação em instituições de ensino nacionais ou estrangeiras cuja titulação seja reconhecida no Brasil (§ 9º).³⁴³

Em razão de falta de conhecimento técnico da matéria ou por não atender às disposições dos parágrafos 1º, 5º e 9º, as partes poderão impugnar a indicação de árbitro da parte contrária no prazo de 15 dias, cabendo à instituição ou Câmara Arbitral decidir o incidente (§ 8º).³⁴⁴

Segundo Escobar, tais requisitos, além de atrair críticas de reserva de mercado com a criação de um sistema apartado e diverso da Lei nº 9.307/1996,

ainda permite que cursos em instituições estrangeiras sejam requisitos na contramão do que existe em países onde a arbitragem tributária já realidade. O veto para a experiência internacional existe, por exemplo, no âmbito do CAAD de Portugal, instituição para a qual não basta deter profundo conhecimento tributário brasileiro ou americano, posto que a controvérsia que será dirimida versará sobre Direito português.³⁴⁵

grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.” BRASIL, op. cit., 2015.

³⁴² BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 4.

³⁴³ Ibid., p. 4.

³⁴⁴ Ibid., p. 4.

³⁴⁵ ESCOBAR, op. cit.

Vale destacar que, assim como já previsto no ordenamento jurídico, o § 3º qualifica o árbitro como juiz de fato e de direito, além de determinar que “do laudo arbitral proferido não cabe homologação ou recurso ao Poder Judiciário”.³⁴⁶

A novidade trata da criação da figura do árbitro desempatador para situações que assim demandem, em razão da controvérsia, após votação não unânime e se previsto pelas partes no compromisso arbitral. Compete ao presidente da instituição arbitral efetuar tal designação no prazo de 30 dias (§ 7º c/c artigo 9º).³⁴⁷ Escobar afirma que esse ponto causa estranheza, pois dois cenários se materializam contrariamente a essa previsão:

I) se o tribunal contar com dois votos favoráveis e um contrário, e o desempatador votar com o entendimento contrário, haverá um novo empate, todavia, com a majoração dos custos pelo acréscimo do “desempatador” sem o deslinde da questão; ou II) o “árbitro desempatador” decidirá a controvérsia desconsiderando o resultado do tribunal arbitral, o que também não se justifica, posto que seria mais célere e menos custoso prever apenas a figura do árbitro único.³⁴⁸

O árbitro desempatador analisará toda a documentação do processo e emitirá decisão adotando uma das posições anteriores, justificando-as, sendo vedada a reabertura da instrução processual para realização de novas provas e diligências (artigo 9º, § único).³⁴⁹

Art. 5º Formalizada a opção pela utilização da arbitragem especial, será designada audiência para assinatura do compromisso arbitral, que será firmado por:

I - autoridade administrativa a ser designada pelo Ministério da Fazenda ou Advocacia Geral da União;

II - procurador devidamente constituído pelo contribuinte;

Art. 6º São cláusulas obrigatórias do compromisso arbitral estabelecido para o procedimento de arbitragem especial:

I - o local onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a obrigatoriedade de que o árbitro ou os árbitros decidam a questão de fato segundo regras jurídicas brasileiras;

III - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes e representantes privados, assim como dados e cargo dos representantes jurídicos da pessoa jurídica de direito público;

IV - o nome, profissão e domicílio dos árbitros;

V - a possibilidade de indicar um árbitro desempatador, no caso do laudo arbitral não ser unânime;

VI - a matéria que será objeto da arbitragem;

³⁴⁶ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 4.

³⁴⁷ Ibid., p. 5.

³⁴⁸ ESCOBAR, op. cit.

³⁴⁹ BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 6-7.

VII - o lugar em que será proferido o laudo arbitral.

VIII - a obrigatoriedade de cumprimento das normas desta lei;

IX - o prazo para a apresentação do laudo arbitral, será de até 12 meses, podendo ser prorrogado por acordo entre as partes por até duas vezes, desde que não ultrapasse prazo total de 24 meses;

X - a fixação dos honorários dos árbitros;

XI - a definição da responsabilidade pelo pagamento:

a) de honorários dos árbitros;

b) de eventuais honorários periciais; e

c) de outras despesas com o procedimento de arbitragem.

XII- as provas que serão produzidas na arbitragem;

XIII- os fatos que são considerados como incontroversos para solução do conflito.³⁵⁰

Importante assinalar que, segundo o artigo 7º, a assinatura do compromisso arbitral impede a instauração de processo administrativo ou qualquer medida de fiscalização relacionada ao objeto do procedimento arbitral e afasta a possibilidade de denúncia espontânea. Na hipótese de lavratura de auto de infração para exigência de tributos lançados com fundamento na questão submetida à arbitragem especial, não caberá lançamento de multa de ofício e o julgamento do processo administrativo será sobrestado até final decisão do procedimento arbitral.³⁵¹

Art. 8º O laudo arbitral vinculará a Autoridade Tributária e o contribuinte acerca dos fatos julgados.

I - são requisitos obrigatórios do laudo arbitral:

a) o relatório, que conterá os nomes das partes e resumo do litígio;

b) os fundamentos da decisão, em que serão analisadas as questões de fato e técnicas, de acordo com as regras jurídicas brasileiras;

c) o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

d) a data e o lugar em que foi proferida.

II - o laudo arbitral vinculará o julgamento do auto de infração lavrado nos termos do inc. III do art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

III - o contribuinte não terá legitimidade para questionar judicialmente o auto de infração decorrente do laudo arbitral, no tocante à controvérsia decidida na arbitragem.

IV - o laudo arbitral é definitivo e terminativo, salvo o disposto no art. 10.

³⁵⁰ Ibid., p. 6.

³⁵¹ Ibid., 6-7.

V - após o laudo arbitral ser emitido, as partes podem solicitar no prazo de 10 dias que seja sanado erro material e esclareça alguma dúvida, ou contradição existente nele existente.³⁵²

Só é cabível ação de anulação do laudo arbitral após 60 dias da sua ciência pelas partes e nas seguintes hipóteses: quando for nulo o compromisso arbitral, se o laudo for emanado de quem não podia ser árbitro, se não contiver os requisitos do artigo 3º, se proferido fora dos limites do compromisso arbitral, se comprovado que foi proferido por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, se desrespeitados os princípios do artigo 2º ou for proferido fora do prazo estipulado no artigo 6º, inciso IX (artigo 10).³⁵³

Art. 11. Em caso de laudo arbitral condenatório que imponha obrigação pecuniária contra a União ou suas entidades autárquicas, inclusive no tocante às custas da arbitragem, o pagamento se dará mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

Parágrafo único. Na hipótese de que trata o caput deste artigo o presidente do tribunal arbitral solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.³⁵⁴

Com vistas a adequar o ordenamento ao novo procedimento, o Projeto também apresenta proposta de alteração da Lei nº 9.430/1996, prevendo a possibilidade de solução de consultas acerca de questão fática e sua qualificação jurídica por arbitragem especial tributária (artigo 48-A).³⁵⁵

Art. 74. §19 O crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado não liquidado judicialmente poderá ser quantificado por meio de arbitragem especial tributária, atendidos os requisitos e condições estabelecidos nesta Lei.

§20 É vedada a instauração da arbitragem especial tributária para fins de quantificação de crédito:

- a) objeto de decisão judicial não transitada em julgado;
- b) não passível de restituição, ressarcimento ou compensação, nos termos desta lei

§21 O contribuinte apresentará requerimento formal à Secretaria da Receita Federal do Brasil para fins de instauração da arbitragem especial tributária.

I - a opção pela liquidação do crédito a ser compensado ou restituído por meio de arbitragem especial tributária implica desistência de requerimento para liquidação e execução judicial de sentença;

³⁵² Ibid., 7.

³⁵³ Ibid., p. 7.

³⁵⁴ Ibid., p. 7.

³⁵⁵ Ibid., p. 7.

II - o crédito liquidado aferido mediante arbitragem será compensado nos termos desse artigo, conforme regulamentação a ser expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

III - não cabe discussão em sede de manifestação de inconformidade ofertada pelo contribuinte acerca do crédito fixado em laudo arbitral;

IV - o fisco ficará vinculado ao montante do crédito reconhecido em favor do contribuinte por laudo arbitral;

V - o pedido de instauração de arbitragem especial tributária deve ser formalizado no prazo de cinco anos contados da data do trânsito em julgado da decisão judicial que reconhece o crédito em favor do contribuinte;

VI - o prazo para apresentação de declaração de compensação para aproveitamento do crédito reconhecido em sentença arbitral se extingue em cinco anos, contados do trânsito em julgado do laudo arbitral.³⁵⁶

Por último, de acordo com o artigo 13 do PL, aplica-se subsidiariamente, no que couber, a Lei nº 13.988/2020, que dispõe sobre transação,³⁵⁷ o que causa estranheza à Escobar. Ele salienta ainda

ser indiscutível a peculiaridade de uma eventual arbitragem tributária, bem como a imprescindibilidade de previsões além das contidas na LBA, entretanto, tais previsões podem em grande parte serem personalizadas em um regulamento de arbitragem tributária, a exemplo do que já ocorre com as arbitragens comerciais e trabalhistas.³⁵⁸

A última atualização na sua tramitação foi em 1º de outubro de 2021, quanto o Projeto foi distribuído ao senador Anastasia na CAE para emissão de relatório.

³⁵⁶ Ibid., p. 8.

³⁵⁷ Ibid., p. 9.

³⁵⁸ ESCOBAR, op. cit.

CAPÍTULO 7. Desafios e soluções para a arbitragem tributária no Brasil

Frente aos desafios para a implementação do instituto em estudo, todo debate se mostra legítimo já que o direito tributário é matéria do ramo público que rege a forma com que o Estado é financiado para promover suas atividades. Afetada a tributação, a saúde financeira e a sobrevivência do próprio Estado são desafiadas e correm o risco de colapsar.³⁵⁹

O primeiro desafio trata da (des)necessidade de edição de norma geral para a instituição da arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro. Frente a esse tema, são diversas as correntes doutrinárias.

O legislador constituinte optou por definir as diretrizes de todo o sistema tributário nacional na CRFB/1988 (Título VI). Disso, as normas gerais em matéria tributária são reservadas à Lei Complementar (artigos 146 e 146-A, CRFB/1988) e desenvolvidas por Leis Ordinárias. “Trata-se, portanto, de um sistema tributário complexo e, no que interessa (...), regido pela estrita legalidade.” A exemplo, a obrigação tributária depende de um comportamento materializador de uma hipótese de incidência prevista em lei (artigo 113, CTN), assim como a sua extinção também depende de lei, e não de qualquer lei; mas de lei complementar (artigos 5º, inciso II, 37, 146, inciso III, b, e 150, inciso I, CRFB/1988³⁶⁰).³⁶¹

Considerando o impacto que a arbitragem tributária tem na relação jurídica tributária, trata-se de possível causa suspensiva da exigibilidade e da extinção do crédito tributário, já que culmina na resolução do conflito. Por isso, há quem entenda que o instituto deve ser previsto em Lei Complementar, mesmo que por alteração do CTN. “A partir da adequação do CTN, lei ordinária nacional ou mesmo lei ordinária específica de cada ente da Federação poderia regular o processo arbitral tributário.”³⁶²

Por outro lado, os Projetos de Lei apresentados no capítulo anterior são projetos de leis ordinárias:

³⁵⁹ MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 139.

³⁶⁰ “Art. 5º II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; 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:

Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

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;” BRASIL, op. cit., 1988.

³⁶¹ MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 140.

³⁶² PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andrea; FERNANDES, André Luiz Fonseca. Um olhar para a Arbitragem Tributária: comparativo das propostas no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48, p. 743-767, 2021. p. 746. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-rdta-48-28>. Acesso em: 04 jul. 2022.

o PL n. 4.257/2019 promove alterações na LEF e insere a arbitragem naquele contexto processual específico. Já o PL n. 4.468/2020 realiza poucas alterações na Lei n. 9.430/96 e pretende instituir regime autônomo, desvinculado tanto do regime geral da arbitragem particular e administrativa (Lei de Arbitragem) quanto do processo de execução fiscal.³⁶³

É nesse sentido o entendimento pela prescindibilidade de Lei Complementar, podendo o instituto ser disciplinado por lei ordinária nacional específica, com base no artigo 22, inciso I, da CRFB/1988³⁶⁴, ou por lei ordinária de cada ente, à luz do artigo 24, inciso XI e § 3º, da CRFB/1988³⁶⁵. “Em ambos os casos, defende-se que, ou cabe à lei ordinária regular inteiramente a matéria, ou cabe a esta espécie legislativa regulá-la parcialmente e adotar, em relação aos pontos não especificamente abordados, as disposições da Lei de Arbitragem.”³⁶⁶

Nessa mesma linha de entendimento, o STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.405-RS, entendeu que não existe reserva de Lei Complementar Federal para tratar de novas hipóteses de suspensão e extinção de créditos tributários, possibilitando que o Estado-Membro estabeleça regras específicas para seus próprios créditos tributários. Nas palavras de Alexandre de Moraes, “a Constituição Federal não reservou à lei complementar o tratamento das modalidades de extinção e suspensão dos créditos tributários, à exceção da prescrição e decadência, previstos no art. 146, III, b, da CF.”³⁶⁷

Embora Mascitto consinta que já existe atualmente arcabouço legislativo para que a arbitragem tributária resulte na extinção do crédito tributário, já que a sentença arbitral se equipara à judicial (artigo 156, inciso X, CTN³⁶⁸), a autora entende “que o contexto brasileiro demanda efetiva necessidade de edição de leis: Lei Complementar e Lei Ordinária, bem como de normas infralegais para que se possa ultrapassar o desafio de instituição legítima e eficiente da arbitragem tributária no Brasil.”³⁶⁹

Esse entendimento se baseia no contexto histórico da arbitragem no âmbito do Poder Público. Segundo a autora, a edição da Lei nº 9.307/1996 em 2015 resultou do cenário de insegurança frente à possibilidade de a Administração Pública participar de arbitragens para discussão de contratos firmados com entes privados. Embora na prática já fosse uma

³⁶³ Ibid., p. 745-746.

³⁶⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;” BRASIL, op. cit., 1988.

³⁶⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual; § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.” Ibid.

³⁶⁶ PISCITELLI; MASCITTO; FERNANDES, op. cit., p. 746.

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.405-RS**. Ministro Alexandre de Moraes, 20.09.2019. p. 2-4.

³⁶⁸ “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: X - a decisão judicial passada em julgado.” BRASIL, op. cit., 1966.

³⁶⁹ MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 142.

realidade, a disputa sobre essa possibilidade e sobre as matérias possivelmente arbitráveis muitas vezes superava o debate da própria matéria arbitrada. “Até então, o Tribunal de Contas da União (TCU) e órgãos de controle fomentavam a referida insegurança ao insistir na necessidade de autorização legal expressa, em reação ao que a lei foi finalmente editada.”³⁷⁰

Sob a perspectiva do Fisco, são diversas as preocupações institucionais e individuais dos agentes públicos, que passam pelo risco de caracterização de responsabilidade funcional, caracterização de renúncia fiscal e violação à Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), não interrupção dos prazos decadencial para constituição do crédito tributário (em caso de procedimento arbitral pré-constituição do crédito tributário) e prescricional para efetiva execução do crédito (em caso de procedimento arbitral posterior à sua constituição), dentre outras como a obrigatoriedade e/ou possibilidade de participação de terceiros e, em especial, do Ministério Público (MP) nos procedimentos.

Sob a perspectiva dos contribuintes, além da segurança na previsão expressa e específica da extinção do crédito tributário pela sentença arbitral, seria importante que fossem supridas lacunas como, por exemplo, se o procedimento arbitral suspende ou não a exigibilidade do tributo que se discuta, se o prazo para eventual recuperação de tributos pagos indevidamente ou a maior se iniciaria após findo processo arbitral em que vencedor, se a arbitragem engloba inclusive a discussão do crédito tributário constituído em definitivo, após inscrição em dívida ativa, ou de casos em que ele nem mesmo foi constituído etc.³⁷¹

Nesse diapasão, Mascitto recomenda alterações pontuais no CTN, sobretudo nos artigos 151 e 156, sobre a suspensão e extinção do crédito tributário³⁷², e 171, que autoriza à lei facultar a transação entre Fisco e contribuintes³⁷³. O artigo 170-A, que veda a compensação de tributo contestado judicialmente antes de findo o processo³⁷⁴, poderia,

³⁷⁰ Ibid., p. 142.

³⁷¹ Ibid., p. 143.

³⁷² “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança. V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI – o parcelamento.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado. XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.” BRASIL, op. cit., 1966.

³⁷³ “Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.” Ibid.

³⁷⁴ “Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.” Ibid.

segundo ela, ser tratado por Lei Ordinária, já que se trata de regulamentação eminentemente processual.³⁷⁵

Além da previsão da discussão da dívida ativa por arbitragem no artigo 38 da Lei nº 6.830/1980³⁷⁶, Mascitto sugere também a edição de nova Lei Ordinária ou a alteração da Lei nº 9.307/1996 para guiar de forma clara e eficiente, com base nos princípios da legalidade, isonomia e publicidade, questões como a competência das Câmaras para administrar o TA, os requisitos dos árbitros, a qualificação das matérias arbitráveis, a eventual limitação material e valorativa, prazos e procedimentos, provas e, inclusive, questões aparentemente óbvias, como a vedação à arbitragem ad hoc e por equidade e à cláusula compromissória, por inexistir prévia contratação entre Fisco e contribuinte.³⁷⁷

Outras questões a serem devidamente estabelecidas são: o mecanismo da publicidade e execução das decisões, bem como a eventual falta de uniformidade entre elas, e a necessidade de um engessamento da atuação das partes, estipulando regras para a escolha da Câmara de Arbitragem, idioma, local, qualificação dos árbitros, legislação aplicável, utilização de árbitro único ou colegiado, cláusulas padrão etc.³⁷⁸ Nas palavras de Mascitto,

a legislação demandará sem dúvida regulamentação infralegal. A manifestação da vontade por parte do Estado, por exemplo, – enquanto pressuposto a esse método heterocompositivo de solução de controvérsia – deveria, a meu ver, ser manifestada via Decreto (o que daria maior segurança jurídica do que se via Portaria), podendo o contribuinte por ele optar quando do surgimento da controvérsia.³⁷⁹

Em outras palavras, a escolha do Fisco pela arbitragem estaria representada por seus atos, como ocorre por meio da Portaria do Ministério da Fazenda em Portugal³⁸⁰ ao vincular somente determinadas matérias à arbitragem. Acertadamente, evita-se a alegação de existência de uma arbitragem “necessária”, que disponha de determinado direito ou que seja contrária ao efetivo exercício da autonomia do ente³⁸¹ e do interesse público.

³⁷⁵ MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 143-144.

³⁷⁶ “Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.” BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a **cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública**. Brasília: 1980.

³⁷⁷ MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 144.

³⁷⁸ NOLASCO, Rita Dias; LIMA, Osvaldo Antonio de. Arbitragem Tributária: a experiência portuguesa e os desafios para sua implantação no Brasil. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 174.

³⁷⁹ MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 145.

³⁸⁰ PORTUGAL, op. cit., Portaria nº 112-A de 2011.

³⁸¹ PISCITELLI. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 194.

Em complementariedade à legislação, sugere-se a regulamentação e veiculação de procedimentos administrativos e internos intra-órgão fazendário por Instrução Normativa, Portaria e Normas de Execução, nos termos da Portaria da RFB nº 20/2021. Tudo isso para que as partes tenham clareza e confiança no instituto.³⁸²

Disso, Piscitelli afirma que, havendo previsão legal, o uso do procedimento deve se revelar como um direito potestativo do contribuinte, que pode aderir, ou não.³⁸³ Tal facultatividade garante, evidentemente, que a simples possibilidade de adoção do instituto não exclui o acesso ao Judiciário. Pelo contrário, o contribuinte passa a possuir ampla escolha frente a uma verdadeira Justiça multiportas.

Em suma, embora seja possível defender que a arbitragem tributária já poderia ser praticada no Brasil, a estrita legalidade, juntamente com as incertezas e inseguranças, reflete a necessidade de lei complementar que preveja expressamente o instituto como causa de extinção da obrigação tributária e que indique seus pressupostos legais, limites e condições (artigo 146, inciso III, b, CRFB/1988); além disso, de edição de lei ordinária pelas pessoas de direito público interno que regule formalmente o procedimento de escolha dos árbitros, a composição do TA, a tramitação dos atos, entre outras questões definidoras do quadro legal em que se deve consolidar o instituto, a fim de que ambas as partes se sintam amparadas.

Nesse ponto também é importante a definição da legislação subsidiária aplicável. Enquanto o Projeto de Lei nº 4.257/2019 optou pela Lei nº 9.307/1996³⁸⁴, o de nº 4.468/2020 atribuiu isso à Lei nº 13.988/2020³⁸⁵. A aplicação da primeira parece mais adequada por já regular a arbitragem com a Administração Pública. A segunda trata de transação, que, apesar de ser um método extrajudicial de solução de conflitos assim como a arbitragem, tem natureza de autocomposição, enquanto a arbitragem é um método de heterocomposição.

Adentrando nos limites da adoção do instituto, segundo Nolasco e Lima, a arbitragem tributária deve tratar de matéria fática, a fim de sanar dúvidas a respeito de interpretação e aplicação da legislação tributária, que requeiram conhecimentos técnicos e especializados para sua compreensão, desde que não envolva discussão de (in)constitucionalidade e de lei em

³⁸² MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 145.

³⁸³ PISCITELLI. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 194.

³⁸⁴ “Art. 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.” BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, p. 1.

³⁸⁵ “Art. 13 Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020.” BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 9.

tese. Nesse sentido é o Projeto de Lei nº 4.468/2020³⁸⁶. Tal condição torna o instituto útil, por exemplo, em casos em que há dúvida sobre critérios de tributação e de classificação fiscal, que envolvam questões complexas de interpretação ou que seja necessário ir além da consulta tributária para abrir o contraditório e possibilitar a produção de provas técnicas.³⁸⁷

Essas discussões, juntamente com a definição do quantum a ser recuperado por contribuintes que obtiveram em juízo reconhecimento do direito (genérico) de compensar tributos indevidamente pagos em razão de ilegalidade ou inconstitucionalidade de normas instituidoras,

se mostra extremamente fértil, na medida em que a qualificação jurídica dos fatos depende sobremaneira de análises técnicas, sendo a correta adequação da consequência jurídica mera decorrência das conclusões acerca dos contornos fáticos da controvérsia. E na medida em que os contornos fáticos da controvérsia se amoldem aos critérios legais estabelecidos, a análise seria plenamente viável em tribunal arbitral.³⁸⁸

Segundo os autores, a delimitação do objeto visa

evitar que o resultado de determinada arbitragem termine por causar uma tributação diferenciada única e especificamente para a parte que dela fizer uso, resultando em fator de alteração da livre concorrência, desequilibrando a tributação de determinado setor ou atividade, a qual, por imperativo dos princípios da legalidade e da isonomia tributários, devem incidir em idêntica grandeza sobre todos aqueles que estiverem na mesma situação jurídica.³⁸⁹

Por outro lado, por entenderem ser impossível cindir o direito do fato, Guidoni Filho e De Laurentiis entendem que a arbitragem tributária deve se limitar a questões prejudiciais³⁹⁰ das quais dependam os julgamentos das lides. São aqueles eventos extrajurídicos ou atinentes a outros ramos do direito que somente se relacionam tangencialmente com a ordem pública, como:

interpretação de contratos (mútuo x contrato de conta corrente para fins de incidência de IOF intercompany, por exemplo), operações societárias (avaliando operações com ou sem propósito comercial, para fins de análise de planejamentos tributários abusivos), questões contábeis/comerciais (como os elementos do ágio em operações empresariais, para fins de dedutibilidade do IRPJ e da CSLL), classificação fiscal de mercadorias (que resolvem

³⁸⁶ “Art. 2º As controvérsias tributárias que podem ser objeto da arbitragem tributária de que trata esta Lei são aquelas relativas a matérias fáticas, sendo vedado: I - discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas; II - discussão sobre lei em tese;” *Ibid.*, p. 1.

³⁸⁷ NOLASCO; LIMA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 174.

³⁸⁸ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Questões tributárias arbitráveis. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 242.

³⁸⁹ NOLASCO; LIMA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 183.

³⁹⁰ “Há relação de prejudicialidade entre duas causas quando o julgamento de uma delas é apto a influir no teor substancial do julgamento de outra”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 182.

inúmeros casos de tributação incidente sobre o comércio exterior), entre outros.³⁹¹

Conforme visto no capítulo 6 do presente trabalho, o Projeto de Lei nº 4.257/2019 não impõe restrições à matéria tributária passível de julgamento por arbitragem, sendo cabível qualquer matéria útil à defesa, arguível em execução, ação anulatória ou consignatória, inclusive, discussão de cunho constitucional. Nesse sentido, outra possibilidade é a adoção desse modelo sem restrição de matérias, que abre espaço, inclusive, à não aplicação de norma inconstitucional ao caso concreto, como um controle difuso realizado no Poder Judiciário.

Sobre o momento para a escolha do procedimento arbitral, Nolasco e Lima afirmam dever ser anteriormente à instauração da controvérsia no Judiciário ou, ao menos, antes de prolatado qualquer julgamento. Para eles, só assim a arbitragem cumprirá seu papel de “alternativa excludente e prejudicial à busca de resolução da controvérsia pelo poder judiciário”.³⁹²

As iniciativas legislativas brasileiras se complementam no sentido de permitirem a adoção da arbitragem tributária para créditos tributários constituídos, garantidos e com exigibilidade suspensa (PL nº 4.257/2019)³⁹³, créditos tributários ainda não constituídos ou para mera quantificação de crédito do contribuinte transitado em julgado (PL nº 4.468/2020)³⁹⁴. A discussão administrativa após a constituição do crédito é a única etapa não incluída nos PLs.

Nesse sentido, entende-se que o momento para a adoção da arbitragem deve ser ampliado, a fim de alcançar todas as etapas de constituição do crédito tributário. Sendo amplas as possibilidades, cada ente terá liberdade para definir a forma que convier à sua realidade.

Falar sobre a construção de um regime possível de jurisdição arbitral tributária significa falar também sobre tribunal arbitral.

³⁹¹ GUIDONI FILHO, Antonio Carlos; DE LAURENTIIS, Thais. Arbitragem de questões prejudiciais de mérito aos litígios tributários: uma solução para o uso da arbitragem em matéria fiscal. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 303.

³⁹² NOLASCO; LIMA. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 183.

³⁹³ No curso de discussão judicial do crédito após a oposição de embargos e apresentação de garantia na execução fiscal e em ações de consignação de pagamento ou anulatórias garantidas por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro em garantia.

³⁹⁴ Durante a fiscalização, para solucionar consultas e para a liquidação de crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado.

Acerca da necessidade ou não de licitação para a escolha da câmara arbitral e dos árbitros, para Pinho e Mazzola, trata-se de inexigibilidade de licitação, pois a competição é inviável.³⁹⁵

Nesse caso, o processo licitatório seria de todo inadequado, pois o interesse estatal não poderia ser satisfeito por uma prestação padrão. A contratação do árbitro ou da câmara arbitral envolve peculiaridades (reputação, especialidade na matéria objeto do litígio etc.) que escapam aos padrões de normalidade.

Essas especificidades conduzem à conclusão de que a contratação do árbitro ou da câmara arbitral subsume-se às hipóteses de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 inc. II § 1º da Lei n. 8.666/93^{396,397}

Sobre a composição do tribunal, conforme estudado no capítulo anterior, o Projeto de Lei nº 4.257/2019 faz referência aos requisitos da Lei nº 9.307/1996³⁹⁸, enquanto o de nº 4.468/2020 regula detalhadamente a matéria, definindo a composição do tribunal por três árbitros: dois indicados pelas partes e um elegido por estes, além da possibilidade da figura do árbitro desempatador³⁹⁹. Na hipótese de decisão não unânime, este seria designado para emitir

³⁹⁵ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 310.

³⁹⁶ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para **licitações e contratos da Administração Pública**. Brasília: 1993.

³⁹⁷ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 75.

³⁹⁸ “Art. 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.” BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, p. 1.

“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei. § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso. § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.” BRASIL, op. cit., 1996.

³⁹⁹ “Art. 4º O tribunal arbitral será necessariamente formado por três árbitros da forma que segue: I – um árbitro indicado pela Autoridade Tributária; II - um árbitro indicado pelo contribuinte; e III – um árbitro indicado na forma dos §§5º e 6º. §5º Os árbitros indicados pela Autoridade Tributária e pelo contribuinte elegerão, em comum acordo, o terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral e necessariamente deverá ser bacharel em

nova decisão, desde que previsto no compromisso arbitral⁴⁰⁰. Trata-se de uma espécie de segunda instância monocrática na arbitragem, enquanto a primeira é colegiada, o que não encontra correspondência com a busca pela eficiência e celeridade da arbitragem nem com a estrutura recursal do próprio Judiciário.

Giannetti sugere a composição colegiada somente em causas mais complexas que demandam a participação de árbitros com especialidades diversas. Já o árbitro único é ideal quando pretende-se reduzir custos e ganhar celeridade. Segundo ele, “Dependendo do valor da causa em disputa, um colegiado tornaria a arbitragem extremamente onerosa. E essa questão para o direito tributário é muito relevante, pois a arbitragem não deve ser pensada apenas para causas milionárias”.⁴⁰¹

Desde que legal e constitucional, a solução de conflitos é boa independentemente do valor. Ainda assim, o autor sugere um modelo inicial de arbitragem com limite de valor a fim de que a Administração Tributária conheça e sinta confiança no regime⁴⁰², o que faz sentido já que institutos complexos que sofrem resistência podem alcançar melhores resultados se trazidos de forma cautelosa e gradual para o ordenamento jurídico.

Sobre a qualificação dos árbitros, a título de exemplo, o Projeto de Lei nº 4.257/2019 não acrescenta disposições em relação à Lei nº 9.307/1996, que só prevê como requisito a capacidade civil e a confiança das partes (artigo 13). Já o de nº 4.468/2020 exige conhecimento técnico, jurídico ou não, compatível com a natureza do litígio a ser dirimido, dez anos de comprovada experiência profissional na área, bem como duas graduações em nível técnico ou superior ou uma graduação e uma pós-graduação em instituições de ensino nacionais ou estrangeiras cuja titulação tenha sido reconhecida no Brasil (artigo 4º, § 9º, inciso II), o que parece exagerado.

À luz da Lei nº 9.307/1996, a restrição mínima da exigência de comprovação de formação pode ser o elemento definidor do amplo alcance do instituto. Presentes a capacidade civil e a confiança das partes, a seleção no mercado profissional ocorrerá naturalmente.

Direito, observando-se o disposto no § 2º. §6º Caso não haja acordo entre os árbitros indicados pelas partes para a escolha do terceiro árbitro, a instituição ou Câmara arbitral o indicará, atendendo aos requisitos previstos neste artigo. §7º Poderá ser indicado um árbitro desempatador se a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral não for unânime, competindo ao presidente da instituição arbitral efetuar a designação respectiva.” BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 3-4.

⁴⁰⁰ “Art. 9º Na hipótese de decisão não unânime entre os três árbitros, será designado árbitro desempatador no prazo de 30 dias, se assim estiver previsto pelas partes no compromisso arbitral. Parágrafo único. O árbitro desempatador analisará toda a documentação do processo e emitirá decisão adotando uma das posições anteriores, justificando-as, sendo vedada a reabertura da instrução processual para determinar a realização de novas provas e diligências.” Ibid., p. 6-7.

⁴⁰¹ GIANNETTI. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA, op. cit., p. 149.

⁴⁰² Ibid., p. 149.

De qualquer forma, é importante que os árbitros demonstrem conhecimento técnico na matéria, adquirido em razão de prática profissional, seja em advocacia, consultoria, magistério, magistratura etc., “sendo certo que eles podem ser especialistas em determinados tributos apenas, aumentando, assim, o nível de especialização (...) necessário a legitimar, ainda mais, a decisão arbitral.”⁴⁰³

Por isso é comum ouvir dizer que o sucesso do instituto depende, principalmente, da boa atuação dos árbitros.

Se hoje, no Brasil, a arbitragem vem crescendo e sendo valorizada, isso decorre da atuação conjunta de instituições de arbitragem, associações e dos profissionais que atuam na área e que, de forma cotidiana ou não, figuram como árbitros em procedimentos realizados aqui e no exterior.⁴⁰⁴

A previsão de que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” no artigo 13 da Lei nº 9.307/1996 traz à tona, ainda, a imprescindibilidade da imparcialidade e independência, bem como do devido controle ético do árbitro. Nesse sentido, Giannetti destaca que,

sendo instituída a arbitragem tributária no Brasil, certamente figurarão como árbitros ex-conselheiros do CARF e de outros Conselhos de Contribuintes, além de servidores públicos aposentados, outrora vinculado aos órgãos de fiscalização e às Procuradorias, bem como advogados tributaristas, consultores de empresas de auditoria, professores universitários e magistrados aposentados. Todos eles irão se candidatar para figurar em listas de árbitros vinculadas às instituições credenciadas para administrar as arbitragens que envolvam a matéria tributária e, uma vez aprovados pelos referidos centros e nomeados para um caso particular, deverão cumprir com muito rigor o dever de revelação dos vínculos profissionais anteriores. E nesse ponto, um período de quarentena para os servidores públicos e advogados é necessário, de forma a evitar que atuem, antes de determinado prazo, para aquela parte com o qual já possuíram relacionamento profissional duradouro.⁴⁰⁵

Sobre a quarentena, o autor cita algumas possibilidades a serem consideradas pelo legislador. Primeiro, a previsão no RJAT de Portugal de impedimento pelo prazo de dois anos para quem ocupou cargo na administração tributária ou prestou serviço jurídico ao sujeito passivo ou teve vínculo com escritório de advocacia que tenha prestado serviços jurídicos e de auditoria ao sujeito passivo.⁴⁰⁶

⁴⁰³ Ibid., p. 149.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 149.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 153-154.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 154.

Também, o artigo 95, § único, inciso V da CRFB/1988⁴⁰⁷, que veda que o magistrado retorne à advocacia e atue junto ao juízo que exerceu o cargo antes de três anos da sua aposentadoria ou exoneração. Outra possibilidade seria a do artigo 6º da Lei nº 13.140/2015, no sentido de que “o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.⁴⁰⁸

Apesar de citar que o árbitro também não poderá ter tido contato com o objeto do litígio nem poderá ter se pronunciado sobre ele, Giannetti adverte que uma concepção muito restritiva inibe a atuação dos profissionais, divergindo da característica essencial do instituto: o julgamento por especialistas. É por isso que a análise dos fatos relatados pelo árbitro ao observar o dever de revelação deve ser feita com atenção e parcimônia a fim de evitar a recusa imoderada das indicações.⁴⁰⁹ Por exemplo,

o fato de um profissional ter atuado por anos (senão décadas) como advogado em causas contra a Receita Federal ou mesmo o contrário (situação do auditor fiscal ou do Procurador da Fazenda Nacional que se exonerou ou aposentou) não pode ser argumento para impedir sua atuação como árbitro.⁴¹⁰

Assim como, o fato de já ter se pronunciado sobre tributo em discussão ou tangenciado uma questão jurídica subjacente ao conflito, mas sem enfrentar especificamente a questão objeto do litígio, não o impede de participar do tribunal arbitral, segundo o autor.⁴¹¹

De toda forma, o ideal é o alcance, por meio da estruturação da composição do TA, de grande adesão das partes à sua lista, configurando uma possível indicação de árbitros externos uma situação excepcional. A partir do desenvolvimento e da formação de profissionais extremamente qualificados é possível criar instituições sérias e eficientes, que inspire confiança na sociedade.

Por fim, conforme estudado no presente trabalho, a arbitragem que envolva o ente público, que é o caso da arbitragem tributária, será sempre de direito (artigo 1º, § 3º, Lei nº 9.307/1996). Todavia, ainda assim é permitido que as partes escolham as regras de direito a serem aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (§ 1º).

⁴⁰⁷ “Art. 95. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.” BRASIL, op. cit., 1988.

⁴⁰⁸ GIANNETTI. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA, op. cit., p. 154.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 165.

⁴¹⁰ Ibid., p. 164.

⁴¹¹ Ibid., p. 165.

Nesse sentido, surgem as seguintes controvérsias: os árbitros devem respeitar os precedentes previstos no artigo 927 do CPC/2015⁴¹²? Em caso de inobservância, quais as consequências? Mais do que isso, é possível estabelecer limites de aplicação não só de regras e leis, mas também de precedentes a serem observados?

Parte da doutrina entende que, sim, os árbitros estão vinculados aos precedentes judiciais, isso porque estes são fontes normativas. Inclusive, se não os respeitam, julgam por equidade, o que é incabível na arbitragem tributária.

Também nesse sentido estão os Projetos de Lei nº 4.257/2019⁴¹³ e 4.468/2020⁴¹⁴, que vedam decisões contrárias a precedentes reiterados do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

De acordo com Cruz e Tucci, a mera inobservância de um precedente configura error in iudicando, não cabendo ação anulatória, pois é “vedado ao Judiciário o controle intrínseco da justiça ou injustiça do julgamento do processo arbitral.” Todavia, tendo em vista que a sentença arbitral tem os mesmos efeitos da sentença judicial⁴¹⁵, quando o árbitro não observa precedente invocado pela parte, “não tomando o cuidado de explicar que o julgado paradigma não se aplica ao caso concreto, ou mesmo, que já se encontra superado pela obsolescência”, resta configurada, de um ponto de vista mais extensivo, a violação ao dever de fundamentação, já que este abarca o respeito aos precedentes (artigo 489, § 1º, VI,

⁴¹² “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” BRASIL, op. cit., 2015.

⁴¹³ “Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.” BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.257 de 2019, p. 2.

⁴¹⁴ “Art. 10 Poderá ser proposta ação de anulação do laudo arbitral, após 60 dias da ciência pelas partes do laudo arbitral proferido, quando: VI - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 2º desta Lei.

Art. 2º As controvérsias tributárias que podem ser objeto da arbitragem tributária de que trata esta Lei são aquelas relativas a matérias fáticas, sendo vedado: III - decisão contrária a entendimento consolidado pelo Poder Judiciário nas hipóteses de que trata o art. 927 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.” BRASIL, op. cit., Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, p. 1-7.

⁴¹⁵ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” BRASIL, op. cit., 1996.

CPC/2015)⁴¹⁶ e se constitui em hipótese de propositura da ação anulatória (artigo 32, inciso III e 33, Lei nº 9.307/1996)^{417, 418}

Importa reconhecer que, nessa hipótese, não é propriamente a autoridade hierárquica da qual provém o precedente que determina ao árbitro a sua observância. É por isso que, inexistindo qualquer interdependência funcional entre tribunal estatal e árbitro, não cabe reclamação⁴¹⁹ se o precedente judicial não for aplicado pelo árbitro.

Na verdade, a eficácia persuasiva do precedente e a exigência de segurança jurídica é que impõem o seu respeito pelo tribunal arbitral.⁴²⁰

Com entendimento similar, Marinoni entende que os precedentes integram o ordenamento jurídico tanto quanto a lei em sentido estrito, impondo-se um critério de igualdade⁴²¹ entre a coisa julgada formada pela jurisdição tradicional e o resultado emanado pela arbitragem:

Coisa julgada sobre questão formada no Judiciário obviamente produz efeitos perante os tribunais arbitrais. Igualmente, a coisa julgada sobre questão produzida na arbitragem tem eficácia tanto diante dos tribunais arbitrais quanto no processo judicial. A mesma razão que impede o árbitro de resolver litígio já julgado no Judiciário proíbe-o de redecidir questão, tendo igual valor o raciocínio inverso, na medida em que a questão já decidida pelo árbitro não pode voltar a ser discutida perante o juiz.⁴²²

De outro lado, outros entendem que, apesar do dever de observância e enfrentamento frente aos precedentes, os árbitros não estariam vinculados, o que não autoriza a propositura

⁴¹⁶ “Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” BRASIL, op. cit., 2015.

⁴¹⁷ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.” BRASIL, op. cit., 1996.

⁴¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial#:~:text=A%20senten%C3%A7a%20arbitral%2C%20no%20atual,inciso%20VII%2C%20do%20CPC.> Acesso em: 10 mai. 2022.

⁴¹⁹ “a reclamação pressupõe autoridade hierárquica para o seu cabimento – tanto assim que tal via processual não é admitida quando se alega que o tribunal desrespeitou seus próprios precedentes.” ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?. **Jota**, 2016.

⁴²⁰ CRUZ E TUCCI, op. cit.

⁴²¹ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;” BRASIL, op. cit., 1988.

⁴²² MARINONI, Luiz Guilherme. Arbitragem e coisa julgada sobre questão. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 99-117, jul.-set. 2018. p. 108.

de ação anulatória. Isso porque a arbitragem constitui sistema próprio, apenas se comunicando com o sistema processual. Nas palavras de Faria:

o Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem, salvo se as partes assim convencionarem. Assim, todos os mecanismos e recursos previstos pelo Código de Processo Civil para a aplicação do precedente, como a tutela de evidência, a improcedência liminar, a reclamação, etc. não são aplicáveis ao procedimento arbitral, ou mesmo em face de decisões arbitrais. Ou seja, a sistemática procedimental trazida pelo diploma processual para o controle da aplicação dos precedentes vinculantes é de todo inaplicável à arbitragem.⁴²³

Inclusive, segundo Roque e Gajardoni, as partes querem justamente evitar o Judiciário e a rediscussão da controvérsia quando celebram convenção de arbitragem.⁴²⁴

Em um meio-termo, encontra-se o entendimento de Amaral no sentido de que o único precedente que vincula o árbitro é aquele que vincularia a última instância caso o processo fosse judicial. Isso porque o árbitro é a única e última instância no conflito que lhe é apresentado.⁴²⁵

Em suma, Pinho e Mazzola entendem que, tratando-se de arbitragem de direito, os árbitros devem observar os precedentes, já que são parte do ordenamento jurídico e, portanto, fontes de direito. Porém, enquanto não houver previsão legal em sentido contrário, nada impede que as partes, com base na autonomia da vontade, pactuem que a decisão arbitral não seguirá os precedentes. Para eles, uma convenção de arbitragem dessa natureza não violaria a ordem pública^{426, 427}

Nesse sentido, quanto ao cabimento da ação anulatória na arbitragem de direito, o seguinte entendimento parece adequado:

⁴²³ FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculação do árbitro aos precedentes judiciais após a vigência do CPC/2015. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/412259718/vinculacao-do-arbitro-aos-precedentes-judiciais-apos-a-vigencia-do-cpc-2015>. Acesso em: 11 mai. 2022.

⁴²⁴ ROQUE; GAJARDONI, op. cit.

⁴²⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. O controle dos precedentes na arbitragem tributária. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 373-374.

“Exemplificativamente, se o contribuinte ‘A’ questiona autuação fiscal federal que lhe aplicou multa considerada indevida por precedente do TRF da 4ª Região, não havendo precedente do STJ ou do STF sobre a matéria, poderá o árbitro ser persuadido por aquele precedente, mas a ele não estará vinculado. Por outro lado, tratando-se de autuação fiscal com base em tributo municipal e havendo precedentes de Tribunal de Justiça considerando tal autuação inconstitucional, estará o árbitro vinculado dado que, em matéria de tributo municipal, o Tribunal de Justiça será a última instância.” Ibid., p. 374.

⁴²⁶ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” BRASIL, op. cit., 1996.

Apesar da indeterminação conceitual, “no conceito da ordem pública deve ser abrangido tudo aquilo que, pelo seu fundamento, repousa em concepções consideradas pelo legislador como essenciais à manutenção da sociedade, à sua boa ordem, à sua defesa, à sua moral”, ou seja, ao seu interesse geral. SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 14. ed. v. I (arts. 1-42). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 200.

⁴²⁷ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 443.

Se o árbitro ignorar solenemente o precedente judicial, nem sequer dialogando com ele, mesmo provocado por embargos arbitrais ou pedido de esclarecimento, será possível a propositura da referida demanda, seja por violação ao dever de fundamentação, seja por violação à própria convenção de arbitragem.

Todavia, se o árbitro reconhecer o precedente judicial, mas deixar de aplicá-lo, de forma fundamentada, ou fazer a distinção, não será cabível a ação anulatória, pois (...) não cabe ao Judiciário controlar o mérito da sentença arbitral.

Por outro lado, se as partes convencionarem expressamente que os árbitros não estão obrigados a seguir os precedentes judiciais, deve prevalecer a autonomia da vontade, retirando-se, assim, a base para a ação anulatória, uma vez que a delimitação consensual específica esvaziaria eventual vício.⁴²⁸

Em outras palavras, o controle judicial das decisões arbitrais deve se restringir às hipóteses de descon sideração consciente do precedente vinculante, vedada a anulação da decisão por mera aplicação errônea do precedente. Se a descon sideração for expressa, a anulação se dará com base no artigo 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/1996 (violação da convenção de arbitragem). Em caso de descon sideração tácita, tendo o árbitro silenciado apesar de provocado para se manifestar sobre o precedente vinculante, a anulação se dará por falta de fundamentação (artigos 32, inciso III e 26, inciso II).⁴²⁹

Tal compreensão se baseia no incentivo a uma cultura de intervenção judicial mínima na arbitragem, “sob pena de transformar o ente estatal em instância revisora dos procedimentos arbitrais e eliminar a potencialidade desse método de resolução de conflitos”. Aliás, exatamente o que o legislador infraconstitucional pretendeu evitar quando extinguiu a homologação da sentença arbitral.⁴³⁰

Ainda assim, vale recordar que a arbitragem é um meio adjudicatório dentro de um sistema único de jurisdição. Logo, como partes de um sistema único, é necessária a convergência dos interesses institucionais tal como ocorre em Portugal entre a Procuradoria-Geral da República, o Poder Judiciário, o CAAD, os árbitros e a advocacia. “Isso de fato contribui para o sucesso do modelo lá adotado.”⁴³¹

O princípio da cooperação não deve se limitar aos sujeitos processuais, devendo permear todos os órgãos jurisdicionais instados a desempenharem qualquer atividade no processo. “(...) é fundamental essa rede jurisdicional de auxílio, apoio e interação, dentro de

⁴²⁸ Ibid., p. 444.

⁴²⁹ AMARAL. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 376.

⁴³⁰ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 445.

⁴³¹ MASCITTO. In: PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA (coord.), op. cit., p. 146.

um sistema multiportas projetado, de forma a obter o máximo de efetividade em cada situação.”⁴³²

É nesse sentido que o Judiciário deve exercer o judicial self-restraint⁴³³, “valorizando, sempre que possível, a competência do árbitro, com a devida cooperação, não adentrando, por outro lado, no mérito da sentença arbitral (salvo quando cabível a ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem).”⁴³⁴

Em outras palavras, como conciliador interinstitucional⁴³⁵, o Judiciário “De um lado, não pode (...) intervir de forma arbitrária no procedimento arbitral, mas, de outro, não pode permitir ilegalidades e violação às garantias fundamentais.”⁴³⁶

Como um sistema de check and balances, as funções são complementares, não concorrentes, inexistindo qualquer hierarquia ou subordinação entre juízes e árbitros, já que possuem poderes e atribuições distintos.⁴³⁷ Conforme bem constatado por Cahali, a “convivência entre a jurisdição estatal e a arbitral sempre foi e continuará sendo fundamental ao desenvolvimento da arbitragem”⁴³⁸.

⁴³² PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 450.

⁴³³ “Trata-se do fenômeno da autocontenção judicial, que, embora não possua uma definição precisa e admita menos sentidos de conduta em relação ao ativismo judicial, também comporta diferentes significados. Seus defensores basicamente a identificam no comportamento de deferência do juiz em face dos poderes políticos. Nesse sentido, não deve o magistrado se substituir ao legislador para positivizar o direito, ou ao governo, para implementar políticas públicas.” RIBEIRO, Adolpho José. Ativismo judicial vs. Judicial self-restraint: o papel do juiz constitucional entre a criatividade e o passivismo. *Cognitio Juris*, João Pessoa, ano IV, n. 10, p. 369-371, jun. 2014. p. 369.

⁴³⁴ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 447.

⁴³⁵ TAKAHASHI, Bruno. **Desequilíbrio de poder e conciliação**: o papel do conciliador em conflitos previdenciários. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 188.

⁴³⁶ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 445.

⁴³⁷ PINHO; MAZZOLA, op. cit., p. 446.

⁴³⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação e Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2015. p. 308.

CONCLUSÃO

Culminado esse percurso, espera-se que, conforme proposto na introdução do presente trabalho, tenha sido possível ao leitor o contato com elementos de compreensão do problema aqui estudado, qual seja a (in)viabilidade da harmonização entre a arbitragem e a indisponibilidade do crédito tributário, que proporcionou a reflexão acerca de numerosos temas aqui desenvolvidos.

Esse percurso, como se viu ao longo do estudo, contou com sete marcos, que, agora resumidos, trazem as devidas conclusões necessárias.

O enfrentamento do tema principal refletiu a busca por uma solução frente à análise da realidade atual do sistema tributário nacional e do Poder Judiciário quando se trata da solução de conflitos no âmbito fiscal tributário. Vive-se uma cultura da sentença que encontra amparo não só em razões jurídicas, mas agrega questões também históricas, culturais, econômicas e políticas.

A partir do estudo das sociedades modernas nos períodos do Estado liberal, do Estado-Providência e da crise que o sucedeu, foi possível compreender o fio temporal que culminou no que se tem hoje: uma sociedade extremamente urbanizada e desigual, regida por relações de consumo; mais do que isso, o bem-estar social judicializado, que gerou novos campos de litigância.

São muitos os fatores que geram a explosão dos conflitos sociais em diversos níveis. Na realidade brasileira, a própria CRFB/1988 ampliou a procura pelos tribunais em razão da extensão do rol de direitos e garantias e dos instrumentos de acesso ao Judiciário. Apesar de serem características inerentes a um Estado Democrático de Direito, as políticas públicas não conseguiram acompanhar o mesmo ritmo, causando ainda mais morosidade, altos custos e ineficiência da tutela jurisdicional.

A difícil recuperação das dívidas ativas tributárias torna o contexto ainda mais desafiador: de 75,4 milhões de processos em tramitação, 52,3% são de execução. Desse percentual, 68% são execuções fiscais, que costumam tramitar por aproximadamente 8 anos, e das quais predominam as execuções fiscais tributárias. Tais dados demonstram porque tais processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento dos tribunais.

O conhecimento desse contexto ineficiente possibilitou o direcionamento do trabalho rumo a novas formas de solução de conflitos. É por isso que coube ao capítulo seguinte o desenvolvimento do conceito de Justiça multiportas. Desde a inserção do direito de acesso à justiça na CRFB/1988, novas possibilidades com o fim de enfrentar os problemas

supramencionados foram admitidas com base na modernização de procedimentos, no sincretismo judicial e nos novos métodos de solução de conflitos. A compreensão do conceito de acesso à justiça como a justa tutela do direito decorrente da adaptação do processo ao tipo de litígio, isto é, da desjudicialização, encontrou no sistema multiportas uma possível solução para a grande demanda judicial fiscal: a arbitragem, verdadeiro equivalente jurisdicional.

Tal relação possibilitou que fosse endereçada, no capítulo seguinte, a arbitragem convencional no Brasil. Diante de todas as suas peculiaridades, como contexto histórico, alterações, natureza, cabimento, princípios norteadores, limites, condições, procedimento etc., percebeu-se como o instituto vem sendo adequado para funcionar como verdadeira resposta às necessidades atuais, a exemplo das relações que envolvem o Poder Público, passíveis de resolução por arbitragem desde que tratem de direitos patrimoniais disponíveis. Disso, buscou-se estreitar ainda mais o tema, chegando, finalmente, ao problema de pesquisa, ou seja, no encontro entre arbitragem e crédito tributário.

O crédito tributário encontra óbice quando realizada a análise da arbitralidade objetiva, que impõe como requisito a disponibilidade do objeto, intimamente relacionada ao interesse público. De forma lógica, pôde-se chegar à conclusão de que a arrecadação é essencial à existência do Estado, devendo este privilegiar meios mais eficientes, como a arbitragem. Portanto, esta representa uma demanda concreta do Estado Democrático de Direito e do interesse público primário.

Ressignificados e aprofundados certos conceitos, por meio da interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, isto é, da Lei nº 9.307/1996 com as demais leis e com os princípios da eficiência, celeridade, proporcionalidade, duração razoável do processo etc., foi possível se chegar a quatro ideias a partir das quais a adoção da arbitragem tributária se torna viável.

Contra o conceito rígido de disponibilidade, o qual admite toda e qualquer disposição, a primeira ideia classifica o crédito tributário como indisponível, mas admite sua relativização, como já ocorre na transação.

Em sentido similar, a segunda ideia também admite a indisponibilidade, mas consideram disponíveis os aspectos secundários do crédito tributário, como a condição de pagamento. Assim ocorre com os alimentos.

Por fim, enquanto a terceira ideia prevê o crédito como um direito relativamente indisponível, ou seja, o poder de dispor se limita ao cumprimento dos requisitos legais, a quarta entende que o crédito é disponível e atribui a indisponibilidade tão somente à atividade de cobrança, como se vê no parcelamento fiscal.

Em suma, apesar das diferentes classificações, na prática, todas as ideias concluem pela viabilidade da arbitragem tributária. Isso em razão de muitos argumentos apresentados ao longo do estudo, incluindo exemplos de utilização de negócios jurídicos processuais e técnicas de desjudicialização no direito tributário que vem trazendo bons resultados tanto para o Fisco quanto para os contribuintes.

Com a finalidade de corroborar ainda mais a hipótese do presente trabalho, foi apontada a realidade vivida por Portugal, país pioneiro em arbitragem tributária. O estudo do contexto histórico, da superação de aparentes obstáculos e dos benefícios experimentados permitiu visualizar a futura transposição de muitos desafios atuais também pelo Brasil.

Conhecido o funcionamento da gestão do processo arbitral, o tipo de arbitragem utilizada, o procedimento de escolha dos árbitros, os princípios regentes, a composição dos tribunais arbitrais e os limites e condições previstos pelo ordenamento jurídico português, o trabalho avançou para a colocação do legislativo brasileiro frente ao instituto.

Em resumo, o Projeto de Lei nº 4.257/2019 seguiu um modelo mais conservador ao restringir seu escopo ao âmbito da discussão da dívida ativa, isto é, somente é admitida a arbitragem para créditos já constituídos, garantidos e com exigibilidade suspensa. Aqui, não há restrições quanto às matérias tributárias passíveis de serem julgadas pela arbitragem. Quanto ao tribunal arbitral, devem ser observados os requisitos da Lei nº 9.307/1996, sendo esta a legislação subsidiária aplicável.

Por outro lado, o Projeto de Lei nº 4.468/2020 admite o instituto de forma preventiva à constituição do crédito, ou seja, para créditos não constituídos e também para mera quantificação de crédito do contribuinte transitado em julgado. Além disso, também se limita a controvérsias que envolvem matérias de fato, sendo vedada a discussão constitucional e de lei em tese. Já o tribunal arbitral é composto por três árbitros, além da possibilidade da figura do árbitro desempataador. Diferentemente do primeiro PL, a legislação subsidiária aplicável é a Lei nº 13.988/2020.

Por último, o estudo da experiência portuguesa, a qual já é uma realidade consolidada, seguido das ideias apresentadas pelos projetos brasileiros, permitiu a compilação de desafios atuais e futuros e a projeção de possíveis soluções no último capítulo. Nesse sentido, muitas questões foram enfrentadas, como a (des)necessidade de edição de normas para a instituição da arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro, a composição e escolha dos tribunais arbitrais e dos árbitros, a qualificação destes, a materialização da escolha do Fisco e do contribuinte pelo procedimento, a legislação subsidiária aplicável, os limites, as condições

e o momento de escolha para adoção do instituto, a delimitação da matéria e do valor, a (in)observância de precedentes, entre outros.

O presente trabalho, embora tenha apresentado alguns aspectos práticos e empíricos a fim de colaborar com a aplicação do que se levantou como hipótese, possui como finalidade primária o debate.

Não há dúvidas de que não se trata de um aspecto objetivo e simples, mas o trabalho corroborou a sua hipótese de que é possível, sim, a harmonização entre a arbitragem e a indisponibilidade do crédito tributário, desde que os operadores do direito compreendam que atuam dentro de um sistema único de jurisdição, estruturando novas e mais eficientes possibilidades de solução de conflitos e de arrecadação de receita; e, simultaneamente, colaborando com o fortalecimento de interesses que devem ser de todos: o acesso à justiça, a manutenção do Estado e a garantia dos direitos individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Samuel. Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Saldanha Sanches. v. V. Almedina. Apud VILLALOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A implementação da arbitragem tributária em Portugal: origens e resultados. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 1.

AMARAL, Guilherme Rizzo. O controle dos precedentes na arbitragem tributária. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 23.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ASSIS, Carolina Azevedo. A justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 44, v. 297, p. 399-417, nov. 2019.

Atuação da PGFN em benefício da sociedade é destaque no Congresso. **Gov.br Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2022/atuacao-da-pgfn-em-beneficio-da-sociedade-e-destaque-no-congresso>. Acesso em: 06 jun. 2022.

BARROCAS, Manuel Pereira. Estudos de direito e prática arbitral. Coimbra: Almedina, 2017. Apud 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 (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 3.

BATISTA, Fernando Natal. **O Repensar do Acesso à Justiça e a Opção pelo Legislador quanto ao Resgate dos Meios Consensuais de Resolução de Conflitos como Equivalentes Jurisdicionais**. Encontro de Administração da Justiça – ENAJUS. 2. ed. Anais, Brasília: UNB, 2019. Disponível em: <http://www.enajus.org.br/anais/assets/papers/2019/199.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan.-mar. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>. Acesso em: 14 jul. 2022.

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 (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 2.

BRASIL. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil**. Brasília: 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 mar. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. **Emenda modificativa CAE nº 1-T: Projeto de Lei nº 4.257, de 2019**. Brasília: 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990556&ts=1650302081052&disposition=inline>. Acesso em: 02 mai. 2022.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o **Código Tributário Nacional**. Brasília: 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

_____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a **cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública**. Brasília: 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para **licitações e contratos da Administração Pública**. Brasília: 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a **arbitragem**. Brasília: 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o **Código de Processo Civil**. Brasília: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. Projeto de Lei nº 4.257, de 2019. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a **execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária**. Brasília: 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984360&ts=1635458429999&disposition=inline>. Acesso em: 16 nov. 2021.

_____. Projeto de Lei nº 4.468, de 2020. Institui a **arbitragem especial tributária**. Brasília: 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886084&ts=1634150990461&disposition=inline>. Acesso em: 16 nov. 2021.

_____. **Relatório Legislativo CAE**: Projeto de Lei nº 4.257 de 2019. Brasília: 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8026794&ts=1650302081373&disposition=inline>. Acesso em: 02 mai. 2022.

_____. **Relatório Legislativo CCJ**: Projeto de Lei nº 4.257, de 2019. Brasília: 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

[getter/documento?dm=9032841&ts=1650302081441&disposition=inline](#). Acesso em: 04 mai. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 299.400-RJ**. Ministro Peçanha Martins. 01.06.2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1719263&num_registro=200100030947&data=20060802&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 13 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.405-RS**. Ministro Alexandre de Moraes, 20.09.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341354971&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na sentença estrangeira nº 5206-7**. Ministro Marco Aurélio, 30.04.2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 23 nov. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. Parte 3. Cap. 1.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação e Resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2015.

_____, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 100, t. 5, p. 553-576, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Tese de Doutorado, 1990.

_____, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, n. 12, v. 12, p. 581-597, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8692/6564>. Acesso em: 06 abr. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Prevenção e Solução de Conflitos**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. v. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 31.

Contencioso Tributário no Brasil: relatório 2020, ano de referência 2019. São Paulo: Núcleo de Tributação do Insper, dez. 2020. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/01/contencioso-tributario-relatorio2020-vf10.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial#:~:text=A%20senten%C3%A7a%20arbitral%2C%20no%20atual,inciso%20VII%2C%20do%20CPC>. Acesso em: 10 mai. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. **Revista ANNEP de Direito Processual**, n. 1, v. 1, p. 140-162, jan.-jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i1.33>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Dados gerenciais do CARF. Brasília: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 2022. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-202202-final.pdf>. Acesso em: 26 mar 2022.

Decisão histórica: STF declara que Lei da Arbitragem é constitucional. **Consultor Jurídico**, 2001. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf-declara-lei-arbitragem-constitucional#:~:text=Por%20sete%20votos%20a%20quatro,STF%20nos%20%C3%BAltimos%20quatro%20anos>. Acesso em: 04 abr. 2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2019.

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 (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 3.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. Um devaneio noturno, o PL nº 4.468/20 e a ‘arbitragem’ especial tributária. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/marcelo-escobar-arbitragem-especial-tributaria>. Acesso em: 10 mai. 2022.

FALCÃO, José Poças. Arbitragem tributária. **Revista Portuguesa de Contabilidade**, n. 002, v. I, 2011. Apud 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 (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 1.

FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas no contexto da Justiça Federal: uma introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. Cap. 9.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculação do árbitro aos precedentes judiciais após a vigência do CPC/2015. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/412259718/vinculacao-do-arbitro-aos-precedentes-judiciais-apos-a-vigencia-do-cpc-2015>. Acesso em: 11 mai. 2022.

FARINHO, Domingos Soares. Algumas notas sobre o modelo institucional do Centro de Arbitragem administrativa (CAAD). In: AAVV. Mais Justiça Administrativa e Fiscal. Wolters Kluwer/Coimbra Editora, nov. 2010. Apud 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 (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 1.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Fórum Nacional do Poder Público. **V Fórum Nacional do Poder Público**. Recife, 2019. Disponível em: http://www.pge.pe.gov.br/App_Themes/enunciados.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

Fórum Permanente de Processualistas. **XI Fórum Permanente de Processualistas**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2022/03/enunciados-fpcc-2022-1.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

GAMBOA-MORALES, Nicolás. Notes on collection of evidence in international arbitration: witnesses and experts. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano 2, n. 7, p. 146-153, out. dez. 2005.

GAMITO, Conceição; TRINDADE, Carla Castelo. A experiência portuguesa da arbitragem tributária: mudança do panorama das decisões em matéria de IVA. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 4.

GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Tese de Doutorado, 2017. Disponível em:

http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf. Acesso em: 15 abr. 2022.

_____, Leonardo Varella. A Composição do Tribunal Arbitral Tributário: quem pode figurar como árbitro?. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 9.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes**. 6. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Mediação Endoprocessuais na Legislação Projetada. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 91, v. 13, p. 71-92, set.-out. 2014.

GROPPALI, Alessandro. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra, 1968.

GUIDONI FILHO, Antonio Carlos; DE LAURENTIIS, Thais. Arbitragem de questões prejudiciais de mérito aos litígios tributários: uma solução para o uso da arbitragem em matéria fiscal. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 18.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr.-jun. 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i44.220>. Acesso em: 16 abr. 2022.

H AidAR, Rodrigo. Cultura do litígio: “empresas transferiram seu call center para o Judiciário”. **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>. Acesso em: 29 mar. 2022.

HOBBS, Thomas; MACPHERSON, Crawford Brough (introduction). **Leviathan**. Harmondsworth: Penguin, 1968.

Jacob, I.H., nota supra 57. Apud CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

JÚDICE, José Miguel; FERREIRA, Rogério Fernandes. A arbitragem fiscal: defeitos e virtudes – Liber Amicorum Alberto Xavier. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1. Apud 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 (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 3.

Justiça em números 2021. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

KEUTGEN, Guy. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge. In: VAN COMPERNOLLE, Jacques; TARZIA, Giuseppe, L'impartialité du juge et de l'arbitre. Bruxelles: Bruylant, 2006. p. 282. Apud CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (disclosure) dos peritos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, n. 12, v. 12, p. 581-597, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8692/6564>. Acesso em: 06 abr. 2022.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade**. São Paulo: LTr, 2001.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, v. 244, p. 427-441, jun. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, Luiz Guilherme. Arbitragem e coisa julgada sobre questão. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 99-117, jul.-set. 2018.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 51, p. 141-174, jan./mar. 2014.

MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei nº 9.307/96 (3ª parte). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 98, v. 359, p. 165-177, jan.-fev. 2002.

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 (coord.). **Arbitragem tributária**: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 8.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

_____, Priscila Faricelli de. Questões tributárias arbitráveis. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária**: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 15.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à Jurisdição!**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

NABAIS, José Casalta. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária. **Revista da PGFN**, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 19-43, jan.-jun. 2011.

NOLASCO, Rita Dias; LIMA, Osvaldo Antonio de. Arbitragem Tributária: a experiência portuguesa e os desafios para sua implantação no Brasil. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 10.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 9 ed. v. III (Arts. 270 a 331). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González. **Introdução ao Conhecimento Logosófico**. 4. ed. São Paulo: Logosófica, 2019. Disponível em: <https://logosofia.org.br/livros/introducao-ao-conhecimento-logosofico/>. Acesso em: 26 out. 2021.

PEDROSO, João. **Percursos(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça: uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. v. 171. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, abr. 2002. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/11044>. Acesso em: 1º abr. 2022.

PGFN e cooperativa médica celebram acordo inédito para composição de dívidas de aproximadamente R\$ 309 milhões. **Gov.br Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2020/pgfn-e-cooperativa-medica-celebram-acordo-inedito-para-composicao-de-dividas-de-aproximadamente-r-309-milhoes>. Acesso em: 06 jun. 2022.

PGFN em números 2021. Brasília: Procuradoria da Fazenda Nacional, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_em_numeros.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no direito tributário: uma demanda do Estado Democrático de Direito. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 11.

_____, Tathiane; MASCITTO, Andrea; FERNANDES, André Luiz Fonseca. Um olhar para a Arbitragem Tributária: comparativo das propostas no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48, p. 743-767, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-rdta-48-28>. Acesso em: 04 jul. 2022.

PORTUGAL. **Código Deontológico do CAAD**. Disponível em: https://www.caad.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD_CD-Codigo_Deontologico-2021-04-14.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. 1976. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/decapconst/1976/p/cons/20050812/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 398, de 17 de dezembro de 1998. **Lei Geral Tributária**. 1998. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/398/1998/p/cons/20210226/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Despacho nº 5.097 de 27 de janeiro de 2009. **Autoriza a criação de um centro de arbitragem a funcionar sob a égide da Associação CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa**. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/despacho/5097-2009-1370720>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 10, de 20 de janeiro de 2011. **Regime Jurídico da arbitragem em matéria tributária**. 2011. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/10/2011/p/cons/20210226/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015. **Código do Procedimento Administrativo**. 2015. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/4/2015/p/cons/20201116/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. **Estatutos do CAAD**. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/estatutos>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Lei nº 15, de 22 de fevereiro de 2002. **Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. 2002. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/15/2002/p/cons/20210816/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Lei nº 3-B, de 28 de abril de 2010. **Orçamento do Estado para 2010**. 2010. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/3-b/2010/04/28/p/dre/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Lei nº 63, de 14 de dezembro de 2011. **Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária**. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/63/2011/12/14/p/dre/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Portaria nº 112-A, de 22 de março de 2011. **Vincula vários serviços e organismos do Ministério das Finanças e da Administração Pública à jurisdição do Centro de Arbitragem Administrativa**. 2011. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/port/112-a/2011/03/22/p/dre/pt/html>. Acesso em: 29 abr. 2022.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil 2021**. São Paulo: FGV Direito SP, 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/30922>. Acesso em: 26 mar. 2022.

Relatório de Gestão 2020. Brasília: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/rgi_2020.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

Relatório #JUSBARÔMETROSP: barômetro da Justiça de São Paulo. 1. ed. São Paulo: Associação Paulista dos Magistrados, abr. 2021. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp->

content/uploads/2021/05/RELATO%CC%81RIO-JUSBaro%CC%82metroSP_1%C2%AAEd_ABR_2021.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

RIBEIRO, Adolpho José. Ativismo judicial vs. Judicial self-restraint: o papel do juiz constitucional entre a criatividade e o passivismo. **Cognitio Juris**, João Pessoa, ano IV, n. 10, p. 369-371, jun. 2014. Disponível em: <https://cognitiojuris.com/2014/06/01/cognitio-juris-10a-edicao/>. Acesso em: 17 mai. 2022.

ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?. **Jota**, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>. Acesso em: 11 mai. 2022.

SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. Cap. 8.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p. 11-44, nov. 1986. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/10797>. Acesso em: 28 mar. 2022.

_____, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Afrontamento, 1996.

_____, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 14. ed. v. I (arts. 1-42). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SCHIMDT, Gustavo da Rocha. **A Arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Tese

de Mestrado, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/16218>. Acesso em: 07. abr. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

SILVEIRA, João Tiago. O potencial do CAAD para a resolução de conflitos de Direito Administrativo. **CAAD Newsletter: Arbitragem Administrativa e Fiscal**, Lisboa, n. 1, p. 26-29, 2013. Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/documentos/newsletter/Newsletter-CAAD_fev_2013.pdf. Acesso em: 27 abr. 2022.

SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária. In: VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais (coord.). Guia da Arbitragem Tributária. 2017. Apud 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 (coord.). **Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 1.

STF, Pleno, AI 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973, DJ 15.02.1974, p. 720. Apud CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. **Revista ANNEP de Direito Processual**, n. 1, v. 1, p. 140-162, jan.-jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i1.33>. Acesso em: 13 abr. 2022.

TAKAHASHI, Bruno. **Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

Transação tributária: PGFN negocia 204 mil débitos até julho deste ano, totalizando R\$ 18,8 bilhões. **Gov.br Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2020/transacao-tributaria-pgfn-negocia-204-mil-debitos-ate-julho-deste-ano-totalizando-r-18-8-bilhoes>. Acesso em: 06 jun. 2022.

TRINDADE, Carla Castelo. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária Anotado. Almedina, 2016. Apud GAMITO, Conceição; TRINDADE, Carla Castelo. A experiência portuguesa da arbitragem tributária: mudança do panorama das decisões em matéria de IVA. In:

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). **Arbitragem tributária**: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 4.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 29 abr. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Família. 18. ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2018.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

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 (coord.). **Arbitragem tributária**: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cap. 1.

_____, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. Arbitragem tributária: breves notas. In: FONSECA, Isabel Celeste M. (coord.). **A Arbitragem Administrativa e Tributária**. 2. ed. Almedina, 2013. p. 375-388.

_____, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. O caso particular da arbitragem tributária no âmbito das políticas públicas em matéria de justiça tributária. In: VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais (org.). **Arbitragem em Direito Público**. São Paulo: FGV Projetos/CAAD, 2019. p. 7-24. Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/arbitragem-em-direito-publico>. Acesso em: 12 jul. 2022.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2013. Cap. 2.