



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO - FD

JULIA SÓRIA

**ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE E VIABILIDADE DE ADOÇÃO DA
ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS TRIBUTÁRIAS**

Brasília - DF

2019

JULIA SÓRIA

**ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE E VIABILIDADE DE ADOÇÃO DA
ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS TRIBUTÁRIAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel no Programa de
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Doutor Antônio de Moura Borges
Co-orientadora: Ana Paula Pasinato

Brasília - DF
2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a possibilidade e a viabilidade da adoção do procedimento arbitral para resolução de conflitos em matéria tributária, que envolvem a Fazenda Pública. Inicialmente, analisou-se a atual situação do Poder Judiciário brasileiro, a fim de constatar sua ineficiência e morosidade. Na sequência, foram expostas as regras gerais do processo arbitral e do processo tributário, a fim de se chegar à conclusão de que é possível que a Administração Pública submeta seus conflitos tributários à arbitragem. A adoção da arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos tributários trará inúmeros benefícios, tanto para o contribuinte, como para o fisco.

Palavras-chave: Direito Tributário. Arbitragem. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos.

ABSTRACT

This work aims to analyse the possibility of adopting the arbitration procedure for dispute resolution in tax matter involving the Public Authorities. Initially, the current situation of the Brazilian Judiciary was analyzed, in order to verify its inefficiency and slowness. Subsequently, the general rules of arbitration and tax proceedings were set out in order to conclude that it is possible for the Public Administration to submit its tax disputes to arbitration. The adoption of arbitration as an alternative method of tax dispute resolution will bring numerous benefits to both taxpayers and tax authorities.

Key words: Arbitration, Tax Law, Alternative Dispute Resolution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. BREVE ANÁLISE DO PANORAMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ATUAL	10
2.1. PANORAMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ATUAL BASEADO NO RELATÓRIO DO CNJ – “JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018”	10
2.2. A CRISE DAS EXECUÇÕES FISCAIS.....	15
2.3. AS CONSEQUÊNCIAS DO ATUAL ESTADO DO JUDICIÁRIO PARA O PROCESSO TRIBUTÁRIO	18
3. BREVES NOTAS SOBRE A ARBITRAGEM E O PROCESSO TRIBUTÁRIO	25
3.1. A LIDE TRIBUTÁRIA E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	32
3.2. REFLEXÕES SOBRE A ARBITRABILIDADE DAS CONTROVÉRSIAS TRIBUTÁRIAS	34
4. A ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS	40
4.1. APONTAMENTOS SOBRE A VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	40
4.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUAS VANTAGENS	46
4.3. BREVE ANÁLISE SOBRE O PROJETO DE LEI N. 4.257/2019 DO SENADO FEDERAL	53
5. CONCLUSÃO	56
6. REFERÊNCIAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

A análise do atual estado do Poder Judiciário revela a existência de uma grave crise estrutural nesse sistema. Isso, porque, o número de ações ajuizadas cresce em progressões geométricas, assim como os gastos gerados pela movimentação da máquina estatal. No entanto, as taxas de resolução de conflitos não acompanham esse crescimento, de modo que o Judiciário se mostra cada vez mais ineficiente, lento e, conseqüentemente, custoso aos cofres públicos.

Dessa forma, os meios alternativos de solução de conflitos têm ganhado cada vez mais espaço no cenário nacional. São apontados pela doutrina moderna¹ como mecanismos capazes de proporcionar respostas mais efetivas e céleres em relação àquelas apresentadas pelo atual sistema de monopólio do Judiciário.

O Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, inclusive, privilegia a adoção de métodos consensuais de resolução de controvérsias². Além disso, considerando a relevância e a necessidade de adoção desses procedimentos, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010³, que estabelece as diretrizes para o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Dentre os principais métodos alternativos, destacam-se a conciliação, a transação, a mediação e a arbitragem. Ao presente trabalho importará apenas este último, o meio heterocompositivo.

Assim, inicialmente, o que se pretende aqui é traçar um quadro do atual estado do Poder Judiciário, a partir da análise de dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais Superiores referentes às estatísticas de resolução de conflitos pela máquina judiciária em contraposição à autuação de

¹ ALVIM, J. E. Carreira; CARMONA, Carlos Alberto; GRINOVER, Ada Pelegrini; MENDONÇA, Priscila Faricelli de; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; OLIVEIRA, Bruno Bastos de; dentre outros.

² “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. § 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.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125 de 29.11.2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

demandas novas. Ademais, também serão estudados relatórios estatísticos realizados por órgãos do Poder Executivo, como a Procuradoria da Fazenda Nacional e a Câmara dos Deputados.

Em seguida, serão expostos os aspectos e normas centrais do procedimento arbitral e do processo tributário. Passar-se-á, então, à análise da compatibilização entre tais aspectos com os princípios constitucionais que regem a atuação do Poder Público, a fim de investigar a possibilidade de superação de eventuais óbices que poderiam impedir a submissão da Administração ao rito arbitral.

Por fim, a pesquisa será direcionada à viabilidade da adoção da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos tributários. E, na sequência, serão estudados os aspectos procedimentais referentes à instituição da Arbitragem Tributária.

2. BREVE ANÁLISE DO PANORAMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ATUAL

2.1. PANORAMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ATUAL BASEADO NO RELATÓRIO DO CNJ - JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ publica, desde 2005, o "*Relatório Justiça em Números*", o qual reflete a atuação do Poder Judiciário por ano, de acordo com as estatísticas dos tribunais do país.

No relatório publicado em 2018⁴, que tem como base a análise das estatísticas do ano de 2017, o Conselho apurou que as despesas totais geradas pelo aparato judiciário corresponderam a R\$ 90,8 bilhões, o que representa 1,4% do PIB nacional. A Justiça Estadual apresentou o maior gasto, enquanto os Tribunais Superiores e a Justiça Militar Estadual representaram, juntos, o percentual de 4,1% do total dos custos, conforme Gráfico 1 no Anexo I.

O total de ações ajuizadas foi de 29,1 milhões e, finalizadas, de 31 milhões. Não houve, no entanto, redução no estoque processual, de modo que o Judiciário

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2018. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em 12 de outubro de 2019.

chegou ao final do ano com 80,1 milhões de processos ao final do ano, que ainda pendem de julgamento ou de baixa.

Do total de processos pendentes de julgamento, mais de 50% estão em estágio de execução. Além disso, a quantidade de processos baixados é maior na fase de conhecimento do que na de execução, o que não faz muito sentido.

Isso porque o procedimento executivo envolve apenas a concretização do direito já reconhecido pelo título judicial ou extrajudicial⁵. Enquanto isso, o processo de conhecimento requer que o juiz ultrapasse o momento de postulação das partes e a dilação probatória para que, então, possa decidir o caso concreto.

De acordo com os dados levantados pelo CNJ, o congestionamento dos processos executivos supera o daqueles em fase cognitiva, com diferença percentual de 24%. Levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base, a taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em determinado período.

O Conselho Nacional de Justiça constatou que a taxa de congestionamento das execuções equivale a 72,1%, enquanto a dos processos de conhecimento é de 62,5%. E, ao detalhar as taxas de cada tipo executivo, verificou que a maior é a da execução fiscal, correspondente a 91,7%, como mostra a Tabela 1 do Anexo I.

Quanto ao tempo de duração dos processos, o relatório apurou que os maiores tempos de baixa são das ações de execução. O tempo de baixa na execução se refere ao período correspondente entre o ajuizamento da execução até o momento em que a parte tem seu conflito solucionado.

Nesse cenário, os feitos executivos levam, em média, 7 (sete) anos e 11 (onze) meses para serem baixadas na Justiça Federal. Já em relação à Justiça Estadual, o período da duração de tramitação estimado é de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses. Enquanto isso, a média de baixa do processo de conhecimento é de, apenas, 1 (um) ano e 5 (cinco) meses.

⁵ “ Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação.” CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2018. P. 125. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em 12 de outubro de 2019.

É importante notar que todos esses fatores implicam no crescimento do custo da justiça, que é diretamente proporcional ao número e à morosidade dos processos.

O Conselho Nacional de Justiça também verificou que um dos assuntos mais demandados em 2017 foi a dívida ativa no direito tributário, tanto na justiça estadual, como na federal. As contribuições também tiveram ênfase no cenário federal. Vide Tabela 2 no Anexo I.

Especificamente em relação aos assuntos mais demandados em primeiro grau, no ano de 2017, apurou-se que o Direito Tributário teve papel de destaque nas discussões judiciais, em especial no âmbito da Justiça Federal. É o que se verifica do levantamento realizado pelo CNJ na Tabela 3 do Anexo I.

Quanto aos Tribunais Superiores, verificou-se que o número de demandas tributárias que pendem de julgamento também é imenso. Em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF), em 2017, o acervo de processos tributários representava um total de 12,1%⁶. Enquanto isso, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a dívida ativa era o segundo assunto mais discutido no Tribunal, com um montante de 63.445 processos⁷.

Luis Roberto Barroso, apurou que as causas envolvendo o Direito Tributário representam 14,5% do total de processos em tramitação no STF. Em relação aos recursos, esse número sobe para 18,2%. Verificou, ainda, que 23,63% das súmulas editadas dizem respeito à matéria tributária e 24% das súmulas vinculantes também tratam de matérias fiscais. Quanto aos processos com repercussão geral reconhecida, 30% dos temas já julgados pela Corte discutiam assuntos tributários e 36% das repercussões pendentes de julgamento também envolvem demandas tributárias⁸.

Aponta, ainda, que levando em consideração o estoque atual de recursos com repercussão geral reconhecida, caso o Supremo Tribunal Federal resolva semanalmente pelo menos um caso que verse sobre Direito Tributário, sem

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relatório de Atividades. 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2018.pdf>>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relatório Estatístico. 2018. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=327>>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: passado, presente e futuro. Brasília: Universitas Jus, v. 27. 2016. p. 11-12. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4045/3001>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

reconhecer a repercussão geral de mais nenhum novo que envolva o assunto, demorará cerca de 4 (quatro) anos para julgá-los⁹.

O Conselho Nacional de Justiça publicou também o Relatório “100 Maiores Litigantes”, de 2012¹⁰. Nesse relatório foram analisados os novos casos ingressados no 1º Grau e nos Juizados Especiais, no período de 01 de janeiro de 2011 a 30 de outubro de 2011.

A referida pesquisa constatou que os seis maiores litigantes nos tribunais brasileiros são entes públicos, presentes em 53,73% dos processos distribuídos. Já as demandas envolvendo os setores públicos federal, estadual e municipal correspondem a 51% do total de processos ajuizados no país no ano de 2011.

Essa situação também é verificada nos tribunais superiores nacionais. O Superior Tribunal de Justiça, em relatório publicado no ano de 2018, apurou que a Fazenda Nacional e a União figuram entre os maiores demandantes no tribunal, no período de dezembro de 2013 a dezembro de 2018. Vide Gráfico 2 no Anexo I.

Dessa forma, a partir dos dados acima ilustrados, é possível verificar que o próprio Estado é responsável por grande parte do total de demandas que movimentam o Poder Judiciário. E, ainda, deve ser notado que o Direito Tributário é um dos assuntos mais recorrentes nas ações que tramitam atualmente nos Tribunais do País, em primeira e segunda instâncias, bem como nos Tribunais Superiores.

Por fim, também se pode inferir que o sistema judiciário brasileiro atual se mostra ineficiente, além de excessivamente caro e vagaroso.

2.2. A CRISE DAS EXECUÇÕES FISCAIS

As execuções fiscais são apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. A cada cem processos de execução que tramitaram no ano de 2017, apenas 8 foram encerrados, apurou o Conselho Nacional de Justiça. Ademais, a proporção de execuções fiscais em relação aos demais processos é desproporcional.

E, por isso, as execuções fiscais representam 74% das ações de execução que pendem de julgamento no judiciário e 39% do total de casos pendentes no total, o que

⁹ BARROSO, loc. cit.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 Maiores Litigantes. 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

gerou um congestionamento de 92% no ano de 2017, a maior taxa entre os tipos de processos constantes no relatório do CNJ.

Nesse cenário, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)¹¹ constatou que apenas 1/3 das execuções federais são bem sucedidas, de modo que cerca de 2/3 ficam sem pagamento. Além disso, apenas 28,2% dessas ações têm seu objetivo atingido, qual seja o pagamento integral da dívida. Esse percentual sobe para 34,3% nos casos em que houve citação pessoal.

Além disso, o número de execuções ajuizadas tem crescido de forma gradativa ao longo dos últimos anos. Em 2009 eram 24 milhões de processos pendentes de julgamento e, em 2017, 31,2 milhões¹².

O relatório do CNJ também consignou que o tempo de giro do acervo de execuções fiscais é de 11 anos. Portanto, ainda que nenhuma execução fiscal fosse ajuizada, o judiciário levaria 11 anos para encerrar todos os processos já existentes.

Essa situação reflete, de forma direta, no processo de satisfação dos créditos da Fazenda Pública. Para ilustrar essa afirmação, cita-se o relatório da Procuradoria da Fazenda Nacional, de 2019¹³, que constatou que o estoque atual de créditos da Fazenda é de 2,2 trilhões, envolvendo cerca de 5,4 milhões de devedores.

Do total de crédito fazendário em dezembro de 2018, 79,5% estão em situação irregular de cobrança¹⁴, conforme Gráfico 3 no Anexo II.

Quanto à possibilidade de recuperação dos créditos, a Procuradoria da Fazenda Nacional apurou que o percentual de 41% é considerado irrecuperável e

¹¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. 2011. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

¹² "A ação de Execução Fiscal, nesse sentido, representa o principal fator de morosidade da Justiça brasileira. Segundo o levantamento assinado pela ministra e até então presidente do CNJ, Carmem Lúcia Antunes Rocha, a série histórica de processos dessa área demonstra crescimento gradativo no volume de casos pendentes há quase duas décadas. Em 2009, eram 24 milhões de processos e, em 2017, foram 31,2 milhões." INSAJ. Entenda por que a ação de execução fiscal representa um gargalo no judiciário. 2018. Disponível em <<https://www.insaj.com.br/acao-execucao-fiscal-gargalo-judiciario/>>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

¹³ PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. PGFN em Números. 2019. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf/view>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

¹⁴ PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Projeto de Lei nº 1.646/2019. Medidas de combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/apresentacoes/apresentacao_pl_1646_2019_pgfn.pptx>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

apenas 8,9% tem alta probabilidade de recuperação. Essa situação pode ser representada no Gráfico 4 do Anexo II.

Dessa forma, verifica-se que menos de 1% do estoque de dívida ativa da União de R\$ 400 bilhões de reais ingressam nos cofres públicos pela via da execução fiscal¹⁵.

A partir do levantamento desses dados, a Procuradoria apontou os principais fatores que contribuem para a manutenção do atual quadro relativo às pequenas taxas de satisfação do crédito público. Dentre elas, destacam-se (i) a ausência de diferenciação do devedor eventual e do contumaz, aquele cuja inadimplência é substancial e reiterada; (ii) a ausência de mecanismos específicos para tratar dos créditos de difícil recuperação; e (iii) a excessiva morosidade do processo de cobrança¹⁶.

A Câmara dos Deputados também analisou a atual situação dos processos executivos fiscais e publicou o Relatório Execução Fiscal: Eficiência e Experiência Comparada¹⁷, com base na Nota Técnica do IPEA. Referida nota técnica, de 2011, apurou que a probabilidade da recuperação da integralidade do crédito é de 25,8%.

Pouco mais de três quintos dos processos de execução fiscal propostos pela PGFN vencem a etapa da citação. Já a baixa dessas ações, em sua maioria, ocorrem pelo reconhecimento de prescrição ou decadência ou por pagamento integral da dívida. E, em razão disso, o IPEA concluiu que, em regra, os executivos fiscais fracassam absolutamente ou recuperam integralmente o débito¹⁸.

O relatório da Câmara dos Deputados, por sua vez, definiu as execuções fiscais como processos que se prolongam no tempo de forma indefinida, sem gerar qualquer contrapartida. Ou seja, essas ações ocupam o tempo dos juízes, procuradores e

¹⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - CJF. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa - qual o melhor caminho?. 2009. P 87. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/caju/EXEC-3.PDF>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

¹⁶ PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Projeto de Lei nº 1.646/2019. Medidas de combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/apresentacoes/apresentacao_pl_1646_2019_pgfn.pptx>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

¹⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Execução Fiscal: Eficiência e Experiência Comparada. 2016. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

¹⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. 2011. p. 9. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

auditores e acabam por gerar grande desperdício dos recursos públicos, uma vez que as taxas de sucesso são reduzidas¹⁹.

Conclui-se, portanto, que o sistema atual é ineficaz e improdutivo. E, ainda, acaba por prejudicar o Poder Judiciário dado o enorme volume de demandas que o movimentam e a ausência de retorno adequado.

2.3 CONSEQUÊNCIAS DO ATUAL ESTADO DO JUDICIÁRIO PARA O PROCESSO TRIBUTÁRIO

Em síntese, as controvérsias tributárias são compostas pela relação entre o fisco, sujeito ativo, e o contribuinte, sujeito passivo. No geral, têm como objeto o crédito tributário²⁰. Porém, o exercício da competência, a validade dos elementos da relação, os aspectos da norma, entre outras discussões, também podem ser objeto de controvérsias tributárias²¹.

O crédito tributário nasce independentemente da vontade das partes, em razão de disposição legal. Desse modo, ao praticar o fato gerador, o contribuinte passa a ser parte de uma relação obrigacional tributária com a Fazenda Pública e se vê obrigado a suportar os ônus que dela decorrem²².

Em matéria tributária, portanto, não há espaço para existência de voluntariedade das partes para o surgimento da relação, de modo que os sujeitos se envolvem sempre de maneira obrigatória nessas controvérsias. Isso se explica pelo fato de que, no Direito Tributário, é a legislação que define os atos da vida cotidiana que darão ensejo à cobrança pelo Fisco²³.

A lide tributária surge, então, no momento em que o contribuinte não aceita ou discorda da cobrança realizada pelo Fisco. Ou seja, o conflito tributário é decorrente da resistência do contribuinte à pretensão estatal sobre sua esfera patrimonial²⁴.

¹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Execução Fiscal: Eficiência e Experiência Comparada. 2016. p. 4. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

²⁰ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Arbitragem e Transação Tributárias. Brasília: Gazeta Jurídica Editora e Livraria LTDA. ME. 2014. p. 37.

²¹ Ibid. p; 37.

²² Ibid. p. 48

²³ Id.

²⁴ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro administrativo e judicial**. São Paulo: Dialética. 2003. p. 316.

Segundo Geraldo Ataliba, o conflito entre o Fisco e o contribuinte surge quando há divergência na interpretação de determinada norma jurídica que poderá ou não ter aplicação quando da ocorrência do fato gerador, *verbis*:

(...) estabelece-se o conflito entre o fisco (órgão fazendário do Estado) e o contribuinte, sempre que aquele manifesta uma prestação resistida por este. Ao exigir o fisco um tributo, uma multa ou um dever acessório, pode o sujeito passivo dessas exigências a elas resistir, por entendê-las infundadas ou excessivas. A divergência ensejadora do litígio, contenda, dissídio - sempre se fundará em diversa interpretação da norma jurídica aplicável ou na diferente apreciação ou 'qualificação jurídica' dos fatos relevantes para os efeitos de aplicação da norma²⁵.

Vê-se que, portanto, que a relação jurídica tributária é campo extremamente fértil para o surgimento de conflitos, pois já nasce essencialmente pautada pelo poder de imposição de um sujeito pelo outro²⁶.

Ocorre que o único método disponível atualmente para resolução desses conflitos é o processo, que pode ser tanto o administrativo, como o judicial²⁷. Isso se dá pelo fato de que o judiciário é visto como o único caminho capaz de propiciar uma solução válida, com suporte no ordenamento jurídico, para os conflitos existentes. Ou seja, o próprio aparelho estatal estimula a litigiosidade.

É importante ressaltar que os estudos acima apontados demonstraram que a população brasileira apresenta baixo índice de confiança nas instituições estatais. Especificamente em relação ao Poder Judiciário, sua legitimidade vem sendo questionada desde meados dos anos 1980.

Diante desse cenário, a Fundação Getúlio Vargas - FGV iniciou um projeto cujo objetivo é retratar sistematicamente a confiança da comunidade no Poder Judiciário, por meio da criação e aplicação do Índice de Confiança na Justiça no Brasil - ICJ Brasil²⁸. Em relatório publicado no primeiro semestre de 2017, a FGV constatou que apenas 24% dos entrevistados confiam no Poder Judiciário, conforme gráfico 5 no Anexo III.

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

²⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária**. Racionalização e Desenvolvimento Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2019. p. 25.

²⁷ Sugere-se a seguinte leitura: MARINS, *op. cit.*, p. 316.

²⁸ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. Relatório ICJ Brasil. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

Além disso, o estudo também apontou que houve piora na avaliação do Judiciário pela população brasileira. No período compreendido entre os anos de 2013 e 2017, a confiança no Poder Judiciário caiu cerca de dez pontos percentuais.

O principal fator que afeta a confiança no sistema de justiça brasileiro é a morosidade na prestação jurisdicional, principalmente no caso das execuções fiscais. Além disso, o custo para acesso à justiça²⁹ foi apontado por 81% dos entrevistados. Outros aspectos identificados pelo projeto foram: (i) dificuldade de acesso à justiça (73%); (ii) baixa capacidade de resistir a subornos, desonestidade (78%); (iii) competência limitada para solução de conflitos (73%); (iv) dependência política em relação aos demais poderes estatais (66%). Vide Gráfico 6 no Anexo III.

No entanto, apesar de avaliarem mal o Judiciário, os entrevistados têm alto grau de disposição para resolverem seus conflitos na justiça. O estudo da FGV registrou que 81% das pessoas afirmaram que recorreriam ao Judiciário para resolver seus conflitos com o Poder Público.

Conclui-se, assim, que a despeito de não ser eleito como o método mais qualificado, as partes ainda enxergam o estado-juiz como o único meio capaz de produzir soluções e decisões legítimas e oficiais, mais confiáveis. Esse fenômeno pode ser chamado de "*cultura do litígio*", de acordo com Bruno Bastos de Oliveira³⁰.

Segundo o Autor, a cultura da sentença causa a perda da capacidade de solução consensual dos conflitos surgidos na sociedade. E, ainda, as respostas do Estado às crescentes demandas são lentas, ineficientes e de custo elevado, o que resulta em um cenário preocupante³¹.

Em especial, no Direito Tributário, o número de processos ajuizados vem crescendo em proporções assustadoras. Enquanto isso, a situação do Poder Judiciário é de altas taxas de congestionamento processuais, o que compromete a qualidade da prestação jurisdicional. Claramente o que se verifica é que os tribunais do País não estão preparados para solucionar essas demandas da forma adequada.

Diante disso, Bruno Bastos de Oliveira aponta que a situação do Judiciário atual provoca estrangulamento do fisco, pois o percentual de recuperação do passivo

²⁹ O acesso à justiça é princípio previsto pela Carta Magna Brasileira: "Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;" BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 de dezembro de 2019

³⁰ OLIVEIRA, 2019. p. 16.

³¹ Ibid., p. 16.

mediante o ajuizamento de execuções fiscais é inexpressivo e demanda custos elevadíssimos. O contribuinte também não recebe uma prestação jurisdicional apta a tutelar de maneira eficaz os direitos e garantias individuais. Além disso, as altas taxas de litigiosidade funcionam como mecanismo de aumento progressivo das taxas de congestionamento processual³².

Por outro lado, Luís Roberto Barroso aponta que o Direito Tributário tem impulsionado historicamente a inovação, aperfeiçoamento a discussão de novos mecanismos e técnicas relativas ao controle de constitucionalidade, sendo uma matéria muito presente na rotina da Corte Suprema Brasileira³³. E, ainda, a proximidade entre Direito Tributário e jurisdição constitucional é histórica e o número de demandas tributárias discutidas sob a ótica constitucional é imensa³⁴.

Segundo ele, um ministro da Supremo Tribunal Federal julga, sozinho, a média de 279 casos envolvendo Direito Tributário no período de três meses. Enquanto isso, a Corte Suprema Americana julga a mesma quantidade de processos fiscais na média de um ano³⁵.

Nesse contexto, vale citar as seguintes considerações de Luis Roberto Barroso:

(...) para o ambiente fiscal, em que a segurança jurídica tem um peso ainda maior, permanecer anos à espera de uma decisão sobre a incidência ou não de determinada contribuição ou imposto aumenta os custos dos negócios, freia os investimentos mais expressivos e não garante a previsibilidade que demandam os orçamentos públicos, cada dia mais escassos. Em relação ao prejuízo à atuação da Corte, o excessivo gasto de energia e tempo em questões tributárias sem verdadeira expressão constitucional impede o avanço do trabalho do Supremo em discussões verdadeiramente ligadas a direitos fundamentais, que deveriam fazer parte do cardápio diário de decisões de um Tribunal Constitucional.³⁶

É importante levar em consideração, ainda, que a legislação atual confere uma série de prerrogativas à atuação da Fazenda Pública em juízo. Por exemplo, a concessão de prazo em dobro para recorrer³⁷. Esses privilégios acabam por criar certa

³² OLIVEIRA, 2019., p. 20.

³³ BARROSO, 2016. p. 3.

³⁴ Ibid., p. 10.

³⁵ Ibid., p. 12.

³⁶ Ibid., p. 18.

³⁷ "Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de **prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais**, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal." BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

situação de desigualdade entre o Fisco e os contribuintes, bem como por aumentar o tempo de tramitação desses processos.

Diante desse cenário, a ideia de monopólio da jurisdição estatal para resolução de conflitos tem perdido força progressivamente. Surge, assim, espaço para difusão de mecanismos alternativos para solução dos litígios, de forma adequada e eficaz.

Para Geraldo Ataliba, o Judiciário não possui estrutura para solucionar de forma adequada todas as demandas que lhe são submetidas, o que causa evidente assoberbamento de sua máquina. Cite-se:

(...) se todas as divergências forem submetidas ao poder judiciário, este submergirá sob o peso de um acúmulo insuportável de questões para julgar. Além disso - e também por isso - tardarão muito as soluções, em detrimento das partes envolvidas. Daí a razão pela qual, em quase todos os países, se criaram organismos e sistemas para reduzir o número de causas instauradas perante o Poder Judicial.³⁸

Diz o Autor, ainda, que *"diversas razões recomendam que se crie um sistema de eliminação célere e eficaz desses conflitos, tendo em vista a harmonia fisco-contribuinte e os interesses em jogo"*³⁹.

Ademais, inúmeros dados apontam que o Poder Judiciário está atolado com diversos processos que não envolvem a pacificação de conflitos sociais, mas sim a satisfação de interesses financeiros do próprio estado⁴⁰.

Dessa forma, deve-se buscar a superação do atual sistema de monopólio do Poder Judiciário, que não se mostra eficiente, a fim de se obter respostas mais satisfatórias e adequadas. Essa busca por meios alternativos não tem como objetivo único a redução do estoque processual dos tribunais brasileiros, mas também a preservação do interesse público e a liberação do Judiciário para atender carências mais básicas da população⁴¹.

De acordo com Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten, essa busca não é apenas oportuna, mas essencial. A convivência harmoniosa entre vários mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro, sem relação

³⁸ ATALIBA, 1988. p. 123.

³⁹ Ibid., p. 123.

⁴⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016. p. 9. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em 13 de outubro de 2019

⁴¹ OLIVEIRA, 2019. p. 25.

hierárquica entre eles, proporcionará maiores chances de alcance de resultados mais adequados aos conflitos emergentes⁴².

Inclusive, a edição do Código de Processo Civil de 2015 pode ser considerada um marco no processo de evolução da corrente doutrinária que luta pela necessidade de busca de meios alternativos para solução de controvérsias. Referido dispositivo legal prestigia a utilização de meios alternativos para resolução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação⁴³.

Nesse contexto, a arbitragem surge como uma possível solução para amenizar o problema de emperramento do Judiciário⁴⁴⁻⁴⁵, bem como proporcionar decisões mais qualificadas e específicas para cada caso concreto. Em especial, essa nova realidade abre espaço, também, para a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos tributários.

Como se passará a demonstrar no presente trabalho, a utilização da arbitragem em matéria tributária não encontra, em regra, nenhum óbice.

3. BREVES NOTAS SOBRE A ARBITRAGEM E O PROCESSO TRIBUTÁRIO

A arbitragem é um dos métodos heterocompositivos⁴⁶ de solução de conflitos que, desde 23 de setembro de 1996, está positivada no ordenamento jurídico

⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Código de Processo Civil: quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Et al.* (Coords.) A mediação no novo código de processo civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 27.

⁴³ “§ 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.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

⁴⁴ A arbitragem, por si só, não é capaz de desafogar o Poder Judiciário, no entanto, se mostra como uma solução adequada para proporcionar decisões mais técnicas e qualificadas para cada caso concreto. Sobre o assunto vide Capítulo 4 do presente trabalho.

⁴⁵ “ A atualização no uso da arbitragem não vai desafogar o Judiciário, esse nem é o seu objetivo. Ela apenas faz parte de um sistema multiportas em que as partes podem escolher a forma mais adequada para resolver o seu litígio, assim como a mediação, juizados especiais, e a conciliação. Isso resulta em um sistema civilizado. Quem afirma é o advogado Carlos Carmona, coautor da Lei 13.129/2015.” CARMONA, Carlos Aberto. **“Arbitragem não vai desafogar o judiciário”, diz Carlos Carmona.** Entrevista realizada por Livia Scocuglia para o JOTA/UOL em 21 de ago. de 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona-21082015>>. Acesso em 3 de dezembro de 2019.

⁴⁶ “Quando se trata de processo autocompositivo (em que a solução é dos interessados), não deve haver qualquer preocupação com produção de prova, e a doutrina autocompositivo recomenda como fundamental o dever de sigilo sobre tudo o que for conversado, sendo a confidencialidade um dos princípios da mediação. Caso os interessados não encontrem uma solução, pelo método consensual,

brasileiro pela Lei nº. 9.307. Cita-se, aqui, o conceito estabelecido por José Eduardo Carreira Alvim:

(...) arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicadas ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existente o 'julgamento' de um litígio por uma 'sentença' com força de coisa julgada.⁴⁷

Para Carlos Alberto Carmona, a arbitragem é método alternativo de solução de controvérsias, segundo o qual as partes, por meio de convenção privada, conferem poderes a terceiro imparcial para proferir decisão. Essa decisão terá a mesma eficácia da sentença judicial, sobre determinado conflito relativo a direitos patrimoniais disponíveis dos litigantes. Veja-se:

(...) arbitragem - meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direito patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor⁴⁸.

A Constituição do Império, datada de 1824, trouxe a previsão constitucional do instituto da arbitragem no direito brasileiro⁴⁹. Tal previsão constitucional deixou de existir no Brasil república, com a Constituição de 1891, mas retornou com a Constituição brasileira de 1934. Apesar de não ter sido mantida pelas Constituições seguintes a do ano de 1934, foi retomada na edição da Constituição Federal de 1988⁵⁰.

esquece-se o que foi tratado (na fase autocompositiva)". BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem** – Col. Saberes do Direito. vol. 53, 2ª ed.. Saraiva, 2016. p. 179.

⁴⁷ ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005. p.14.

⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** - Um Comentário à Lei n. 9.307/96. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51-52.

⁴⁹ " Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes." BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 09 de novembro de 2019.

⁵⁰ "Art. 114 (...) § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as

A despeito das previsões anteriores, a arbitragem passou a ser efetivamente regulada e utilizada como meio alternativo de solução de conflitos com a edição da Lei da Arbitragem - Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. A referida lei representou um marco na evolução legislativa do instituto⁵¹.

Em síntese, a arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de controvérsias, por meio da qual o árbitro, escolhido pelas partes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida por aqueles que o escolheram. Segundo Carmona, a característica impositiva da sentença arbitral é a principal diferença em relação aos métodos autocompositivos, como a mediação e a conciliação⁵².

O artigo 1º da Lei nº. 9.307/1996⁵³ dispõe sobre a arbitrabilidade objetiva e subjetiva. A arbitrabilidade subjetiva refere-se às partes envolvidas no litígio. Ou seja, pessoas civilmente capazes⁵⁴ de contratar, sejam elas públicas ou privadas, para dirimir conflitos a respeito de direitos patrimoniais disponíveis – arbitrabilidade objetiva. O dispositivo prevê, ainda, que, para a Administração Pública, a autoridade competente para celebrar a convenção de arbitragem é mesma que possui competência para realização de acordos ou transações.

Assim, a primeira conclusão a respeito do procedimento arbitral é o fato de que este tem como pressuposto a autonomia da vontade. A voluntariedade é um dos aspectos mais importantes da arbitragem. E, dessa forma, os poderes dos árbitros são concedidos e limitados pela manifestação de vontade das partes. Em outras palavras, os árbitros apenas podem decidir os conflitos a eles submetidos, de modo

convencionadas anteriormente.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 de novembro de 2019.

⁵¹ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/pt-br.php>> . Acesso em 24 de novembro de 2019. p. 100.

⁵² CARMONA, 2004. p 31.

⁵³ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)” BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁵⁴ “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html >. Acesso em 1 de dezembro de 2019.

expresso, por partes capazes, sendo obrigados a agir com imparcialidade, independência e discricção.⁵⁵

Além disso, podem ser objeto de submissão ao juízo arbitral direitos patrimoniais disponíveis. Nas lições de Alexandre Monteiro, bens disponíveis são aqueles que podem ser alienados ou negociados livremente, quando o alienante possuir capacidade jurídica para tanto⁵⁶.

Na mesma linha, Carlos Alberto Carmona explica que determinado bem ou direito é considerado disponível, quando seu titular pode dele dispor de forma livre:

(...) diz-se que um direito é disponível quando ele pode ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim disponde, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.⁵⁷

As partes se submetem à arbitragem por meio da convenção de arbitragem⁵⁸, que possui duas formas: a cláusula compromissória⁵⁹ e o compromisso arbitral⁶⁰. Carreira Alvim explica que a “*convenção de arbitragem é a expressão da vontade das*

⁵⁵ Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 1 de dezembro de 2019.

⁵⁶ MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. **Direito Tributário e Arbitragem**: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, n. 088, p. 18, set-out. 2009.

⁵⁷ CARMONA. 2004, p. 56.

⁵⁸ “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.” BRASIL. Lei n. 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁵⁹ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.” BRASIL. Lei n. 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁶⁰ “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.” BRASIL. Lei n. 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

*partes interessadas, manifestadas numa mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para a solução de seus (virtuais ou reais) litígios*⁶¹.

Ambos instrumentos supramencionados devem ser acordados por meio de documento escrito, sendo o primeiro previsto quando da celebração do contrato principal. Isto é, a cláusula compromissória é acordada pelas partes antes mesmo do surgimento de qualquer litígio, sendo este futuro e incerto. Já o compromisso arbitral é firmado quando do surgimento do conflito, concreto e atual, de modo que as partes decidem submetê-lo a arbitragem⁶².

Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara explica que o compromisso arbitral pressupõe a existência de controvérsia entre as partes, já a cláusula compromissória é celebrada em momento anterior ao surgimento do conflito, a saber:

(...) o compromisso tem, portanto, como pressuposto, uma controvérsia já surgida entre as partes, ao contrário da cláusula compromissória, a qual é celebrada antes de surgir a lide, e se refere a litígios futuros e eventuais. Assim sendo, após surgir a lide, podem as partes celebrar o compromisso arbitral, submetendo-se a um árbitro a composição da lide.⁶³

As cláusulas compromissórias podem ser cheias ou vazias. As primeiras são aquelas que contém, desde logo, todos os elementos necessários e essenciais para instauração do procedimento arbitral. Podem ser *ad hoc* - quando aplicam-se as regras estipuladas pelas partes sem nenhuma instituição para administrar e organizar o processo - ou institucional - na qual as partes escolhem uma instituição para administrar o procedimento arbitral, com a cobrança de taxas⁶⁴.

Já a cláusula compromissória vazia se limita a afirmar que eventual conflito deverá ser submetido à arbitragem, deixando de prever os mecanismos para sua instituição. Assim, surgida a controvérsia a parte interessada deverá informar ao outro contratante a sua intenção de dar início ao processo arbitral e o convocar para lavrar o compromisso arbitral.⁶⁵

⁶¹ ALVIM. 2005, p. 107.

⁶² CARMONA. 2004, p. 58.

⁶³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 27-28.

⁶⁴ CARMONA. loc. cit.

⁶⁵ “Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.” BRASIL. Lei n. 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

No entanto, é possível que uma das partes apresente resistência em firmar o compromisso arbitral. Nesses casos, a Lei nº. 9.307/1996 prevê a possibilidade de o interessado recorrer ao Poder Judiciário para requerer a citação do outro litigante para comparecer a juízo a fim de que seja firmado o compromisso arbitral. A sentença de procedência valerá como compromisso arbitral.⁶⁶

Ainda a respeito da cláusula compromissória, a Lei de Arbitragem estabelece a sua autonomia em relação ao negócio principal no qual está inserida. Ademais, ela pode ser celebrada de forma posterior à celebração do contrato e em documento apartado, bastando, para tanto, que haja referência expressa ao negócio ao qual irá se atrelar⁶⁷. Dessa forma, vale citar as lições de Carlos Alberto Carmona:

(...) as partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de tal sorte que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral. Constata-se, em outros termos, que a causa do contrato principal é diversa daquela que leva as partes a estipularem a solução arbitral para futuras controvérsias⁶⁸.

⁶⁶ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei. § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. § 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito. § 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁶⁷ “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁶⁸ CARMONA. 2004, p. 158-159.

Após a celebração da convenção de arbitragem, o procedimento arbitral será iniciado depois de indicado(s) e aceito(s) o(s) árbitro(s). A Lei de Arbitragem dispõe que qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes, poderá ser árbitro⁶⁹.

Os árbitros são considerados, por lei, como juízes de fato e de direito e a sentença por eles proferidas não está sujeita à homologação pelo Poder Judiciário,⁷⁰ salvo a sentença arbitral estrangeira que deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, eles estão obrigados a agir com imparcialidade⁷², independência⁷³, competência⁷⁴, diligência⁷⁵ e discrição⁷⁶⁻⁷⁷.

Aceita a nomeação do(s) árbitro(s)⁷⁸, considerar-se-á instituída a arbitragem, nos termos do artigo 19 da Lei de Arbitragem⁷⁹. O procedimento instaurado deverá

⁶⁹ “ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁷⁰ “Em boa hora a Lei de Arbitragem extirpou do ordenamento jurídico brasileiro o procedimento homologatório de laudos arbitrais. Tal procedimento homologatório, em última instância, desestimulava a utilização da arbitragem, eis que a celeridade e o sigilo propiciados por este mecanismo de solução de controvérsias ficavam totalmente prejudicados, avultando-se ademais os custos para a final solução do litígio” CARMONA, op. cit. p. 271

⁷¹ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁷² “O árbitro, da mesma forma que o juiz, coloca-se entre as partes e acima delas: esta a condição básica para que o árbitro possa exercer sua atividade, garantindo justiça para os contendentes.” CARMONA, 2004, p. 239.

⁷³ “O árbitro não pode manter relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social que o liguem a alguma das partes.” Ibid., p. 242.

⁷⁴ “Quer a Lei que o árbitro seja competente, isto é, que tenha conhecimento, aptidão e capacidade que o habilitem a dirimir a controvérsia que lhe será submetida.” Ibid., p. 243.

⁷⁵ “Deve o árbitro também agir com diligência, isto é, com interesse pela causa, com empenho na busca das provas, com esforço na busca da verdade, com zelo na decisão. O dever de diligência desdobra-se em duas vertentes: numa, espera-se que o árbitro não aceite sua nomeação se não puder dedicar o tempo necessário para o estudo da causa, eis que se espera da decisão um alto grau de qualidade e de respaldo técnico; noutra, imagina-se que o árbitro haverá de desempenhar sua função de modo a não onerar sobremaneira as partes, tornando suportáveis os custos da arbitragem.” Ibid., p. 244/245.

⁷⁶ “É natural que o árbitro deva comportar-se de conformidade com o ambiente discreto em que atua, furtando-se a comentar os atos praticados durante o processo arbitral.” Ibid., p. 246.

⁷⁷ “Art. 13 (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁷⁸ “Seguindo a tradição de nosso direito (art. 1.076 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 1.040, V, do Código Civil de 1916), as partes devem nomear árbitros em número ímpar, de sorte a evitar empate na decisão. A lei neste passo outorga relativa autonomia aos litigantes para a composição do órgão julgado, permitindo-lhes escolher entre o árbitro único e o colégio arbitral, desde que este contenha qualquer número ímpar de árbitros. A experiência tem mostrado ser comum a escolha de tribunal arbitral com três integrantes.” Ibid., p. 232.

⁷⁹ “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.” Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

obrigatoriamente seguir os termos estipulados pelas partes e, no caso de omissão delas quanto a esse ponto, poderá ser definido pelo árbitro⁸⁰.

O processo⁸¹ de arbitragem também deve obedecer aos princípios do contraditório, igualdade das partes, do livre convencimento. Esse dispositivo não pode ser afastado pela vontade das partes e tem por objetivo assegurar o respeito ao princípio do devido processo legal.

O procedimento em questão será encerrado com a prolação da sentença pelo árbitro ou tribunal arbitral⁸². As sentenças arbitrais são equiparadas às judiciais, conforme dispõe o artigo 31 da Lei n. 9.307/1996⁸³, e possuem força de título executivo. Isto é, as sentenças proferidas no bojo do processo de arbitragem fazem coisa julgada, assim como aquelas proferidas pelo Poder Judiciário.

Proferida a sentença arbitral, as partes possuem o prazo de 90 dias para arguir a sua nulidade por meio da ação prevista no art. 32 da Lei n. 9.307/1996⁸⁴. Referido dispositivo também elenca quais as matérias podem ser alegadas. Dentre elas vale

⁸⁰ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral. § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁸¹ “É preciso afirmar, ainda, que a arbitragem é verdadeiro processo. Esta afirmação deve ser explicada com cuidado, para que não seja mal compreendida. Encontra-se superado pela melhor doutrina processual o velho preconceito de afirmar que só existe processo jurisdicional. Mais modernamente, encontra-se em doutrina a afirmação de que deve-se considerar processo todo procedimento realizado em contraditório.” CÂMARA, 1997, p.10.

⁸² “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.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁸³ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁸⁴ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) 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. Lei n. 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.html>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

destacar a nulidade da convenção de arbitragem, o desrespeito aos princípios constitucionais e a sentença que decide além dos limites impostos pela convenção.

Assim, em resumo, pode-se definir a arbitragem como o método heterocompositivo de solução de conflitos, pelo qual as partes submetem a decisão de determinada questão a terceiro imparcial que não o estado-juiz e a decisão por ele proferida vincula os contratantes⁸⁵.

Por fim, importante mencionar as lições de Alexandre Monteiro, segundo o qual a arbitragem proporciona a elaboração de decisões por especialistas escolhidos pelas partes, em curto período de tempo. Além disso, a sentença arbitral possui força de decisão judicial e/ou administrativa⁸⁶.

3.1. A LIDE TRIBUTÁRIA E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Inicialmente, deve se ter em mente que direito tributário é regido, em linhas gerais, pela Constituição Federal, de 1988, e pelo Código Tributário Nacional, de 1966. Ambos diplomas normativos privilegiam a ideia dos princípios como vetores indicativos dos valores do ordenamento positivado⁸⁷.

Nesse sentido, Luís Eduardo Schoueri explica que não se pode confundir princípios e regras, estas se aplicam por completo, 'tudo ou nada', enquanto aqueles não têm aplicação automática, mas, na realidade, dependem do caso concreto. Além disso, os princípios possuem importância que não é própria das regras jurídicas⁸⁸.

Vale, ainda, mencionar os seguintes apontamentos do referido Autor:

(...) o que torna a tarefa do jurista complexa é o reconhecimento da existência de vários princípios atuando no sistema, pois não lhe basta afastar a aplicação de um princípio, tendo em vista que ele conduz em direção diversa daquela imposta por outro princípio. Ao contrário, ao jurista cabe sobesar os princípios, numa atividade de ponderação. Os princípios atuam, assim, como

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, p. 377-386, jul. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459>>. Acesso em 10 de novembro de 2019. p. 378

⁸⁶ "(...) a arbitragem é meio de solução de controvérsias, implementado com o declarado escopo de viabilizar soluções jurídicas proferidas por especialistas indicados pelas partes nos respectivos temas, em um curto período de tempo. Possui força do juízo contencioso judicial, ou mesmo administrativo". MONTEIRO; CASTRO, 2009. p. 32.

⁸⁷ SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 273.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 273.

forças com vetores diversos, de cuja resultante se terá a direção que o ordenamento jurídico imporá ao caso concreto⁸⁹.

Nessa linha, ele conclui que os princípios não afastam a aplicação um do outro, mas influenciam-se reciprocamente⁹⁰.

Ao presente trabalho, importam, em especial, os princípios da legalidade e da indisponibilidade do crédito tributário. O primeiro está inscrito no art. 150, I, da Constituição Federal⁹¹, que estabelece que, para criação ou majoração de qualquer tributário, é necessária a edição de lei. Importa citar, ainda, as lições de James Marins:

(...) afigura-se de alto valor lógico o encadeamento no sistema nacional tributário nacional dos princípios do plano material da estrita legalidade e tipicidade com os princípios do plano formal da legalidade objetiva e da vinculação, que galvanizam a esfera de proteção legal à relação jurídica tributária - estática e dinâmica - e consolidam seu regime de especial segurança constitucional. Nesse altamente coerente sistema de legalidade protege-se a um só tempo a relação jurídica tributária em sua forma, seu conteúdo e sua atuação.⁹²

Já o princípio da indisponibilidade do crédito tributário prevê uma vedação à existência de margem discricionária dos agentes públicos no exercício de sua atividade. Segundo Misabel Derzi, o agente público, responsável pela fiscalização e apuração dos tributos, “*está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei - que disciplina o tributo - ao caso concreto sem margem de discricionariedade*”⁹³.

O instituto da indisponibilidade está amplamente positivado no Código Tributário Nacional, como afirma Goldschmidt:

(...) o art. 3º do CTN ressalta que os tributos são cobrados mediante atividade administrativa vinculada. O art. 97, VI, reserva à lei a disciplina das hipóteses de exclusão, suspensão e extinção do crédito tributário. O art. 141 diz que o crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída nos casos previstos em lei.⁹⁴

⁸⁹ Ibid., p. 274.

⁹⁰ SCHOUERI, 2018, p. 275.

⁹¹ “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. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em 10 de novembro de 2019.

⁹² MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética. 2003, p. 157.

⁹³ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Comentário ao Código Tributário Nacional**, obra coletiva, art. 141, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 350.

⁹⁴ GOLDSCHMIDT, Fábio Bruno. Arbitragem e Transação Tributária - verificação de compatibilidade. In **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 48, 1999, p. 54.

É nesse contexto que se insere a discussão a respeito da possibilidade de se discutir conflitos tributários por meio da via arbitral. Isso, porque, de um lado, a Lei de Arbitragem restringe seu campo de aplicação às controvérsias que tratem de direitos patrimoniais disponíveis. E, ainda, é certo que a autonomia da vontade é pressuposto básico do rito arbitral. Do outro lado, estão presentes os princípios tributários da legalidade estrita e da indisponibilidade do crédito fiscal, que vedam, de forma expressa, a atividade discricionária da Administração Pública.

Assim, o que se pretende analisar daqui em diante é a compatibilidade entre o instituto da arbitragem e os princípios que regem o direito tributário, especialmente o dogma da indisponibilidade do crédito tributário.

3.2. REFLEXÕES SOBRE A ARBITRABILIDADE DAS CONTROVÉRSIAS TRIBUTÁRIAS

O direito brasileiro tem seguido, há muito, a tradição pela resolução judicial de seus conflitos⁹⁵. No entanto, é evidente que o Judiciário não tem sido capaz de solucionar de forma rápida, eficaz e adequada os conflitos que são a ele submetidos, como demonstram os dados acima expostos⁹⁶.

Nesse cenário, os métodos alternativos de resolução de conflitos, dentre eles a arbitragem, vêm ganhando cada vez mais espaço, na medida em que se mostram soluções aptas a promover o deslinde de controvérsias sem a necessidade de instauração de um processo judicial, lento, burocrático, caro e ineficaz⁹⁷.

Nas lições de Mauro Capelleti, a promoção de um sistema mais eficiente de resolução de conflitos também é responsabilidade da comunidade como um todo, até porque é de seu próprio interesse. Veja-se:

⁹⁵ Miguel Reale ensina que “é crença predominante, nos círculos empresariais e até mesmo na classe dos advogados, que o processo de arbitragem seria mais propriamente destinado aos negócios internacionais, e quando estiver em jogo questões de apurada técnica, cujo julgamento exija altos conhecimentos especializados tanto dos peritos, que geralmente atuam no foro, quanto dos magistrados”. (REALE, Miguel. Crise da Justiça e Arbitragem. In **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, 2013, p. 319.

⁹⁶ Cf. Capítulo 2 do presente trabalho.

⁹⁷ Para José Cabalto Nabais “ (...) a solução de litígios não pode ser uma reserva absoluta dos tribunais, confundindo o sistema de justiça com o sistema dos tribunais.” NABAIS, José Cabalto. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária, in **Revista da PGFN**, ano 1 número 1, jan/jun. 2011. Disponível em <<https://www.sinprofaz.org.br/artigos/reflexao-sobre-a-introducao-da-arbitragem-tributaria1/>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

(...) devemos estar conscientes da nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problema e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.⁹⁸

Para Ada Pellegrini Grinover, as soluções alternativas de litígio ganham relevância na medida em que as decisões judiciais não têm se mostrado suficientes à pacificação dos conflitos submetidas ao Poder Judiciário⁹⁹.

Sobre o tema, importante destacar os ensinamentos de Rubens Miranda de Carvalho:

(...) não vale a pena gastar tempo e papel com considerações sobre o mau funcionamento do judiciário brasileiro, pois é fato conhecido de todos e já sobejamente criticado sem que se chegue a melhores resultados. (...) Os particulares têm-se valido da conciliação e da arbitragem como forma de escapar das demoras, da falta de especialização técnica e da corrupção que afetam o judiciário brasileiro, procedimentos aqueles que têm permitido a solução célere e quase sempre mais conveniente, pois os árbitros são pessoas escolhidas dentre experts nas matérias que irão decidir, ao contrário do judiciário, em que experientes criminalistas são postos a julgar casos tributários para os quais têm pouco ou nenhum conhecimento, com conhecidos e desastrosos resultados ou episódios acertados.¹⁰⁰

Em especial quanto às controvérsias tributárias, verificou-se que o Judiciário não tem sido capaz de proporcionar soluções satisfatórias à sociedade¹⁰¹, apresentando-se como um sistema moroso, oneroso, ineficiente¹⁰². Dessa forma, é

⁹⁸ CAPELLETI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, in **Revista de Processo**, n. 74, ano 19, abril-junho 1994, p. 97.

⁹⁹ “Visando à superação da crise estrutural do Judiciário, abre-se caminho, na vertente extrajudicial, para a revisitação de equivalentes jurisdicionais, como a auto e a heterocomposição, na busca de meios alternativos ao processo, capazes de evitá-lo. (...) Nem sempre se pode esperar da decisão judicial a verdadeira e efetiva pacificação dos conflitos. Daí a importância do papel reservado às soluções alternativas de litígios, antes do processo ou em seu curso.” GRINOVER, 2003. p. 377.

¹⁰⁰ CARVALHO, Rubens Miranda de. **Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionais de solução de lides tributárias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008. p. 149.

¹⁰¹ Sobre a crise do Poder Judiciário especificamente em relação ao processo tributário, vide 1.3 acima.

¹⁰² “Pois é sabido como muita da mitigação actual não se inscreve num genuíno exercício da garantia jurisdicional orientada para a resolução de reais litígios, isto é, de litígios que a interpretação das normas jurídicas e sua aplicação aos casos da vida efectivamente ocasionam, mas antes num quadro mais ou menos sofisticado de expedientes dirigidos a um ganho de causa traduzido num ganho de tempo e numa concomitante obstrução à efectiva realização da justiça, em que, ao fim e ao cabo, mais não temos do que uma utilização abusiva do processo ancorada exclusivamente na morosidade da justiça activamente aproveitada ou mesmo provocada por qualificados actores processuais.” NABAIS, 2011, p 26.

clara também a necessidade de adoção de métodos alternativos para resolução de conflitos em matéria tributária¹⁰³. E aqui passará a se explorar a viabilidade de adoção da arbitragem como um meio alternativo para resolução de conflitos em matéria tributária.

Inicialmente, é importante mencionar que, nas palavras de Alexandre Monteiro e Leonardo Castro, arbitrabilidade é o termo utilizado para designar a possibilidade de submeter determinada controvérsia ao juízo arbitral¹⁰⁴. Essa arbitrabilidade pode ser subjetiva - refere-se aos aspectos da capacidade da pessoa, privada ou pública, de se sujeitar-se ao procedimento arbitral - ou objetiva, que diz respeito ao objeto da matéria que será submetida ao rito de arbitragem¹⁰⁵.

E, assim, surge a discussão a respeito da possibilidade da Administração Pública se submeter ao procedimento arbitral, tendo em vista os princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade estrita¹⁰⁶.

Quanto à legalidade, é certo os atos praticados pela Administração estão estritamente vinculados à norma positivada. De acordo com Maia Sylvia Zanella Di Pietro explica que a vontade da Administração Pública decorre da lei, em sentido estrito¹⁰⁷.

Nesse aspecto, o movimento doutrinário atual vem buscando atribuir um novo significado aos dogmas de Direito Público, prezando pela aplicação do sistema normativo criado pela Constituição Federal de 1988 e, em especial, dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e do princípio implícito de ponderação de interesses¹⁰⁸. Assim, a lei deixaria de ser o *“fundamento último e único da atividade administrativa”*¹⁰⁹.

¹⁰³ “O que implica, designadamente, estar sempre aberto à interrogação sobre a origem, a prevenção e a resolução dos conflitos, ter presente uma preocupação permanente com a simplificação e melhoria técnica do ordenamento jurídico fiscal e abandonar a velha ideia de que a aplicação das normas jurídicas sobre impostos passa exclusivamente pela actuação unilateral da Administração Fiscal. Ou seja, na adopção de quaisquer medidas no respeitante ao sistema fiscal, não poderemos esquecer os litígios que as mesmas podem originar, a premente necessidade de simplificação exigida pelo sistema e a imprescindível convocação da colaboração dos contribuintes para uma lograda aplicação das leis dos impostos.” NABAIS, 2011, p. 25.

¹⁰⁴ MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 20.

¹⁰⁵ GRINOVER, 2003, p. 383.

¹⁰⁶ “Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

¹⁰⁸ MONTEIRO. CASTRO. 2009, p. 23-24.

¹⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Um novo direito administrativo para o século XXI**. In Temas de direito administrativo e constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

É importante deixar claro, aqui, que não se pretende desprestigiar a relevância do princípio da legalidade estrita, mas sim defender a necessidade de sua compatibilização com os demais previstos pela Carta Magna Brasileira. Até mesmo a fim de assegurar que o resultado aplicado ao caso concreto seja o mais justo e adequado possível¹¹⁰.

E, ainda que assim não fosse, não prospera o argumento de que a utilização da arbitragem é defesa à Administração Pública em razão da prescrição trazida pelo princípio da legalidade¹¹¹. Isso porque o artigo 1º da Lei 9.307/1996, traz uma autorização legal genérica apta a assegurar o direito da Administração Pública de se submeter ao procedimento arbitral¹¹²⁻¹¹³.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a possibilidade da Administração se submeter à arbitragem foi prevista de modo expresso pela legislação, de modo que não há que se falar em ausência de autorização legal para tanto. Veja-se:

(...) se é verdade que na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, a Lei 9.307, de 1996, permitiu expressamente a todas pessoas capazes de contratar (aí incluindo-se a Administração Pública direta e indireta) a possibilidade de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Autorização legal, portanto, existe. Facultativa é a sua utilização¹¹⁴.

Inclusive, a própria Advocacia Geral da União já reconheceu, em parecer próprio, a impossibilidade de se aplicar o princípio da legalidade como obstáculo à

¹¹⁰ “A técnica de ponderação encontra aplicação recente tanto nos países da *commom law*, como do sistema europeu, como forma de controle da discricionariedade administrativa e de racionalização dos processos de definição do interesse público prevalente. Nesse processo, os juízos de ponderação deverão ser guiados pelo princípio da proporcionalidade.” BINENBOJM, 2008, p. 84.

¹¹¹ “A exigência de autorização legislativa específica se afigura exageradamente legalista e deve ceder aos imperativos da eficiência administrativa.” MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 21.

¹¹² LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.99.

¹¹³ “A obra clássica de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito demonstra fartamente a correção desta leitura, comentando princípios latinos de interpretação: Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus - onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir’ - Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas’(16ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 246). Há ainda diversos outros brocados latinos que autorizam essa mesma conclusão, com as seguintes: *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit - quando a lei quis determinou; sobre o que não quis guardou silêncio’ - Specialia generalibus insunt - ó que é especial acha-se incluído no geral”* GOLDSCHMIDT. 1999, p. 49.*

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 249.

aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos, quando estes se mostrarem mais eficientes e adequados em relação à prestação judicial¹¹⁵.

Conclui-se, portanto, que os atos do Administrador Público devem estar conectados com os objetivos disciplinados pelo constituinte, à luz das regras e princípios expostos pela Carta Magna nacional, e não meramente ao direito infraconstitucional positivado. E, ademais, princípio da legalidade está estritamente vinculado e relacionado com os demais princípios constitucionais, dentre os quais destacam-se o da impessoalidade, moralidade, publicidade e razoabilidade/proporcionalidade¹¹⁶.

O outro principal obstáculo que usualmente costuma ser apontado em desfavor da utilização da arbitragem pelo Poder Público para resolução de controvérsias tributárias é a indisponibilidade de seus interesses, bem como de seus créditos.

No entanto, Joel Dias Figueira Júnior ensina que o princípio da indisponibilidade do interesse público não é absoluto:

(...) no que tange às pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Autarquias), em linha de princípio estão excluídas da possibilidade jurídica de solucionar conflitos internos através da arbitragem, em face da indisponibilidade dos bens da Fazenda Pública, donde decorre o interesse público que é insito à própria lide. Nada obstante o princípio não é absoluto, porquanto a exceção pode encontrar previsão legislativa¹¹⁷.

É importante ter em mente, ainda, a distinção entre os interesses públicos primários e os secundários. Aqueles promovem e concretizam valores eleitos pela

¹¹⁵ “(...) caem por terra obstáculos, quanto à possibilidade de conciliação em matéria tributária, pautados na suposta infração ao princípio da legalidade, ao se compreender que a advertência jurídica acerca da legalidade estrita, fundamento do direito tributário, resta imaculada com o advento da conciliação. (...) resguarda a seara tributária os atos administrativos praticados e o patrimônio individual da tributação.” Advocacia Geral Da União. Parecer AGU/SRG 01/2007, emitido no processo n. 00407.001676/2007-22. p. 5.

¹¹⁶ “Em matéria de arbitragem, o argumento de indispensabilidade de autorização legislativa específica para a Administração Pública figurar como parte em procedimento arbitral, fundada na legalidade administrativa clássica, e a invocação da indisponibilidade do interesse público como obstáculo à sujeição de contratos administrativos à via arbitral, não resistem, como se verá adiante, ao juízo de proporcionalidade resultante da ponderação, mesmo em abstrato de valores e interesses constitucionais aplicáveis a tais relações contratuais.” GAMA JÚNIOR, Lauro. **Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas** (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-158, jul. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43331>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

¹¹⁷ JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: RT, 1997, p. 107.

sociedade como um todo, enquanto estes estão relacionados aos interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades¹¹⁸.

Dessa forma, os interesses secundários e os bens e direitos eminentemente patrimoniais do Estado têm por finalidade servir à disposição do ente público para concretização dos interesses primários¹¹⁹.

Para Selma Maria Ferreira Lemes, os interesses primários são evidentemente indisponíveis. Os interesses secundários - instrumentais e derivados, por sua vez, têm natureza instrumental, características patrimoniais e são usados para o fim de concretizar a execução dos primários. Isto é, os interesses secundários podem ser assim entendidos como a atividade meio para se atingir os fins públicos e, dessa forma, são, por óbvio, suscetíveis de apreciação arbitral¹²⁰¹²¹.

Nesse cenário, Ada Pellegrini Grinover aduz que “ *há um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas aceitável, porém, mais que isso, recomendável como alternativa ao litígio judicial*”. Segundo ela, “ *são disponíveis, nessa linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham a expressão patrimonial*”¹²².

A autora defende, ainda, a necessidade de a Administração buscar a resolução das controvérsias de modo mais rápido e eficaz, em especial no que diz respeito às divergências que tratam de direitos patrimoniais disponíveis e de cláusula econômicas e financeiras¹²³.

¹¹⁸ MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 27.

¹¹⁹ Id., p. 27.

¹²⁰ O acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 303.806 /RO, de relatoria do Ministro Luiz Fux, menciona: “os direitos secundários ou derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar os interesses primários”, eis sua ementa: “Processual civil. Recurso especial. Intervenção do Ministério Público em ação reparatoria de danos morais. Desnecessidade. [...] 3. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado ‘interesse público secundário’. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 3. O Estado, quando atestada sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 4. Deveras, **é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.** Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis, (...)” (REsp 303.806/RO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/03/2005)

¹²¹ LEMES, 2007, p. 131.

¹²² “Em nenhum momento olvida-se do princípio da indisponibilidade do interesse público. Muito ao contrário, ele se faz presente quando o administrador público, na iminência de um conflito contratual, o resolve tendo por balizas os princípios da economicidade, razoabilidade, motivação e principalmente da continuidade do serviço público.” GRINOVER, 2003, p. 385.

¹²³ Ibid., p. 383.

Assim, nas lições de Monteiro e Castro, os interesses públicos primários seriam prejudicados, caso não se admita a possibilidade de disposição dos interesses públicos secundários pela Administração:

(...) entender pela indisponibilidade da Administração acerca de interesses públicos secundário (entendidos, repita-se, como atividades meio em busca de fins públicos) inviabilizaria a prática de quaisquer atividades públicas e colocaria em risco a própria saúde financeira do Estado.¹²⁴

Além disso, segundo os autores não se pode admitir que a simples ausência de autorização legal expressa seja um obstáculo à submissão do Poder Público à arbitragem, em especial quando referido procedimento se mostrar instrumental e/ou favorável à concretização de interesses públicos primários, respeitando-se, assim, o princípio da eficiência da administração pública¹²⁵, bem como a garantia de desenvolvimento nacional¹²⁶.

Diante do exposto, conclui-se que é possível a submissão de conflitos tributários ao procedimento arbitral, não havendo que se falar em desrespeito aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do crédito fiscal¹²⁷. No capítulo a seguir, analisar-se-á a efetiva inclusão da arbitragem como meio de resolução de conflitos tributários.

4. A ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS

É certo que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta, hoje, uma crise cíclica, de modo que a alta taxa de litigiosidade estatal gera um aumento progressivo nos níveis de congestionamento dos tribunais¹²⁸. Não apenas de congestionamento, mas também de litigiosidade.

¹²⁴ MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 27-28.

¹²⁵ De acordo com Hely Lopes Meirelles, o dever de eficiência da administração consiste na exigência de resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros. MEIRELLES, Hey Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹²⁶ MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 27-28.

¹²⁷ “A utilização da arbitragem em matéria tributária não afasta a incidência dos princípios da legalidade e indisponibilidade do crédito fiscal, uma vez que todo o procedimento em questão ocorreria integralmente dentro dos limites da lei instituidora de tal instrumento alternativo, sem qualquer espaço para argumentação de que o ente tributante estaria deixando de aplicar a lei ao caso concreto, ou renunciando ao crédito tributário devido.” Ibid., p. 29

¹²⁸ OLIVEIRA, 2019, p. 28.

No entanto, apesar da conhecida morosidade, dos altos custos e baixos índices de confiabilidade desse sistema, o Judiciário ainda é apontado como principal caminho para efetiva solução de conflitos existentes na sociedade. Ou seja, o estado-juiz claramente não é eleito como o meio mais adequado para resolução de controvérsias, porém é tido como o único capaz de propiciar uma solução válida e oficial, com respaldo no ordenamento jurídico positivado¹²⁹.

Nesse contexto, Ada Pellegrini Grinover defende que a busca por novos caminhos equivalentes de resolução extrajudicial de conflitos é importante quando o objetivo é superar a crise estrutural que acomete o Poder Judiciário brasileiro. Afinal, substitui e evita o processo judicial¹³⁰.

A Autora ressalta, ainda, que nem sempre o Judiciário é capaz de proporcionar uma efetiva pacificação dos conflitos, o que revela a importância e a relevância do papel atribuído às soluções alternativas de resolução de litígios¹³¹. Desse modo, um dos caminhos válidos encontrados é a adoção da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos.

4.1. APONTAMENTOS SOBRE A VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Retomando o conceito de arbitragem elucidado acima, trata-se de método heterocompositivo de resolução de conflitos, que objetiva a promoção de uma alternativa para solucionar controvérsias altamente complexas e técnicas, por profissionais especializados, os árbitros.¹³² Embora, a arbitragem não sirva precipuamente para desafogar o judiciário, é um mecanismo sofisticado para resolução de conflitos de maior complexidade com a presença de um técnico especializado¹³³.

¹²⁹ OLIVEIRA, 2019. p. 28.

¹³⁰ GRINOVER, 2003. p. 377.

¹³¹ Ibid., p. 377.

¹³² SOMBRA, Thiago Luís. **A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC**. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190, t.2.m p. 263-277, abr/jun. 2011. p. 263. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242958/000940009.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> Acesso em 16 de novembro de 2019.

¹³³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.

Tiago Sombra aponta que o procedimento arbitral “*visa atenuar o trânsito processual e evitar a crescente carga de processos que ameaça inviabilizar o funcionamento dos tribunais*”¹³⁴.

A análise histórica mostra que o instituto da arbitragem não é novo¹³⁵ e está presente na legislação brasileira desde, pelo menos, o século XIX¹³⁶. Em realidade, pode-se dizer, inclusive, que a arbitragem precedeu a ideia do monopólio da jurisdição estatal e, segundo Grinover, “*o próprio Estado e sua respectiva atividade legislativa e judiciária*”¹³⁷⁻¹³⁸.

Na experiência brasileira, a resistência à arbitragem é algo cultural, ligado, especialmente, à linha conservadora de noção de estado adotada pela doutrina majoritária¹³⁹. E, nesse contexto, o princípio da indisponibilidade do interesse público aparece como um dos principais argumentos contrários à adoção do procedimento arbitral pela Administração.

Ocorre que, como exposto acima, os interesses públicos, de acordo com a distinção jus-filosófica, podem ser diferenciados em primários ou secundários. Estes devem ser considerados disponíveis e, conseqüentemente arbitráveis, uma vez que têm como principal objetivo gerar patrimônio e riqueza¹⁴⁰, bem como garantir a execução daqueles.

¹³⁴ SOMBRA, 2011, p. 264.

¹³⁵ “*Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na ordo judiciorum privatorum: o processo das legis actiones e o processo das per formulas. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realiza (754 a.C.) ao surgimento da cognitio extraordinária sob Diocleciano (século II d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um iudex ou arbiter, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado arbiter, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício.*” DELGADO, José Augusto. **A arbitragem no Brasil** – Evolução histórica e conceitual. 2011. Disponível em < http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf >. Acesso em 24 de novembro de 2019.

¹³⁶ Cf. Capítulo 3 do presente trabalho.

¹³⁷ GRINOVER, 2003, p. 2.

¹³⁸ “*As considerações mostram que, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) a autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido que a entendemos hoje).*” Cintra - Grinover - Dinamarco, **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 22.

¹³⁹ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Luz no fim do túnel: a arbitragem e a transação tributária. **Entrevista realizada por Bárbara Pombo para o JOTA/UOL** em 6 de fev. de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/luz-fim-tunel-arbitragem-e-transacao-tributaria>>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

¹⁴⁰ PASINATTO, Ana Paula. Conjecturas sobre a possibilidade de inserção da arbitragem no direito tributário brasileiro partindo de uma análise portuguesa. **Anais da XIX Jornada de Iniciação Científica**, Curitiba, v.1, n. 8, p. 23-44, 2017. p. 62. Disponível em

Além disso, é reprovável a utilização, por si só, do princípio da indisponibilidade dos interesses da Administração Pública para vedar a utilização da arbitragem por entes estatais. Isso porque os árbitros, assim como os juízes togados, aplicarão a lei ao caso concreto que lhes é submetido, em observância ao ordenamento jurídico posto e, principalmente, aos princípios constitucionais que regem a vida em sociedade¹⁴¹.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu no sentido de que é permitido aos agentes estatais socorrerem-se à arbitragem, sem violar o princípio da indisponibilidade que rege seus interesses. No julgamento do agravo regimental no Mandado de Segurança n. 11.308, o relator, então ministro do STJ, Luiz Fux, acolheu a tese de que, ao optar pela adoção do procedimento arbitral, o ente público não está transigindo ou dispondo de seu interesse, mas apenas elegendo uma via alternativa para solucionar a divergência existente¹⁴².

E, ainda, a própria lei de Arbitragem, em seu artigo 1º, prevê que “*administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”¹⁴³.

Não se pode dizer, também, que a arbitragem ofende os princípios da inafastabilidade do controle judicial e nem do juiz natural. Isso porque, em momento algum, a arbitragem é imposta às partes, pelo contrário, cabe a elas escolher se querem submeter seu conflito à jurisdição estatal ou a um tribunal arbitral¹⁴⁴.

<<http://www.petdireito.ufpr.br/index.php/anais-da-xix-jornada-de-iniciacao-cientifica-curitiba-v-1-n-8-p-23-44-2017-2/>> Acesso em 16 de novembro de 2019.

¹⁴¹ SOMBRA, 2011, p. 57.

¹⁴² BRASIL. STJ - AgRg no Mandado de Segurança: 11308/DF 2005/0212763-0. “(...) não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. (...) reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' (...) distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado interesse público secundário. (...) 'Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 28/06/2006, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJ 14/08/2006, p. 251

¹⁴³ BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.html>. Acesso em 16 de novembro de 2019.

¹⁴⁴ “A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo Poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral.” NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 10.03.1999. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1.726.

Na mesma linha, Geraldo Brindeiro defendeu a possibilidade de as partes optarem, de forma expressa e voluntária, por não submeter seu conflito ao Poder Judiciário. Veja-se:

Penso ainda que a Lei 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela CF, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma faculdade inerente à própria personalidade' (Cândido Rangel), não um dever.

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito'. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados deverão sempre levar ao Judiciário suas demandas.¹⁴⁵

Assim, não se verifica a existência de óbices capazes de infirmar a possibilidade de as partes, por expressa manifestação de vontade, constituírem um juiz privado que atue em conformidade com os preceitos dos bons costumes, ordem pública e disponibilidade de bens¹⁴⁶.

E, portanto, ainda que represente uma pequena abertura no monopólio da atividade jurisdicional, o sistema arbitral traz como benefícios a desestatização dos litígios aliada à desformalização de controvérsias. Tiago Sombra aduz que esse instituto não é "*um poder paralelo ao judiciário*", mas o que pretende a lei é criar um procedimento alternativo e concorrente em relação ao Poder Judiciário, que seja responsável pela declaração e realização do direito¹⁴⁷. Nesse sentido, "*a arbitragem visa tão somente conceder novos caminhos, ainda que tímidos, pelos quais as lides poderão ser resolvidas*"¹⁴⁸.

Também são apontadas como vantagens substanciais da arbitragem a consagração da autonomia das partes, celeridade, sigilo, irrecorribilidade das sentenças arbitrais, custo proporcionalmente mais baixo ao dano que poderia ser causado pela demora da máquina judiciária, tecnicidade na resolução do conflito e

¹⁴⁵ Parecer 8.062GB sobre a SE 5.206-8/246/GB; Wald,2000.

¹⁴⁶ SOMBRA, 2011, p. 274.

¹⁴⁷ Ibid., p. 276.

¹⁴⁸ CARMONA. 2004, p. 39.

possibilidade de escolha das regras, processuais e materiais, de direito aplicáveis ao procedimento¹⁴⁹.

E, ainda, incluem-se nas vantagens do processo arbitral a democratização do acesso à justiça arbitral, a redução do número de entrada de processos no Judiciário, a diminuição da duração média da resolução processual, atração de investimentos econômicos, previsibilidade dos custos e do tempo¹⁵⁰.

É de se destacar, por fim, que a Lei de Arbitragem sanou inúmeras falhas do procedimento, que antes era disciplinado, essencialmente, pelo Código Civil de 1916.

Referido diploma legal condicionava a sentença arbitral à homologação pelo Poder Judiciário, o que acabou por anular possíveis vantagens oferecidas pelo instituto da arbitragem. O processo arbitral mostrava-se ineficiente, uma vez que as decisões proferidas pelas árbitros dependiam da chancela do Poder Judiciário, como explica Carlos Alberto Carmona:

A necessidade de homologação do laudo arbitral, por sua vez, destruía as vantagens da arbitragem: o custo do processo acabava acrescido das despesas carregadas com a demanda perante o Poder Judiciário; a celeridade esperada para a solução do litígio ficava totalmente comprometida, eis que, apesar da simplicidade (aparente) do procedimento homologatório, a sentença, proferida pelo juiz togado – oficializado ou não o laudo – desafiava recurso de apelação, que, por sua vez, poderia abrir as portas ao recurso especial e/ou recurso extraordinário (...).¹⁵¹

Ou seja, “*se a função do juízo arbitral era fulminar a lide de modo mais rápido e preciso, fora do âmbito judicial, os fatos demonstram que, na prática, tais efeitos não ocorreram*”¹⁵². Desse modo, recorrer à arbitragem não se mostrava interessante ou vantajoso às partes, pois teriam que enfrentar a lentidão e onerosidade do sistema Judiciário de qualquer forma para fazer valer a decisão proferida pelo árbitro¹⁵³.

A Lei de Arbitragem, por sua vez, consagrou três principais mudanças importantes: (i) possibilidade de instituição de procedimento arbitral por meio da cláusula de arbitragem; (ii) equiparação da sentença arbitral à judicial, o que acabou com a necessidade de homologação da pronúncia arbitral pelo estado-juiz; e (iii) acabou com o procedimento de dupla homologação pelo Supremo Tribunal Federal,

¹⁴⁹ SOMBRA, *op. cit.*, p. 267.

¹⁵⁰ PASINATTO, 2017, p. 58-59.

¹⁵¹ CARMONA, 1997, p. 46

¹⁵² SOMBRA, 2011, p. 264.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 266.

de modo que o Superior Tribunal de Justiça apenas homologará as sentenças estrangeiras que ainda não tenham sido homologadas por sentença judicial em seu respectivo país de origem¹⁵⁴.

Nesse contexto, Monteiro e Castro afirmam que o “*poder de instituir arbitragem deixa de ser uma faculdade e, diante do cenário jurídico caótico e instável atual, passa a ser uma necessidade*”¹⁵⁵.

Inclusive, importa destacar que a arbitragem vem sendo reconhecida como meio apto à resolução de conflitos em vários países, como Portugal, Espanha, Estados Unidos, entre outros.¹⁵⁶

4.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUAS VANTAGENS

A arbitragem, por si só, é um tema que desperta muita divergência no cenário jurídico brasileiro atual. Isso porque, como exposto acima, ainda existe uma resistência da sociedade em confiar a resolução de seus conflitos a procedimento alheio e independente do Poder Judiciário, apesar de sua conhecida morosidade e ineficiência.

No que respeita ao Direito Tributário, a adoção do instituto da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias é ainda mais controvertida. O principal argumento utilizado por aqueles que se opõem à adoção do procedimento arbitral é a suposta indisponibilidade do crédito tributário.

Esse argumento, contudo, não se sustenta, pois não há que se falar em indisponibilidade do crédito tributário, tendo em vista que este possui caráter de interesse público secundário¹⁵⁷. Isto é, a principal finalidade das exações fiscais é gerar riqueza para o Estado a fim de que seja possível garantir a execução de seus interesses primários, estes sim indisponíveis.

Conclui-se que o crédito tributário, na categoria de interesse secundário da Administração, é disponível e, portanto, arbitrável¹⁵⁸.

¹⁵⁴ SOMBRA, 2011, p. 266.

¹⁵⁵ MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 33-38.

¹⁵⁶ Indica-se, para leitura, a obra: RIBAS, Lídia Maria. Arbitragem fiscal no ambiente do CAAD: Uma proposta para o Brasil. **Revista de Arbitragem Tributária**. Portugal: CAAD, Jun., 2015. p. 31-37.

¹⁵⁷ Vide capítulo 3 do presente trabalho.

¹⁵⁸ PASINATO, 2017. p. 61.

Ainda que assim não fosse, o Código Tributário Nacional, lei complementar¹⁵⁹ que dispõe sobre os aspectos gerais tributários, a realização de anistia, remissão e transação em matéria fiscal. Dessa forma, de acordo com Priscila Faricelli de Mendonça, fica claro que “se os governos podem criar anistias – frequentemente programas de parcelamento estaduais, municipais, federais com descontos – e dispor do crédito tributário fica claro que não é um bem indisponível”¹⁶⁰.

Ademais, nem se poderia dizer que, ao optar por submeter o conflito tributário ao juízo arbitral, as partes estariam dispondo e/ou transigindo a respeito do crédito tributário¹⁶¹. Ao contrário, quando escolhem utilizar-se da arbitragem, estão apenas elegendo a via pela qual preferem solucionar sua controvérsia¹⁶².

Reconhecido, portanto, o caráter patrimonial do crédito tributário, verifica-se que está devidamente preenchido o requisito da arbitrabilidade objetiva, independente do requisito da disponibilidade¹⁶³. Quanto à condição subjetiva, já restou demonstrado que não há qualquer impedimento apto a infirmar a possibilidade de a Administração Pública utilizar-se da arbitragem como meio alternativo à solução de conflitos, o que é inclusive garantido pela própria Lei de Arbitragem.

¹⁵⁹ A Magna Carta recepcionou o CTN com eficácia de lei complementar “ratione materiae” – art. 146, inciso III, CF.

¹⁶⁰ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Luz no fim do túnel: a arbitragem e a transação tributária. Entrevista realizada por Bárbara Pombo para o JOTA/UOL em 6 de fev. de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/luz-fim-tunel-arbitragem-e-transacao-tributaria>>. Acesso em 21 de novembro de 2019.

¹⁶¹ “ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde como mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.” WALD, Arnold; CARNEIRO, Athlos Gusmão; ALENCAR, Miguel Tostes de; e DOUTRADO, Rui Janoni. Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista. In **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, no 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, p. 418.

¹⁶² “Ademais, o uso da arbitragem no direito tributário não importa a renúncia ou a disponibilidade do crédito tributário. As partes, em nenhum momento, ao submeterem um conflito ao procedimento arbitral, estão dispondo do crédito tributário nem de nenhum elemento da obrigação tributária, apenas elegendo a via pela qual preferem solucionar sua controvérsia.” PASINATO. 2017, p. 62-63

¹⁶³ “(...) podem ser objeto de arbitragem todas as questões que versem sobre interesses eminentemente patrimoniais, cujo conflito poderia ser resolvido diretamente pelas partes, independentemente de ingresso em juízo.” TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do Interesse Público: consequências Processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. [S.l.]: Re Pro 264, 2017. p. 88.

Assim, nas palavras de Luciano Gomes Filippo “ *a utilização de meios alternativos é vital nos sistemas em que a litigiosidade é alta*”¹⁶⁴. O direito tributário, por sua vez, é “ *excessivamente minucioso, prolixo, casuístico e obscuro, abrangendo inúmeros regimes ou normas especiais*”¹⁶⁵, o que o torna um campo extremamente fértil para a proliferação de conflitos.

Priscila Faricelli de Mendonça sustenta que o procedimento arbitral proporcionaria uma maior confiabilidade às decisões em matéria tributária, em razão de sua alta tecnicidade. Além disso, haveria redução no tempo de resposta, o que garantiria maior segurança tanto para os contribuintes, como para o Fisco. Além de diminuir os riscos financeiros a que estão submetidos os envolvidos¹⁶⁶.

Nesse cenário, atestada a legitimidade da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos, resta saber como se daria a sua implementação em matéria fiscal.

Inicialmente, o primeiro questionamento diz respeito à necessidade de edição de lei complementar para regular o procedimento arbitral tributário. Em primeira análise, poder-se-ia dizer que bastaria lei ordinária sobre o tema. Mendonça aponta que não se exige lei complementar para dispor sobre o processo tributário, que é basicamente regulado pelo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105), Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/1980) e o Decreto n. 70.235 que dispõe sobre o processo administrativo fiscal¹⁶⁷.

No entanto, deve se ter em mente que as hipóteses de extinção do crédito tributário apenas podem ser previstas em Lei Complementar, conforme estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 146 ¹⁶⁸⁻¹⁶⁹. Assim, caso não haja edição de Lei Complementar, ou alteração no Código Tributário Nacional, a arbitragem tributária

¹⁶⁴ FILIPPO, Luciano Gomes. **A Performance no Direito Tributário**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 330-333.

¹⁶⁵ LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Solución Convencional de Conflictos en el Ambito Tributário: Una Propuesta Concreta**. In.: TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 294.

¹⁶⁶ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Luz no fim do túnel: a arbitragem e a transação tributária**. Entrevista realizada por Bárbara Pombo para o JOTA/UOL em 6 de fev. de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/luz-fim-tunel-arbitragem-e-transacao-tributaria>>. Acesso em 21 de novembro.

¹⁶⁷ MENDONÇA, 2013. p. 87.

¹⁶⁸ “ *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;*” Constituição BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 de novembro de 2019.

¹⁶⁹ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 87.

não se mostraria eficaz e/ou adequada para tratar das controvérsias em que já há crédito fiscal devidamente constituído.

Considerando a edição de Lei Complementar instituindo a arbitragem tributária, Mendonça defende que tanto as questões anteriores, quanto posteriores à constituição do crédito tributário podem ser submetidos ao rito arbitral. Além disso, também são arbitráveis pleitos relacionados a dúvidas sobre a aplicação e a extensão dos efeitos da legislação e das instruções normativas editadas pela Receita Federal¹⁷⁰.

As discussões que envolvem a constitucionalidade e a interpretação das leis continuam a ser de competência exclusiva do Poder Judiciário, especificamente dos Tribunais Superiores¹⁷¹. No entanto, o tribunal arbitral pode afastar a aplicação de determinado dispositivo legal cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida pelo tribunal competente, no caso o Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha, Antonio de Souza Ribas ensina que a arbitragem apenas pode (i) ser utilizada para matérias de valoração jurídica incerta; e (ii) tratar de questões eminentemente de direito. Veja-se:

O procedimento arbitral não pode afrontar os princípios da legalidade, nem da indisponibilidade do crédito tributário, portanto algumas condições têm que ser observadas: a) a solução arbitral só pode ser válida para decisões relacionadas com matérias de valoração jurídica incerta como – presunções, apreciações quantitativas que envolvam algum grau de subjetividade (como por exemplo, preços de mercado, preços correntes, custos correntes, etc.), apreciações qualitativas que envolvam algum grau de subjetividade, não havendo mecanismo para precisar os fatos (como por exemplo, a relação de causalidade de gasto com a atividade produtora de renda, imputação de custos ou gastos de atividades gravadas ou isentas, natureza jurídica do fato ou do ato, manobras de elisão do tributo, conceitos indeterminados – amortizações, preços de transferência, etc.), métodos indiretos de taxação de bases imponíveis; b) os árbitros só podem tratar as questões em direito, jamais por equidade, devendo existir uma estreita sujeição das provas à norma.¹⁷²

Ademais, parece claro dizer que a arbitragem tributária obedecerá, necessariamente, aos princípios constitucionais, em especial cita-se o devido processo legal, a legalidade, a razoabilidade e proporcionalidade, contraditório,

¹⁷⁰ Ibid., p. 103.

¹⁷¹ MENDONÇA, 2013, p. 87.

¹⁷² RIBAS, Antonio de Souza; RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 60, São Paulo: 2015, p. 223.

isonomia, dentre outros¹⁷³. Outro ponto controvertido a respeito da arbitragem tributária é a compatibilização entre o princípio da publicidade, que rege todos os atos do poder público, e a sigiliosidade, um dos elementos fundamentais do processo arbitral.

Carlos Alberto Carmona explica que, em realidade, este seria apenas um falso dilema. A confidencialidade não é um aspecto essencial e intrínseco da arbitragem, pelo contrário, cabe às partes optarem ou não pela sigiliosidade do procedimento¹⁷⁴.

Assim, em causas que envolvem o Poder Público, o princípio da publicidade deve ser privilegiado em detrimento do sigilo do rito arbitral. Inclusive, essa postura está em consonância com os demais princípios constitucionais, como a legalidade e a razoabilidade.

Especificamente no que se refere ao Direito Tributário, também não se revela adequada a adoção de um procedimento sigiloso. A arbitragem tributária deverá, portanto, ser pública e acessível, salvo eventuais exceções legais, a fim de garantir a efetividade do sistema de tributação¹⁷⁵.

Por outro lado, uma das características essenciais da arbitragem é a possibilidade de as partes definirem todas as regras procedimentais que regerão o processo arbitral. Assim, ao optarem pela utilização da arbitragem, as partes podem (i) definir todas as regras que deverão orientar o julgamento do conflito; (ii) aplicar regras de algum órgão arbitral institucional; ou (iii) deixar ao alvedrio do árbitro a disciplina do procedimento¹⁷⁶. Essa faculdade é apontada pela doutrina como uma das maiores vantagens da arbitragem¹⁷⁷.

No âmbito tributário, não se observa nenhum impedimento legal ou constitucional capaz de gerar dúvidas razoáveis acerca da aplicação dessa faculdade no procedimento fiscal arbitral. De acordo com Priscila Faricelli de Mendonça, os aspectos essenciais da arbitragem são definidos pelas partes, de modo que engessar

¹⁷³ “ A arbitragem é regida pelos princípios, em especial, da autonomia da vontade, boa fe, tutela jurisdicional, devido processo legal, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, autonomia da clausula compromissória.” LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da lei de arbitragem, **Revista do Advogado**, Associação dos Advogados de São Paulo – ASSP, São Paulo, n. 51, p. 32-35.

¹⁷⁴ CARMONA, 2004, p. 67.

¹⁷⁵ MENDONÇA, 2013, p. 116.

¹⁷⁶ CARMONA, *op. cit.*, p. 202.

¹⁷⁷ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 116.

essa escolha mediante pré-definições legais seria mitigar característica essencial da arbitragem¹⁷⁸.

A esse respeito Carlos Alberto Carmona explica que a escolha das regras procedimentais é livre, mas o árbitro deve zelar pela observância e respeito aos princípios que regem o devido processo legal¹⁷⁹.

A possibilidade de escolha dos árbitros pelas próprias partes é outra característica fundamental da arbitragem, apontada pela doutrina. Inclusive, os litigantes não estão obrigados a optar necessariamente por um árbitro da área jurídica, mas podem escolher especialistas na área de sua controvérsia¹⁸⁰⁻¹⁸¹⁻¹⁸².

Essa possibilidade se justifica pelo fato de que a tecnicidade dos árbitros é essencial para garantir o resultado esperado na arbitragem¹⁸³. Para Paulo Osternack Amaral *“nada mais natural do que se esperar uma decisão tecnicamente mais adequada, mais precisa do que a que seria prolatada no Judiciário”*¹⁸⁴.

Ainda sobre a escolha dos árbitros, Priscila Faricelli de Mendonça defende que, no âmbito das controvérsias tributárias, seria mais interessante a escolha de um tribunal arbitral, composto por um número ímpar de árbitros. Segundo ela, *“a decisão tomada por maioria é mais certa e segura, sobretudo ao se considerar que o mérito da decisão arbitral não poderá ser revisto pelo Judiciário”*¹⁸⁵.

¹⁷⁸ “Acerca da importância da maleabilidade do procedimento da arbitragem, a norma portuguesa que instituiu o procedimento no país, salienta que o engessamento do procedimento poderia atrapalhar a necessária celeridade do processo arbitral, prescrevendo um ‘processo sem formalidades especiais’. Seriam, em suma, os aspectos essenciais a ser objeto de acordo entre as partes e, ao que parece, não seria viável engessar tais escolhas mediante pré-definição legal, sob pena de mitigar característica essencial da arbitragem.” MENDONÇA, 2013, p. 119.

¹⁷⁹ CARMONA, loc. cit.

¹⁸⁰ “(...) é importante que os árbitros detenham conhecimento técnico específico na área de atuação”. MENDONÇA, 2013, p. 122.

¹⁸¹ “(...) de fato, considerando não haver exigência de o árbitro ter formação jurídica, a especialidade do árbitro pode estar ligada a uma grande diversidade de fatores, como a expertise técnica de uma determinada área ou simplesmente o conhecimento, ainda que leigo, dos costumes e práticas comerciais de determinado setor. Nesse sentido, por exemplo, um engenheiro pode estar credenciado para uma disputa envolvendo a conclusão de uma obra ou um comerciante experiente habilitado para decidir uma questão relativa à qualidade do algodão em um determinado contrato de fornecimento” SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. 1.ed. São Paulo: Forense, 2011, p. 49-50.

¹⁸² MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Luz no fim do túnel: a arbitragem e a transação tributária. Entrevista realizada por Bárbara Pombo para o JOTA/UOL em 6 de fev. de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/luz-fim-tunel-arbitragem-e-transacao-tributaria>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

¹⁸³ MENDONÇA, 2013, p.121.

¹⁸⁴ AMARAL, Paulo Osternack. **Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público**. PEREIRA, Cesar Augusto; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 333.

¹⁸⁵ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 121.

Nesse contexto, Priscila Faricelli de Mendonça aduz que o tribunal arbitral não deve ser composto com maioria do fisco ou do contribuinte, mas é necessária a presença de ao menos um representante da Fazenda Pública. No entanto, ela alerta que já existem no Brasil órgãos compostos de representantes do Fisco e dos contribuintes, os órgãos paritários administrativos, de modo que a composição do tribunal arbitral deve ser formulada com cuidado para que não se acabe por criar apenas um novo tribunal administrativo¹⁸⁶.

Definidas as regras procedimentais e a composição do tribunal arbitral, o rito correrá em seu curso natural. Os litigantes apresentarão seus argumentos fáticos e jurídicos, o árbitro decidirá pela necessidade ou não de produção de provas e, por fim, o processo será encerrado com a prolação da sentença.

A sentença arbitral, segundo Carmona, é o ato mais relevante do árbitro durante o processo¹⁸⁷. E, assim, como a judicial, deve ser dotada de imparcialidade, efetividade, especialidade e exequibilidade¹⁸⁸. Importa lembrar, ainda, que os efeitos produzidos pelas sentenças arbitrais são equiparados aos judiciais¹⁸⁹. Inclusive, o Código de Processo Civil define a sentença arbitral como título executivo judicial¹⁹⁰.

No entanto, cita-se as lições de Mendonça no sentido de que a decisão judicial é dotada de coercibilidade, enquanto a arbitral não possui referido efeito. Desse modo, caso não seja prontamente cumprida pelas partes, a decisão arbitral prescindirá de ordem emanada pelo Poder Judiciário para se fazer efetiva¹⁹¹.

Por outro lado, é certo que uma grande vantagem da sentença arbitral é a sua tecnicidade e especificidade. Mendonça, inclusive, defende que a especialidade da

¹⁸⁶ “ Há no Brasil, no entanto, órgãos paritários administrativos, compostos equitativamente por julgadores representantes do fisco e dos contribuintes, e suas decisões são submetidas ao Judiciário quando desfavoráveis ao contribuinte mediante iniciativa do mesmo ou, alternativamente, caso não seja pago o débito, mediante iniciativa privativa da pessoa jurídica de direito público com o ajuizamento de executivo fiscal. A adoção de arbitragem para julgamento por órgão paritário, desse modo, não diferenciaria a arbitragem do julgamento pelas instâncias superiores administrativas. Deve-se, assim, formular a composição arbitral de forma que não se constitua novo tribunal administrativo.” MENDONÇA, 2013. p. 121.

¹⁸⁷ “ (...) a sentença arbitral, da mesma forma que a sentença proferida pelos órgãos jurisdicionais estatais, é o ato através do qual o julgador põe fim ao processo.” CARMONA, 2004. p. 222.

¹⁸⁸ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁹ “ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” BRASIL. Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.html>. Acesso em 24 de novembro de 2019.

¹⁹⁰ “ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII - a sentença arbitral” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 24 de novembro de 2019.

¹⁹¹ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 125.

decisão proporciona maior confiabilidade das partes¹⁹². Além disso, vale lembrar que a sentença arbitral é irrecorrível e vinculará tanto o fisco como o contribuinte.

Nesse ponto, merece análise o fato de que a arbitragem é procedimento independente e alheio ao Poder Judiciário. Todavia, em alguns momentos será necessária a intervenção do sistema estatal, como nos casos de anulabilidade da sentença proferida ou quando for necessário atribuir-lhe efeito coercitivo¹⁹³.

Ou seja, como ensina Priscila Faricelli de Mendonça, “na arbitragem tributária a revisão judicial dependerá de falhas viscerais do procedimento arbitral e está jungida às hipóteses legais”¹⁹⁴. As hipóteses legais a que se refere a Autora são aquelas trazidas taxativamente pelo artigo 32 da Lei de Arbitragem, a saber: (i) nulidade da convenção de arbitragem; (ii) incompetência do árbitro; (iii) ausência dos requisitos previstos pelo art 26 da Larb; (iv) desrespeito aos limites da convenção de arbitragem; (v) comprovação de prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (vi) desrespeito ao prazo estabelecido para apresentação da sentença, ou aos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre conhecimento.

Nessa linha, Flávio Yarshell equipara a medida judicial para anular a sentença arbitral e a ação rescisória da decisão judicial, ambas só serão admitidas quando esgotados os esforços para sua integração¹⁹⁵.

Por fim, quanto ao cumprimento da sentença arbitral, Carlos Alberto Carmona explica que, em função do caráter voluntário do procedimento, o que se espera é que as partes cumpram de forma espontânea a decisão proferida pelo árbitro, sem que seja necessária a promoção de execução, como normalmente ocorre nos processos judiciais¹⁹⁶.

¹⁹² MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Luz no fim do túnel: a arbitragem e a transação tributária. **Entrevista realizada por Bárbara Pombo para o JOTA/UOL** em 6 de fev. de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/luz-fim-tunel-arbitragem-e-transacao-tributaria>>. Acesso em 23 de novembro de 2019. (citar trecho da decisão técnica.)

¹⁹³ MENDONÇA, loc. cit.

¹⁹⁴ Ibid., p. 25.

¹⁹⁵ “(...) a ação anulatória prevista pelo art. 32 da Lei de Arbitragem tem caráter subsidiário, entendendo-se como tal o fato de que, enquanto cabível impugnação no âmbito da própria arbitragem contra a solução de mérito, o controle estatal fica obstado” YARSHELL, Flávio. Caráter Subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral. Revista de processo, v. 207, maio/2012, p. 13.

¹⁹⁶ “Espera-se, dado o relacionamento entre os litigantes (que propiciou a solução arbitral, ao invés de conduzir os contudentes ao processo estatal) e por força do princípio da boa-fé que deve orientar o comportamento daqueles que escolhem a via alternativa para a solução da controvérsia, que o laudo seja espontaneamente cumprido, sem a necessidade de intervenção do Judiciário.” CARMONA. 2004, p. 248.

Dessa forma, não cumprida a decisão arbitral desfavorável ao contribuinte, poderá o fisco inscrever o débito reconhecido pelo árbitro em dívida ativa e, posteriormente, promover a ação executiva fiscal. Por outro lado, no caso em que o ente fazendário não cumprir a sentença favorável ao contribuinte, este deverá buscar o judiciário para garantir sua efetiva execução¹⁹⁷.

4.3. BREVE ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N. 4257/2019 DO SENADO FEDERAL

O projeto de Lei n. 4257, de 6 de agosto de 2019, é de autoria do Senador Antonio Anastasia e tem por objetivo a alteração da Lei de Execuções Fiscais, Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, a fim de instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária.

O senador justifica sua proposta com base na crise que o Poder Judiciário enfrenta atualmente, especialmente no que diz respeito às execuções fiscais. Segundo ele, a recuperação do crédito tributário é uma das maiores preocupações dos governos federal, estaduais e municipais, bem como do próprio Poder Judiciário. Além disso, a quantidade de processos que aguardam julgamento nos tribunais do país é, nas palavras de Anastasia, “*alarmante*”.

Dessa forma, o parlamentar defende a necessidade de o Congresso Nacional passar a buscar soluções de desburocratização e desjudicialização de demandas que não deveriam necessariamente ser submetidas ao Poder Judiciário¹⁹⁸. Ele defende que seja feita uma análise da necessidade de intervenção do Estado-juiz na resolução dos conflitos. Assim, “*a legislação só deve prever o processamento de uma ação, se a intervenção do juiz for considerada imprescindível à proteção a um direito fundamental do cidadão*”¹⁹⁹.

Nesse contexto, o Projeto de Lei apresentado prevê a instituição da arbitragem tributária e da execução fiscal administrativa no âmbito das execuções fiscais. Ao

¹⁹⁷ MENDONÇA. 2013, p. 125.

¹⁹⁸ “*Diante desse cenário, é extremamente relevante que o Congresso Nacional passe a discutir soluções que levem à desjudicialização de demandas, ou seja, soluções que retirem alguns assuntos que hoje, em virtude da legislação vigente, estão desnecessariamente sendo processados pelo Poder Judiciário.*” ANASTASIA, Antonio. Projeto de Lei n° 4257, de 2019. Modifica a Lei n° 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>> Acesso em 24 de novembro de 2019.

¹⁹⁹ Ibid., p. 10.

presente trabalho apenas interessa a parte referente à regulação da arbitragem tributária, o que se passará a analisar adiante.

Inicialmente, importa ter em mente que Anastasia condiciona a adoção da arbitragem à existência de lei autorizadora do respectivo ente federado e à antecipação das custas pelo contribuinte²⁰⁰. Assim o procedimento não implicará em ônus adicional à Fazenda Pública.

O referido Projeto de Lei também estabelece que o contribuinte proceda à garantia da execução fiscal, por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, para que então possa optar pela adoção do juízo arbitral no julgamento dos embargos à execução²⁰¹.

Segundo Anastasia, essa exigência se justifica pela circunstância de que, se a Fazenda restar vencedora no julgamento, poderá desde logo levantar o valor depositado e extinguir a execução. Assim, o órgão fazendário se veria livre do ônus de procurar bens ou de se submeter a procedimentos de alienação de bens imóveis e outras modalidades de garantia²⁰².

Quanto à escolha dos árbitros, o PL estabelece que cada árbitro só poderá decidir um processo do mesmo contribuinte no período de um ano²⁰³²⁰⁴. Ademais, o processo arbitral será público e de direito, conduzido por órgão arbitral institucional, cuja idoneidade e competência sejam reconhecidas, com experiência em procedimentos arbitrais²⁰⁵.

Quanto aos honorários advocatícios no processo arbitral, estes serão fixados nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil e não poderão ser superiores à

²⁰⁰ “ Por outro lado, para que não haja ônus adicional à Fazenda Pública, o projeto prevê que, caso o executado opte pelo procedimento arbitral, procedimento que deverá ser autorizado por lei de cada ente federado, ele deverá antecipar as custas.” Ibid., p. 17

²⁰¹ “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.” Ibid., p. 2.

²⁰² Ibid., 17.

²⁰³ “Art. 16-B. Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte por ano.” ANASTASIA, loc. cit.

²⁰⁴ Rui Ribeiro Pereira defende o período de cinco anos, assim como Jorge Lopes de Sousa. Afinal, para eles o período de 2 anos atualmente vigente é insuficiente. PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves Notas sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In.: FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. A Arbitragem Administrativa e Tributária: Problemas e Desafios. Coimbra: Almedina, 2012. p. 198 e SOUSA, Jorge Lopes de. Algumas Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In.: FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. A Arbitragem Administrativa e Tributária: Problemas e Desafios. Coimbra: Almedina, 2012. p. 128.

²⁰⁵ “Art. 16-C. O processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.” Id.

metade do que seriam no processo judicial²⁰⁶. Além disso, as custas, que serão adiantadas pelo executado, não podem ultrapassar o montante fixado a título de honorários²⁰⁷.

É importante destacar que, se for vencido, o ente fazendário deverá ressarcir ao contribuinte o valor referente às custas por ele adiantadas. Veja-se:

Se a Fazenda for vencida, ressarcirá tais despesas na forma da legislação local, e arcará com honorários advocatícios arbitrados consoante previsão do CPC, os quais serão, após definidos, reduzidos pela metade. Os custos com o procedimento arbitral não poderão exceder esse valor. Tem-se, assim, critério que não implica ônus adicional para a Fazenda, caso opte pelo procedimento arbitral e fique vencida.²⁰⁸

Por fim, o Projeto de Lei ora em análise prevê que, nos casos em que a sentença arbitral estiver em dissonância com enunciado de súmula vinculante, ou decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou acórdão de repetitivo ou repercussão geral, as partes poderão recorrer ao Judiciário, a fim de que seja declarada a nulidade da sentença²⁰⁹.

5. CONCLUSÃO

Partindo-se de conjecturas, especulações e proposições, com base no método hipotético dedutivo de Karl Popper²¹⁰, o principal objetivo do presente trabalho é apresentar uma possível solução ao emperramento da máquina judiciária no Brasil, em especial no que se refere ao processo tributário.

A partir da análise de dados estatísticos apresentados pelos próprios tribunais pátrios e órgão pertencentes ao Poder Executivo, concluiu-se que o Poder Judiciário

²⁰⁶ “Art. 16-D. A fixação dos honorários advocatícios no processo arbitral obedece aos critérios do art. 85 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Parágrafo único. O valor final dos honorários advocatícios não pode ser superior à metade do que seria arbitrado no processo judicial.” ANASTASIA, op. cit., p. 3

²⁰⁷ “Art. 16-E. As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado e não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios.” Id.

²⁰⁸ Ibid. p. 17

²⁰⁹ “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 constituição na idade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.” Ibid., p. 3.

²¹⁰ POPPER, Karl. Os primórdios do racionalismo. In.: MILLER, David (org.), **Textos Escolhidos**. Tradução: Vera Ribeiro. Revisão de tradução: César Benjamin. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2010. p. 31; **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 76-77.

não tem, atualmente, condições de proporcionar respostas ágeis, efetivas, técnicas e adequadas aos problemas que lhe são submetidos. Em realidade, o monopólio do Judiciário se mostra como um sistema falido, ineficiente, questionável e moroso.

Especificamente, quanto aos conflitos tributários, restou demonstrado que as soluções judiciais não têm acompanhado, de forma adequada, o seu crescimento. Um bom exemplo dessa situação são as execuções fiscais, que possuem, hoje, as maiores taxas de congestionamento processual do Judiciário. Estudos apontaram que a solução definitiva nos processos executivos fiscais demora, em média, 11 (onze) anos para ser alcançada.

Esse cenário é prejudicial por qualquer ponto de vista. Isto é, o Fisco, por um lado, não consegue recuperar quase nem 2% da dívida ativa, o que acaba por gerar grande desfalque nos cofres públicos. Os contribuintes, por sua vez, se veem desmotivados a recorrer a um sistema ineficiente, em razão da demora da prestação jurisdicional aliada aos altos custos de sua provocação.

Além disso, os processos judiciais levam, em média, 15 (quinze) anos para serem definitivamente julgados. No âmbito tributário, muitas vezes tais processos estão vinculados a garantias judiciais, de modo que muitas vezes é mais interessante ao contribuinte pagar o débito, mesmo quando há dúvida razoável a respeito de sua exigibilidade, em vez de deixar uma garantia parada por anos, sem qualquer segurança ou previsibilidade quanto à decisão final.

Nesse contexto, apresenta-se a arbitragem como um meio alternativo de resolução de conflitos, capaz de produzir decisões mais técnicas e adequadas a cada caso concreto. É certo que a arbitragem, por si só, não será capaz de desafogar por completo o Poder Judiciário, mas, por um lado, poderá garantir às partes decisões mais confiáveis.

Além disso, é facultada aos litigantes a escolha do julgador, que será necessariamente especialista na área do conflito apresentado, bem como das regras procedimentais que serão adotadas em cada caso. Essa faculdade assegura a tecnicidade e especificidade das decisões proferidas pelos árbitros, o que acabará por proporcionar maior segurança às partes.

E, ainda, outra vantagem relevante trazida pela arbitragem é a celeridade da resolução dos conflitos, uma vez que as próprias partes poderão estabelecer o prazo para a prolação da sentença e, no caso de omissão, a Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307

de 1996, dispõe que a decisão deve ser proferida em até seis meses, contados da instauração do procedimento.

Verificou-se, também, ao longo do presente trabalho que não há que se falar em qualquer óbice suficiente para afastar a possibilidade de a Administração Pública submeter a resolução de suas controvérsias ao procedimento arbitral. Na verdade, essa solução não só é adequada, como necessária a fim de garantir a concretização dos interesses públicos.

Nesse sentido, também não existe qualquer impedimento capaz de afastar a adoção da arbitragem no âmbito do Direito Tributário. Inclusive, restou demonstrado que a instituição da Arbitragem Tributária poderá trazer inúmeros benefícios tanto para os contribuintes, como para o próprio Fisco. Isso porque os litigantes poderão contar com a segurança de que será proferida, em prazo razoável, uma decisão técnica e adequada ao caso concreto submetido ao rito arbitral.

Por fim, vale destacar que não se defende aqui a desvalorização do Judiciário, mas sim a sua compatibilização, e também cooperação, com formas mais eficientes de resolução de conflitos. Isto é dizer que a arbitragem aparece como forma de contribuir para a melhora da prestação jurisdicional pelo próprio estado, permitindo uma redução na atual carga do Poder Judiciário, para que este também possa resolver de forma mais adequada aqueles conflitos que exigem a sua intervenção para garantir os direitos fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005, p.14

AMARAL, Paulo Osternack. **Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público**. PEREIRA, Cesar Augusto; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 333.

ANASTASIA, Antonio. **Projeto de Lei nº 4257, de 2019**. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>> Acesso em 24 de novembro de 2019.

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

BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem** – Col. Saberes do Direito. vol. 53, 2ª ed.. Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Tributário e o Supremo Tribunal Federal: passado, presente e futuro. Brasília: **Universitas Jus**, v. 27. 2016. p. 11-12. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/4045/3001>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. *In* **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 27-28.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Execução Fiscal: Eficiência e Experiência Comparada**. 2016. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

CAPELLETI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, *in* **Revista de Processo**, n. 74, ano 19, abril-junho 1994, p. 97.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** - Um Comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2004, 2ª edição, p. 51-52.

_____. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.

_____. **“Arbitragem não vai desafogar o judiciário”, diz Carlos Carmona**. Entrevista realizada por Livia Scocuglia para o JOTA/UOL em 21 de ago. de 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona-21082015>>. Acesso em 3 de dezembro de 2019.

CARVALHO, Rubens Miranda de. **Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionais de solução de lides tributárias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008. p. 149.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22.

Conselho Nacional De Justiça. Relatório Justiça em Números 2018. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em 12 de outubro de 2019.

_____. Resolução n. 125 de 29.11.2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

_____. 100 Maiores Litigantes. 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

Conselho Da Justiça Federal - CJF. **Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa - qual o melhor caminho?**. 2009. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/caju/EXEC-3.PDF>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

DELGADO, José Augusto. **A arbitragem no Brasil – Evolução histórica e conceitual**. 2011. Disponível em < http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf >. Acesso em 24 de novembro de 2019.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Comentário ao Código Tributário Nacional**, obra coletiva, art. 141, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 350.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. **A Arbitragem Administrativa e Tributária: Problemas e Desafios**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 128.

Fundação Getúlio Vargas - FGV. Relatório ICJ Brasil. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

FILIPPO, Luciano Gomes. **A Performance no Direito Tributário**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 330-333.

GAMA JÚNIOR, Lauro. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-158, jul. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43331>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

GOLDSCHMIDT, Fábio Bruno. **Arbitragem e Transação Tributária - verificação de compatibilidade**. *In* Revista Dialética de Direito Tributário, n. 48, 1999, p. 54.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, p. 377-386, jul. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459>>. Acesso em 10 de novembro de 2019

INSAJ. Entenda por que a ação de execução fiscal representa um gargalo no judiciário. 2018. Disponível em <<https://www.insaj.com.br/acao-execucao-fiscal-gargalo-judiciario/>>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. 2011. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: RT, 1997, p. 107.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. Solución Convencional de Conflictos en el Ambito Tributário: Una Propuesta Concreta. In.: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 294.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da lei de arbitragem, **Revista do Advogado**, Associação dos Advogados de São Paulo – ASSP, São Paulo, n. 51, p. 32-35.

_____. **Arbitragem na administração pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.99.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro administrativo e judicial**. São Paulo: Dialética. 2003. p. 316.

_____. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética. 2003, p. 157.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 249.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e Transação Tributárias**. Brasília: Gazeta Jurídica Editora e Livraria LTDA. ME. 2014. p. 37.

_____. **Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/pt-br.php>> . Acesso em 24 de novembro de 2019. p. 87.

_____. **Luz no fim do túnel: a arbitragem e a transação tributária**. Entrevista realizada por Bárbara Pombo para o JOTA/UOL em 6 de fev. de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/luz-fim-tunel-arbitragem-e-transacao-tributaria>>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. **Direito Tributário e Arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, n. 088, p. 18, set-out. 2009.

NABAIS, José Cabalto. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária, in **Revista da PGFN**, ano 1 número 1, jan/jun. 2011. Disponível em <<https://www.sinprofaz.org.br/artigos/reflexao-sobre-a-introducao-da-arbitragem-tributaria1/>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 10.03.1999. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1.726.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária**. Racionalização e Desenvolvimento Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2019. p. 25.

PASINATTO, Ana Paula. Conjecturas sobre a possibilidade de inserção da arbitragem no direito tributário brasileiro partindo de uma análise portuguesa. **Anais da XIX Jornada de Iniciação Científica**, Curitiba, v.1, n. 8, p. 23-44, 2017. p. 62. Disponível em <<http://www.petdireito.ufpr.br/index.php/anais-da-xix-jornada-de-iniciacao-cientifica-curitiba-v-1-n-8-p-23-44-2017-2/>> Acesso em 16 de novembro de 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Código de Processo Civil: quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Et al.* (Coords.) **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 27.

Procuradoria Geral Da Fazenda Nacional. **PGFN em Números**. 2019. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf/view>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

_____. **Projeto de Lei nº 1.646/2019**. Medidas de combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/apresentacoes/apresentacao_pl_1646_2019_pgfn.pptx>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

REALE, Miguel. Crise da Justiça e Arbitragem. In **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, 2013, p. 319.

RIBAS, Antonio de Souza; RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 60, São Paulo: 2015, p. 223.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. 1ª Edição. São Paulo: Forense, 2011, p. 49-50.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 273.

SOMBRA, Thiago Luís. A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, t.2.m p. 263-

277, abr/jun. 2011. p. 263. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242958/000940009.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> Acesso em 16 de novembro de 2019.

Superior Tribunal De Justiça. **Relatório Estatístico**. 2018. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=327>>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

Supremo Tribunal Federal. **Relatório de Atividades**. 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2018.pdf>>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

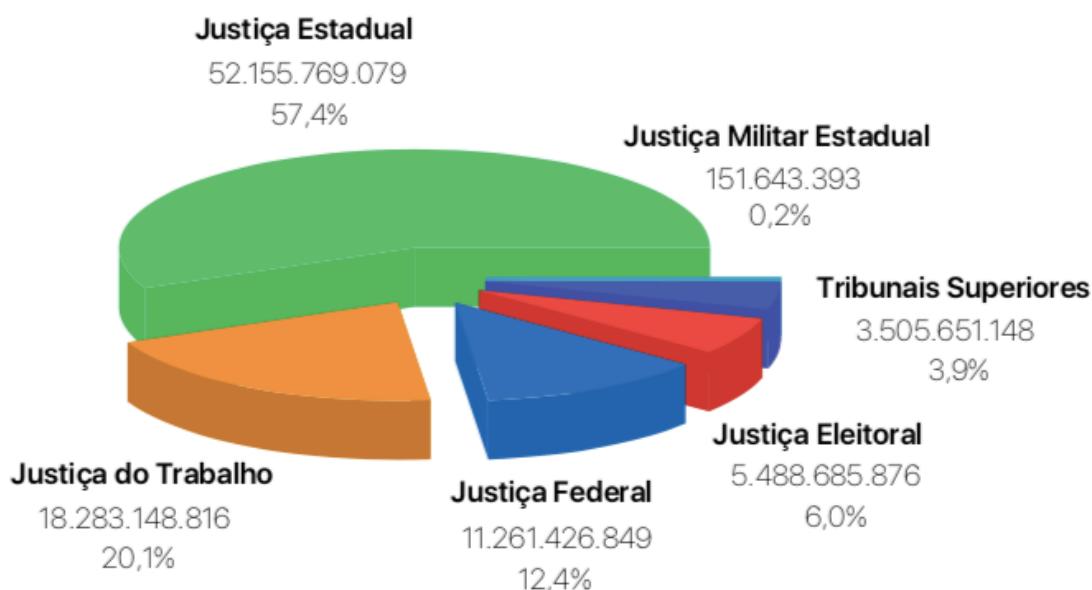
TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do Interesse Público**: consequências Processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. [S.l]: Re Pro 264, 2017. p. 88.

WALD, Arnold; CARNEIRO, Athlos Gusmão; ALENCAR, Miguel Tostes de; e DOUTRADO, Rui Janoni. Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista. *In* **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, no 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, p. 418.

YARSHELL, Flávio. Caráter Subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral. **Revista de processo**, v. 207, maio/2012, p. 13.

ANEXO I

Gráfico 1 – Despesa total por ramo de justiça, em 2017



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Relatório Justiça em Números 2018, p. 59.

Tabela 1 – Taxa de congestionamento por tipo de processo, ano 2017.

Classificação	Taxa de Congestionamento
Conhecimento Criminal	73,0%
Conhecimento Não-Criminal	60,5%
Total Conhecimento	62,5%
Execução Fiscal	91,7%
Execução Extrajudicial não fiscal	85,0%
Execução Judicial Não-Criminal	70,7%
Execução Penal Não-Privativa de Liberdade	67,0%
Execução Penal Privativa de Liberdade	88,5%
Total Execução	86,4%
Total Geral	72,1%

FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Relatório Justiça em Números 2018. p. 125.

Tabela 2 – Assuntos mais demandados, em 2017.

Federal	1. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	446.695 (1,42%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Sociais	214.272 (0,68%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Corporativas	124.961 (0,40%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Objetos de cartas precatórias/de ordem	88.554 (0,28%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Impostos/IRPJ/Imposto de Renda de Pessoa Jurídica	87.398 (0,28%)
Estadual	1. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	1.103.625 (3,50%)
	2. DIREITO CIVIL –Obrigações/Espécies de Contratos	1.000.549 (3,18%)
	3. DIREITO CIVIL –Família/Alimentos	768.224 (2,44%)
	4. DIREITO TRIBUTÁRIO–Impostos/IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano	451.617 (1,43%)
	5. DIREITO CIVIL –Família/Casamento	419.068 (1,33%)

FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Relatório Justiça em Números 2018. p. 181.

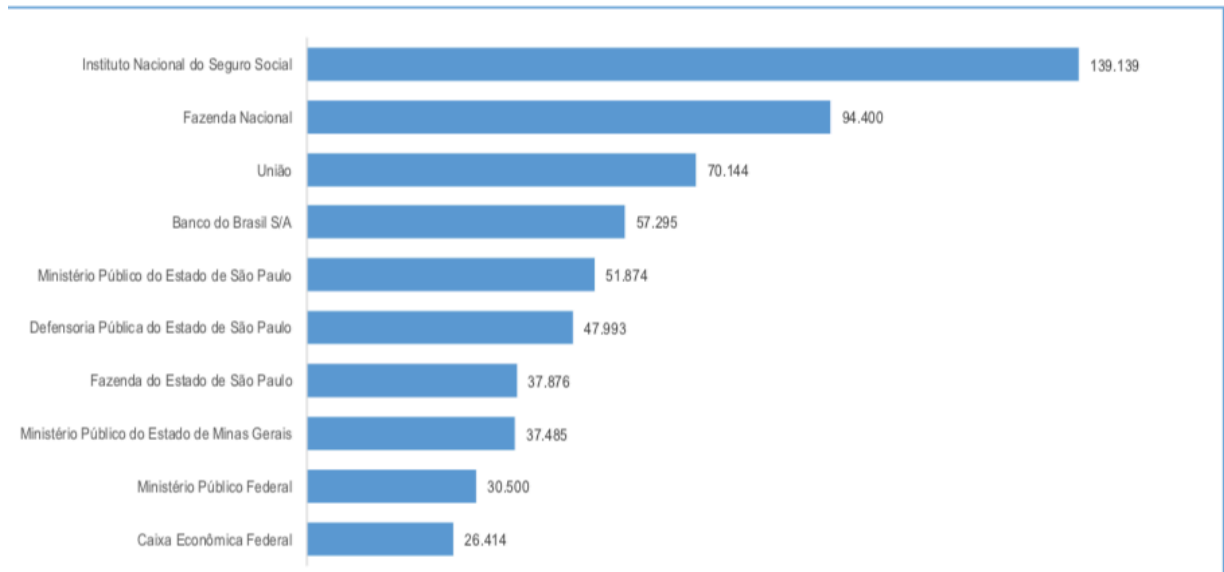
Tabela 3 – Assuntos mais demandados no 1º grau (varas), em 2017.

Federal	1. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	446.695 (1,42%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Sociais	214.272 (0,68%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Corporativas	124.961 (0,40%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Objetos de cartas precatórias/de ordem	88.554 (0,28%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Impostos/IRPJ/Imposto de Renda de Pessoa Jurídica	87.398 (0,28%)
Estadual	1. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	1.103.625 (3,50%)
	2. DIREITO CIVIL –Obrigações/Espécies de Contratos	1.000.549 (3,18%)
	3. DIREITO CIVIL –Família/Alimentos	768.224 (2,44%)
	4. DIREITO TRIBUTÁRIO–Impostos/IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano	451.617 (1,43%)
	5. DIREITO CIVIL –Família/Casamento	419.068 (1,33%)

FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2018. p. 183

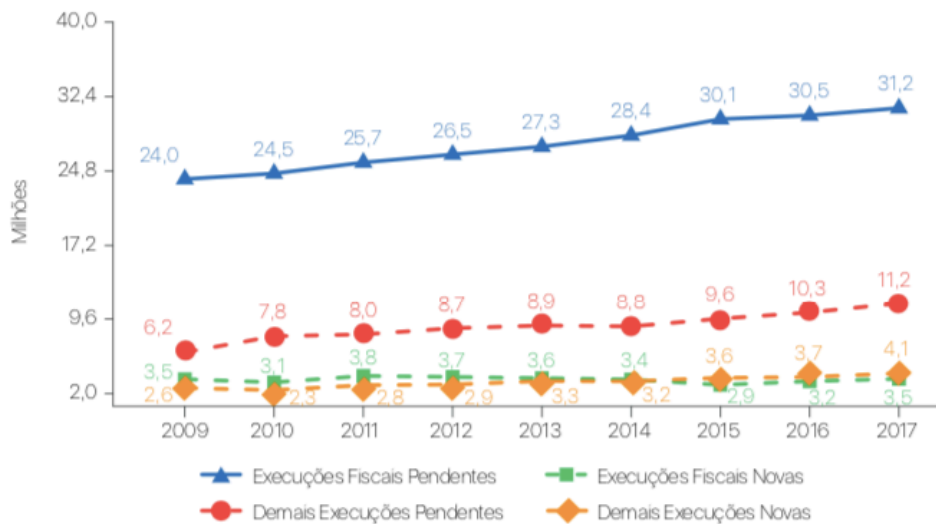
Gráfico 2 – Maiores demandantes do Poder Judiciário, entre 2013/2018.

Maiores demandantes Período: 31/12/2013 a 31/12/2018



FONTE: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relatório Estatístico 2018. p. 11.

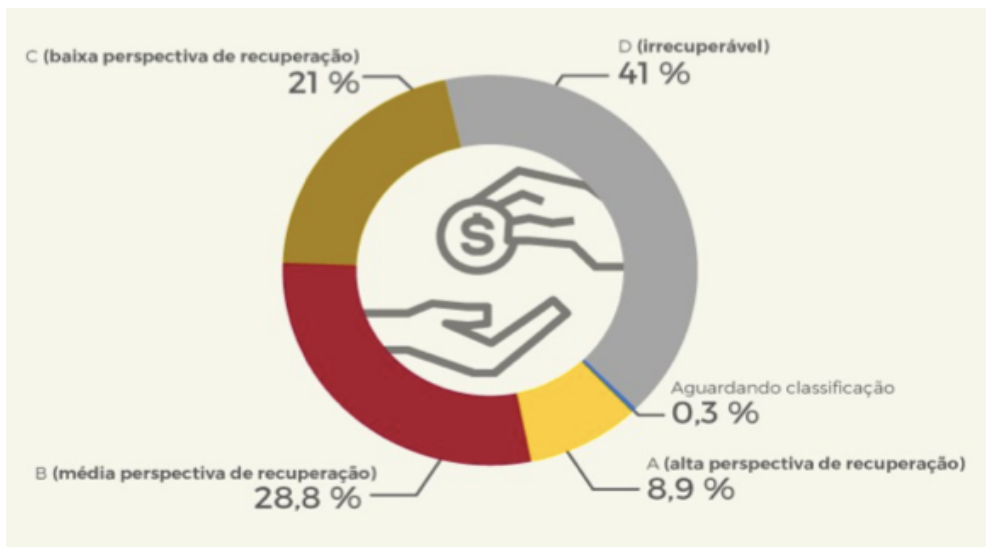
Gráfico 2 – Série histórica das execuções iniciadas e pendentes, entre 2009/2017.



FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2018. p. 127.

ANEXO II

Gráfico 3 – Classificação dos créditos.



FONTE: PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Medidas de combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa. p. 6.

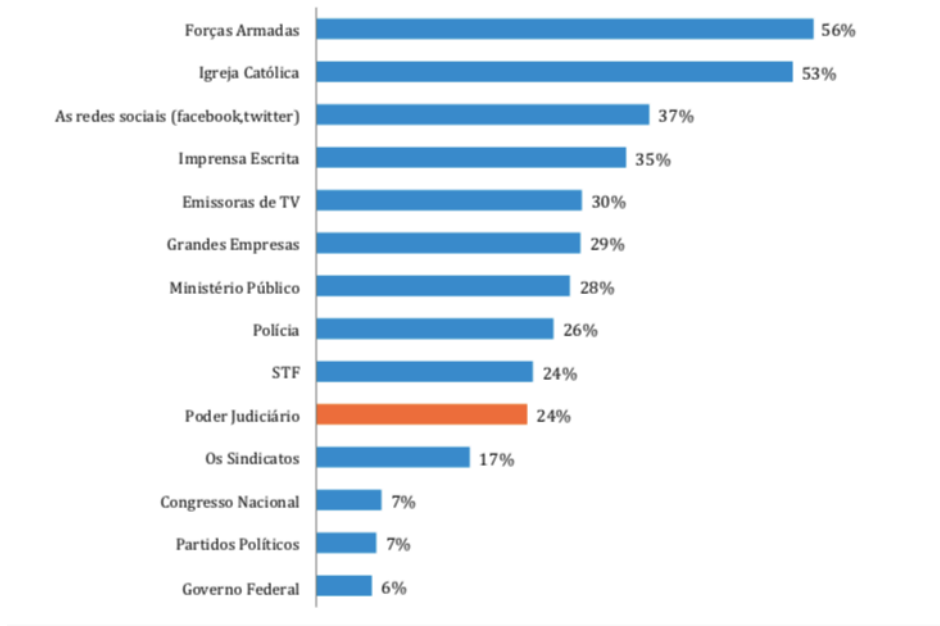
Gráfico 4 – Situação dos débitos.



FONTE: PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Medidas de combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa. p. 5.

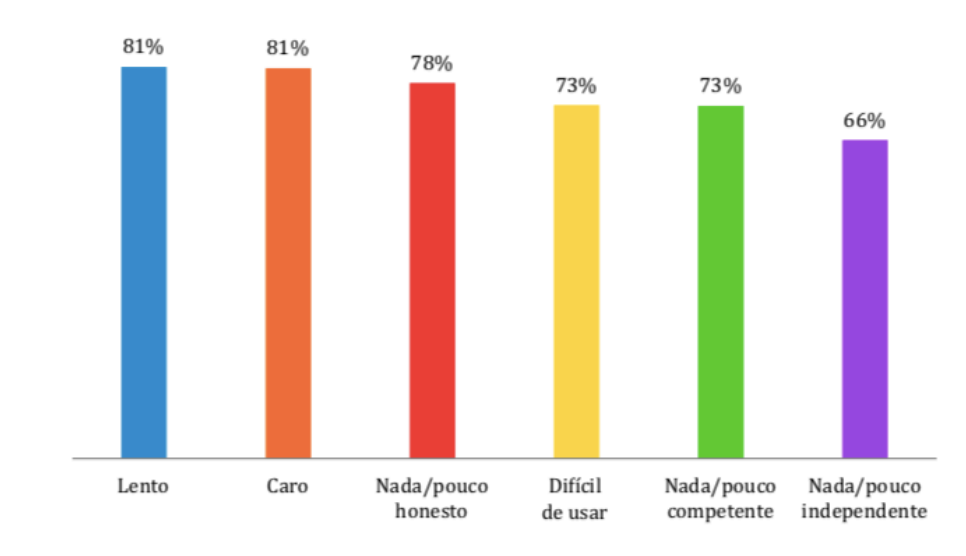
ANEXO III

Gráfico 5 – Confiança nas instituições. Brasil. 2017.p. 11.



FONTE: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. Relatório ICJ Brasil. 2017.p. 11.

Gráfico 6 – Avaliação do Judiciário a partir das diversas dimensões de justiça (aspectos negativos).



FONTE: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. Relatório ICJ Brasil. 2017. p. 16