



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ANA PAULA PASINATTO

**A ARBITRABILIDADE DA MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL FRENTE AO
EXEMPLO VIGENTE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL:
A SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA DO DOGMA DA INDISPONIBILIDADE DO
CRÉDITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**

BRASÍLIA
2021

ANA PAULA PASINATTO

**A ARBITRABILIDADE DA MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL FRENTE AO
EXEMPLO VIGENTE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL:
A SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA DO DOGMA DA INDISPONIBILIDADE DO
CRÉDITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).
Orientador: Professor Dr. Antônio de Moura Borges
Coorientador: Professor Dr. Francisco Nicolau Domingos

Brasília, 12 de março de 2021.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

PP282at
a Pasinato, Ana Paula
A ARBITRABILIDADE DA MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL FRENTE
AO EXEMPLO VIGENTE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL: A
SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA DO DOGMA DA INDISPONIBILIDADE DO
CRÉDITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO / Ana Paula Pasinato;
orientador Antônio de Moura Borges; co-orientador Francisco
Nicolau Domingos. -- Brasília, 2021.
245 p.

Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito) --
Universidade de Brasília, 2021.

1. Arbitragem Tributária. 2. Arbitrabilidade Objetiva.
3. Crédito Tributário Disponível. 4. Interesse Público
Secundário . 5. Luso-Brasileiro. I. Borges, Antônio de Moura
, orient. II. Domingos, Francisco Nicolau, co-orient. III.
Título.

ANA PAULA PASINATTO

A Arbitrabilidade da Matéria Tributária no Brasil Frente ao Exemplo Vigente da Arbitragem Tributária em Portugal: A Superação Paradigmática do Dogma da Indisponibilidade do Crédito Tributário Brasileiro

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, na área de concentração “Direito, Estado e Constituição” do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Em 12 de março de 2021, a candidata foi considerada aprovada pela Banca Examinadora.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Antônio de Moura Borges
(Orientador – Presidente)

Professor Dr. Francisco Nicolau Domingos
(Coorientador)

Professor Dr. Valcir Gassen
(Faculdade de Direito da Universidade de Brasília)

Professor Dr. Marcelo Ricardo Escobar
(Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – São Paulo)

Professor Dr. Celso de Barros Correia Neto
(Instituto de Direito Público – IDP)

*À minha família,
pelo amor e apoio incondicional.*

AGRADECIMENTOS

“A gratidão é a memória do coração”

ANTÍSTENES (400 a.C.).

Considero, esta, a principal parte de um trabalho. A gratidão nasce do sentimento de reconhecimento e, sinceramente, não há gratidão maior do que aquelas que, de tão intensas e fortes, ficam guardadas nas memórias do coração. Essas são as verdadeiras gratidões, são os verdadeiros agradecimentos, são aqueles inigualáveis, imensuráveis e únicos.

Agora, quem são os arquitetos dessas memórias? Cada um, com o seu próprio modo de ser, com a sua graça especial. Podemos chamá-los de anjos, esses que seguem conosco na exigente jornada de hoje, tornando o caminhar mais leve. São esses que guardamos com carinho *ad infinitum* em nossas gratas lembranças, que somam positivamente em nossas vidas. Apenas o brilho que, com eles, carregam, já é forte o suficiente para iluminar as pesquisas, as conjecturas, os estudos, o trabalho, a vida.

Acredito na força do pensamento positivo e, por trás dessa força, está um DEUS. É, a ELE, que inicio agradecendo. Eternamente grata por guiar e iluminar os meus pensamentos.

Agradeço, com todo o carinho, à minha grande e próxima família, pessoas que dedico o presente trabalho, por todo o amor, apoio e compreensão diante de minha ausência. Especialmente à minha mãe, JANETE, nosso centro de ternura, aconchego e calor, ao meu pai, JAIR ANTONIO, nosso enorme coração, ao meu irmão, MARCO ANTONIO, orgulho da minha vida e o meu maior presente. Com todos vocês, conheci a força que brota do amor.

Geralmente o que ganhamos, *a priori*, quando saímos da superficialidade do “óbvio” e corremos riscos de “contradições” são justamente as contradições distorcidas em negativas, como um “não”, um “é loucura”, ou, ainda, de forma mais amena, um “impossível”.

Aos meus orientadores de dissertação é que, agora, agradeço. Ao Professor, que muito admiro o seu trabalho na academia científica, Dr. ANTÔNIO DE MOURA BORGES, por ter acreditado no tema, desde o início. Pelas conversas em suas aulas e, principalmente, por me apoiar. Eu sou e sempre serei muito grata. Ao Professor, Dr. FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS, de quem tenho

imenso orgulho. Seus escritos são ensinamentos para a vida. As suas palavras e a paixão com que tem a sua profissão são inspiradoras. Sou muito grata por estar ao meu lado, na minha caminhada.

Ao Dr. ALEXANDRE, meus enormes e mais sinceros agradecimentos. Sem a sua atenção, prestatividade e amor pela sua profissão, nada disso seria possível.

Ao Professor Dr. EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES, pela gentileza em me enviar a sua brilhante tese sobre a Arbitrabilidade Objetiva.

Ao colega e amigo, Professor JOSÉ TELLINI TOLEDO, por seu entusiasmo que fortifica ainda mais a Arbitragem Tributária em nosso País e, para além, pelas discussões que enriqueceram as pesquisas desse trabalho. Profissional digno de admiração e que sou grata por sua amizade.

Ao Professor JONATHAN BARROS VITA, pelos vários minutos de ligação enriquecendo as pesquisas sobre a Arbitragem Tributária. E, não só, como, também, pela época em que o procurei, ainda cursando a graduação, para falar sobre a AT. Sempre prestativo.

Agradeço, também, ao Professor Dr. MARCELO RICARDO ESCOBAR. Inclusive, acredito que desconheça, mas, no ano de 2017, quando, gentilmente, me enviou um exemplar de sua brilhante obra sobre a Arbitragem Tributária, ele não estava só me enviando um exemplar de sua obra, ele estava me enviando uma luz, uma força, uma mão, um ombro, em um dos momentos que eu mais precisei durante a monografia da graduação. Foi a chave para eu sair definitivamente das correntes da caverna de Platão. Suas palavras continuam sendo de grande inspiração.

Ao Professor Dr. MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE, por ter sido luz em diversos momentos, sendo valorosa a sua contribuição.

Ao Professor Dr. OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO, por todas as oportunidades, inclusive, pelas suas contribuições, ainda no ano de 2008, para com a Arbitragem Tributária no Brasil.

Ao Professor Dr. TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, por sua prestatividade e atenção ao tema sempre que nos encontrávamos pelos corredores da nossa amada Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

À Professora Dra. TATHIANE PISCITELLI, pelas oportunidades que tivemos de discutir academicamente sobre a Arbitragem Tributária.

Lembro-me bem da primeira vez que comentei a minha conjectura sobre a Arbitragem Tributária. Foi no ano de 2014, com o Professor THIAGO DALSENTER, a quem, agora, renovo os

agradecimentos por transmitir-me ainda mais confiança e força, especialmente após o meu retorno do período de pesquisas em Portugal, no ano de 2016.

Ao Professor Dr. VALCIR GASSEN que, com muita atenção e prestatividade, esteve ao meu lado, logo no início do desenvolvimento da presente dissertação.

Aos colegas e grandes amigos, ANDREY RANK, GUSTAVO TONIOL, MARLUS ALVES e WESLEY ROCHA, pela parceria e compreensão quando de minha ausência.

Aos meus queridos colegas da Associação de Mediadores e Arbitralistas do Distrito Federal e da Comissão de Métodos Adequados de Resolução de Conflitos da OAB/DF, pela compreensão, especialmente neste mês de fevereiro de 2021.

Aos colegas Professores, BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA, BRUNO RIBEIRO, CELSO DE BARROS CORREIA NETO, FERNANDO TAVERNARD, FLAVIO JARDIM, GILSON PINTO, MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, NELSON DE SOUZA NETO, ROBERTA CORDEIRO DE MELO, ROBERTO PASQUALIN, SMITH BARRENI.

Aos meus amigos que mantiveram a calma diante de inúmeras negativas a convites formulados e compreenderam a minha ausência, especialmente nas plataformas de comunicação. Espero, agora, não mais os frustrar com respostas tardias. Minha gratidão e amor por vocês.

Pela paciência em nossa parceria do livro que, ainda, será lançado, sobre o Direito Tributário e a Pandemia do COVID-19, agradeço as queridas RENATA GOMES e DÉBORA GIOTTI.

À Secretaria do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, na pessoa da Sra. Euzilene, pela prestatividade, paciência e atenção a tantas inquirições.

À direção, à coordenação e a todos os Professores da Universidade de Brasília. Tenho muito orgulho por fazer parte desta família.

Aproveito para agradecer, também, a atenção de todos os trabalhadores bibliotecários. Sem o trabalho de vocês, nesse momento de Pandemia, não teria tido acesso a tantas obras como puder ter a oportunidade de acessar. Logo, as pesquisas estariam pela metade.

Por fim, a todos que, direta ou indiretamente, influenciaram na conclusão desta pesquisa, o meu muito obrigada.

Friso: O mais importante não é quando chegamos, mas, como chegamos e quem esteve ao nosso lado no decorrer da jornada. O espaço é curto para escrever, a tantos, tudo o que sou grata. Assim, deixo, aqui, o meu sincero agradecimento e cumprimentos a todos aqueles que estiveram

comigo na, ou que fizeram parte da, de alguma forma, feitura dessa pesquisa, que é a minha paixão:
a Arbitragem Tributária.

In Memoriam
José Souto Maior Borges. Ciência Feliz.

“...ressente-se de uma insuperada tendência para o repetitivo, quando tudo postula a sua renovação. ...Não se aventura a um balanço crítico mais aprofundado das noções disseminadas, originárias da autoridade de alguns notáveis. Estanca na mera divulgação reiterada de noções correntes e correntias – e por que não dizê-lo? – superficiais. ...Eventuais descaminhos, equívocos de suposição na análise científica, foram muito mais férteis para o progresso da ciência do que certas verdades, irrelevantes pela sua superficialidade. Não passa de preconceito estabelecer uma separação absoluta entre verdade e erro das teorias, inclusive das teorias jurídicas. É até preferível um erro que decorra de uma tentativa ousada e comprometida com uma construção teórica e grandiosa a uma verdade elementar e superficial.”

Autores de obras eternas, para nós, serão sempre eternos.

RESUMO

O número de processos que entram no Poder Judiciário é maior do que o número de processos que saem. Diante dos estudos anuais do Conselho Nacional de Justiça, denominados “Justiça em Números”, a elevada taxa de congestionamento, aliada à elevada taxa de litigiosidade, resultam no Triângulo Melancólico do Poder Judiciário. Soluções são necessárias. Por serem as execuções fiscais a principal causa do Triângulo Melancólico do Poder Judiciário, a presente pesquisa buscará analisar, como solução, a arbitrabilidade da matéria tributária, que concentra a superação paradigmática do dogma da indisponibilidade do crédito tributário, e, conseqüentemente, verificar a possibilidade de inserção da arbitragem aos meios disponíveis para a resolução das questões tributárias no Brasil, diante do exemplo vigente de Portugal. Afinal, no Brasil, a Arbitragem Tributária carece de consolidação em razão dos seus fundamentos serem considerados, pela doutrina, óbvios demais para merecerem uma análise crítica. Como a indisponibilidade do crédito tributário, que deixa de ser um fundamento óbvio quando há especulações sobre o caráter disponível do crédito tributário, que é interesse público secundário. Para tanto, de forma preliminar e preparatória, a questão é: o crédito tributário é, de fato, indisponível, conforme demonstra a doutrina? Por conseguinte, se o for, isso seria suficiente para impedir a utilização da arbitragem nas lides tributárias brasileiras, considerando o exemplo de Portugal? A matéria tributária é, então, arbitrável? Como conclusão, tem-se que o crédito tributário é interesse público secundário. Logo, é disponível e arbitrável. Para além, por mais que o crédito tributário fosse indisponível, tal fato não seria suficiente para impedir a Arbitragem Tributária no Brasil. Primeiro, pelo requisito da arbitrabilidade objetiva restar ultrapassado. Por conseguinte, por restar superado o Princípio da Indisponibilidade do Crédito Tributário, especialmente após a consolidação da Transação Tributária no Brasil. Ou seja, basta previsão em lei para que a arbitrabilidade objetiva seja atendida. Por ser um trabalho propositivo explicativo, será lançada mão de hipóteses, conjecturas e especulações, delas deduzindo certas conclusões. Sendo o método eleito para esta pesquisa o hipotético-dedutivo de Karl Popper.

Palavras-chave: Arbitragem Tributária, Arbitrabilidade Objetiva, Crédito Tributário Disponível, Interesse Público Secundário, Luso-Brasileira.

ABSTRACT

The number of cases entering the Judiciary is greater than the number of cases coming out. In view of the annual studies of the National Council of Justice, called “Justice in Numbers”, the high congestion, combined with the high litigation, result in the Melancholic Triangle of the Judiciary. Solutions are needed. As tax executions are the main cause of the Melancholic Triangle of the Judiciary, the present research will seek to analyze, as a solution, the arbitrability of tax matters, which concentrates the paradigmatic overcoming of the obviousness of the unavailability tax credit, and, consequently, to verify the possibility insertion of arbitration to the means available to resolve tax issues in Brazil, given the current example of Portugal. After all, in Brazil, Tax Arbitration needs consolidation. Its fundamentals are considered, by doctrine, too obvious to deserve a critical analysis. Like the unavailability of the tax credit, which ceases to be an obvious foundation when there is speculation about the available character of the tax credit, which is a secondary public interest. Therefore, in a preliminary and preparatory way, the question is: Is the tax credit, in fact, unavailable, as shown by the doctrine? Therefore, if so, would that be enough to prevent the use of arbitration in Brazilian tax cases, considering the example of Portugal? Is the tax matter, then, arbitrable? In conclusion, the tax credit is a secondary public interest. Therefore, it is available and arbitrable. In addition, as much as the tax credit was unavailable, this fact would not be enough to prevent Tax Arbitration in Brazil. First, by the requirement of objective arbitrability to remain outdated. As a result, the Principle of Unavailability of Tax Credit remains to be overcome, especially after the consolidation of the Tax Transaction in Brazil. In other words, a provision in the law is enough for objective arbitrability to be met. As it is an explanatory propositional work, hypotheses, conjectures and speculations will be used, deducing certain conclusions from them. Karl Popper's hypothetical-deductive method being the method chosen for this research.

Keywords: Available Tax Credit, Objective Arbitrability, Portuguese-Brazilian, Secondary Public Interest, Tax Arbitration.

LISTA DE ABREVIATURAS

§/§§	Parágrafo /Parágrafos
ABA	<i>American Bar Association</i>
Adm.	Administrativo
AFA	<i>Association For Arbitration</i> (Associação para Arbitragem)
AGU	Advocacia Geral da União
AIBAT	Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária
Arb.	Arbitragem
Art./Arts.	Artigo/Artigos
AT	Arbitragem Tributária
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CEJUSCS	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CGU	Consultoria-Geral da União
CPC	Código de Processo Civil Brasileiro
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CTN	Código Tributário Nacional
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DEINF	Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas
Dr.	Doutor
Ed.	Edição
IBA	<i>International Bar Association</i>
IDEFF	Instituto de Direito Econômico Financeiro e Fiscal
LBA/LArb	Lei Brasileira de Arbitragem – Lei 9.307/1996
LGT	Lei Geral Tributária de Portugal

MCRL	Meio Complementar de Resolução de Litígios
MDC	<i>Multi-door Courthouse</i>
Min.	Ministro
No./Nos	Número/Números
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
p.	Página
RCPAT	Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária
Resp.	Recurso Especial
RJAT	Regime Jurídico da Arbitragem Tributária
TAD	Tribunal Arbitral do Desporto
SEM	Sociedade de Economia Mista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
<i>UNCITRAL</i>	<i>United Nations Commission On International Trade Law</i> (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)
ONU	Organização das Nações Unidas
UNB	Universidade de Brasília
USP	Universidade de São Paulo

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1	Triângulo Melancólico do Poder Judiciário
FIGURA 2	A Arbitragem Tributária
FIGURA 3	Modalidades de arbitragem distinguidas pela doutrina portuguesa
FIGURA 4	Arbitragem Necessária e Arbitragem Voluntária
FIGURA 5	Arbitrabilidade Objetiva na Alemanha, em Portugal e no Brasil
FIGURA 6	Lançamento para LUÍS EDUARDO SCHOUERI
FIGURA 7	Campo de aplicação no tocante ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário sem previsão legislativa
FIGURA 8	Campo de aplicação no tocante ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário com previsão legislativa
FIGURA 9	Arbitragem Tributária de Portugal
FIGURA 10	Obrigações Tributárias
FIGURA 11	Via Administrativa e a Arbitragem Tributária

LISTA DE ANEXOS

ANEXO I: PROPOSTA DE PROJETO DE LEI.....	196
ANEXO II: PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N. 469/2009.....	203
ANEXO III: LEI N°. 19.477 DE 12 DE JANEIRO DE 2011.....	205
ANEXO IV: SENADO FEDERAL PROJETO DE LEI N° 4.257, DE 2019.....	211
ANEXO V: SENADO FEDERAL PROJETO DE LEI N°. 4,468, DE 2020.....	214
ANEXO VI: CÂMARA DOS DEPUTADOS PROJETO DE LEI N°. 531, DE 2020.....	221

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	V
RESUMO	X
ABSTRACT	XI
LISTA DE ABREVIATURAS	XII
LISTA DE ILUSTRAÇÕES	XIV
LISTA DE ANEXOS	XV
PALAVRAS INICIAIS	20
CAPÍTULO I – A SITUAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS TRIBUTÁRIOS E OS REFLEXOS NA SOCIEDADE: A NECESSIDADE DE SE ESTUDAR A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL	26
1.1. CONTEXTO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: A FACTUAL MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	33
1.2. O TRIÂNGULO DA MELANCOLIA DO PODER JUDICIÁRIO	37
1.2.1. Lado A1: A Frustração da Confiança pela Ineficiência do Direito à Jurisdição	40
1.2.1.1. Comentários Sobre a Garantia da Integridade dos Direitos ou Direito à Jurisdição	41
1.2.1.2. Brevíssimas notas sobre o Princípio da Razoável Duração do Processo.....	48
1.2.2. Lado A2: Arrecadação Fiscal	50
1.2.3. Lado A3: Novos Rumos	54
CAPÍTULO II – ARBITRAGEM E OS SEUS REQUISITOS: CONHECIMENTOS NECESSÁRIOS SOBRE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM PARA A MELHOR COMPREENSÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA	56
2.1. ARBITRAGEM EM PORTUGAL: VOLUNTÁRIA E NECESSÁRIA?	71
2.1.1. Arbitragem Voluntária	73
2.1.1.1. Arbitrabilidade Objetiva dos Conflitos na LAV: Legislação Alemã (<i>Zivilprozessordnung</i> – ZPO)	75
2.1.1.2. Os Requisitos, Direitos, Deveres e Obrigações dos Árbitros na LAV	77
2.2. ARBITRAGEM NO BRASIL	78
2.2.1. Definição Léxica do Termo “Arbitrabilidade”	81

2.2.2. Brevíssimos Comentários Sobre os Árbitros, o Processo Arbitral e a Sentença Arbitral.....	82
CAPÍTULO III – DA BALBÚRDIA TRIBUTÁRIA À SUPERACÃO PARADIGMÁTICA MODERNA	88
3.1. NOÇÃO DE PARADIGMA.....	90
3.2. MANICÔMIO TRIBUTÁRIO E O SISTEMA DOS FUNDAMENTOS ÓBVIOS DE ALFREDO AUGUSTO BECKER.....	97
3.2.1. Vagueza de um Termo.....	99
3.2.1.1. Da Vagueza do Termo “Dispor” e Obviedade do “Indispor” Em Relação ao Crédito Tributário... ..	100
3.3. DISTINÇÃO JUS-FILOSÓFICA DO INTERESSE PÚBLICO.....	102
3.4. A LÓGICA DE CONSIDERAR A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL FRENTE AO EXEMPLO VIGENTE DE PORTUGAL.....	104
3.4.1. Normas e Proposições Normativas.....	105
3.4.2. Sistema de Lógica das Proposições Normativas.....	107
3.4.3. Permissões Positivas Encontradas no Sistema Tributário Português que Afirmavam a Existência de atos Normativos que Supostamente Proíbiam a Arbitragem Tributária	110
3.4.4. Permissões Negativas Constitucionais e Infraconstitucionais Brasileiras que Negam a Existência de Atos Normativos que Proíbam a Arbitragem Tributária.....	113
CAPÍTULO IV - A EXPERIÊNCIA DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL E A SUA INSERÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.....	115
4.1. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL.....	116
4.1.1. O Estado dos Processos Portugueses Antes da Lei n. 63/2011 Que Autorizou a Arbitragem em Matéria Tributária	118
4.1.2. Ideologias Opostas a Conveniência da Arbitragem Tributária em Portugal.....	122
4.1.3. Ideologias Favoráveis à Inserção da Arbitragem Tributária em Portugal	127
4.1.4. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT).....	130
4.1.4.1. Competência Dos Tribunais Arbitrais e o Direito Aplicável.....	131
4.1.4.2. Tribunais Arbitrais.....	133
4.1.4.3. Requisitos, Impedimentos e Deveres dos Árbitros	135
4.1.4.4. Processo Arbitral Tributário	136

4.1.4.5. Sentença Arbitral	141
4.1.4.6. Custas: Taxa de Arbitragem.....	144
4.2. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL	146
4.2.1. Arbitrabilidade Subjetiva da Matéria Tributária	148
4.2.2. Arbitrabilidade Objetiva da Matéria Tributária.....	149
4.2.3. Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Particular	152
4.2.4. CCAF: Existência da Arbitragem Tributária no Brasil?	153
4.2.5. Arbitragem Tributária no Estado de Mato Grosso: Análise do Projeto de Lei n. 531/2020.....	157
4.2.6. Adoção de Juízo Arbitral Para Julgar os Embargos Ofertados: Análise do Projeto de Lei n. 4.257/2019.....	160
4.2.7. Arbitragem e Transação Tributárias no Brasil: Análise dos Projetos de Lei n. 4.468 do Ano de 2020 e n. 469 do Ano de 2009	164
PALAVRAS FINAIS	172
ANEXO I - PROPOSTA DE PROJETO DE LEI	196
ANEXO II - PROPOSTA DE PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR.....	203
ANEXO III – PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N. 469/2009.....	205
ANEXO IV: LEI N°. 19.477 DE 12 DE JANEIRO DE 2011.....	211
ANEXO V – SENADO FEDERAL PROJETO DE LEI N° 4.257, DE 2019	214
ANEXO V – SENADO FEDERAL PROJETO DE LEI N°. 4,468, DE 2020	221
ANEXO VI – CÂMARA DOS DEPUTADOS PROJETO DE LEI N°. 531, DE 2020	228

PALAVRAS INICIAIS

*“A verdade última, ele mesmo não a conheceria:
Pois tudo não passa de uma teia de conjecturas.”
(Xenófanes de Cólofon)¹*

*“As hipóteses são redes: só quem as lança colhe alguma coisa.”
(Friedrich Von Hanrdenberg Novalís. Pólen)*

*“Open mind for a different view and nothing else matters...”
(James Hetfield, Paul Hartnoll e Lars Ulrich)*

Eis um convite audacioso para uma viagem necessária e árdua, mas, leve. Não é o mesmo formulado por ATTICO CHASSOT, para percorrermos trinta séculos em 96 páginas.² Mas, sim, para questionarmos e analisarmos um dos maiores paradigmas existentes dentro do Direito Tributário brasileiro, o princípio da indisponibilidade do crédito tributário. Após essa jornada, esperamos mais entusiastas em busca da efetivação da Arbitragem Tributária no Brasil. Ao longo das visitas aos capítulos, perceberemos a sua relevância.

Lembramos que o aceite deixa de ser facultativo. A recusa se equivale ao ato de levar, ainda mais, o Direito Tributário à desgraça.³ Não é a intenção dos apaixonados pela matéria. Aliás, não é a intenção nem dos platônicos apaixonados por uma sociedade que busca, constantemente, a efetivação dos interesses públicos primários. No mais, o roteiro está dentro das limitações apresentadas. Faremos paradas no decorrer da viagem em notas de rodapé e em mapas mentais. Mas, antes de iniciarmos, alguns conhecimentos são imprescindíveis.

¹ Tradução de 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. Cf.: “Os deuses não revelaram desde o início todas as coisas aos mortais, mas estes, procurando, encontraram com o tempo o melhor. [...] Pois homem algum viu e não haverá quem possa ver a verdade acerca dos deuses e de todas as coisas das quais eu falo; pois mesmo se alguém conseguisse expressar-se com toda exatidão possível, ele próprio não se aperceberia disto. A opinião reina antes de tudo”. CÓLOFON, Xenófanes de. Sátiras. Natureza. In.: BORNHEIM, Gerd A. (Org.). *Os Filósofos pré-socráticos*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, [2010?]. p. 30-34. “Ninguém conhece, ou jamais conhecerá, a verdade sobre os deuses e sobre tudo aquilo de que falo: pois, ainda que, por acaso, alguém dissesse toda a verdade, mesmo assim não se daria conta disso; mas a aparência está forjada sobre todas as coisas [ou a fantasia está forjada no caso de toda a humanidade]. Considere-se isto parecido com a verdade... Contudo, não foi desde o início que os deuses tudo revelaram aos mortais: mas é a investigar que estes com o tempo descobrem o que é melhor. Se Deus não tivesse criado o louro mel, os homens achariam os figos mais doces.” CÓLOFON, Xenófanes de. As limitações do Conhecimento Humano. In.: KIRK, Geoffrey S.; RAVEN, J. E.; SCHOFIELD, Malcom. *Os Filósofos Pré-Socráticos*. Tradução de Carlos Alberto Louro Fonseca. 7. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 184-186.

² CHASSOT, Attico. *A ciência através dos tempos*. São Paulo: Editora Moderna, 2002. p. 8.

³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 9.

Sabemos que o caráter conjectural do conhecimento humano não alcança o verdadeiro conhecimento. Premissas antes consideradas óbvias devem, agora, ser tidas como falaciosas. Isso porque, apesar de serem, à época, provisoriamente provadas verdadeiras, partiram de conjecturas restritas ao conhecimento humano daquele determinado tempo e daquele determinado espaço. A necessidade impõe o conjecturar. A necessidade move o pensar e aumenta as oportunidades de discussão. É, isso, o que pretendemos com a presente pesquisa: propor, explicar, especular e discutir a possibilidade da utilização da arbitragem tributária no Brasil frente ao dogma doutrinário da indisponibilidade do crédito tributário. Em resumo, parafraseando EDOARDO RICCI, pretendemos, aqui, ir além de nossas certezas.⁴ Ou, pelo menos, das certezas até então não questionadas.

Acreditamos que a carência de questionamentos de tais certezas é agravada pela não familiaridade com a arbitragem, pela ausência de “tradição local sobre o assunto...”. A falta de tradição local acaba por sequer permitir que se afigure a “...conveniência ou inconveniência de aceitá-la”. Como resultado, geralmente tem-se uma reação negativa à sugestão desse meio complementar de resolução de conflitos.⁵ Nesse sentido, ANTÔNIO MOURA BORGES explica que, a seu ver, “o principal obstáculo à expansão da arbitragem no Brasil consiste na falta de mentalidade propícia à adoção de mecanismos privados para a solução de controvérsia, dada a tendência em se considerar o Estado a única autoridade capaz de resolver litígios”.⁶

Assim, o principal objetivo desse estudo é investigar a viabilidade de se propor a possibilidade da utilização do instituto da arbitragem no Direito Tributário brasileiro, lembrando que “a crítica e o debate são os únicos meios de chegar mais perto da verdade”. E, ainda, que “Isso criou a tradição de conjecturas ousadas e de crítica livre, a tradição que deu origem à atitude racional ou científica”.⁷ Mantendo a tradição de conjecturas ousadas, será mantida a tradição que originou as atitudes racionais ou científicas. Melhor dizendo, buscaremos a expansão de conhecimentos e é dessa expansão de conhecimentos que podem surgir aperfeiçoamentos para o

⁴ RICCI, Edoardo. Desnecessária Conexão Entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 421.

⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 52. Wolters Kluwer/CBAR: out.-set., 2016, p. 247-248.

⁶ BORGES, Antônio de Moura. Perspectivas da Arbitragem No Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*. Brasília, v. 02, n.03, 1998.p. 44.

⁷ 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. 26-31.

Direito Tributário positivo e para o Direito Processual Tributário positivo. De uma mera conjectura, surge outra conjectura que, por sua vez, enseja novas conjecturas. Sendo infinita a “cadeia causal de conjecturas”. Caso essa tradição fosse inerte na sociedade, estaríamos, ainda, literalmente, bradando os “berros pré-históricos”⁸ mencionados por ALFREDO AUGUSTO BECKER, clássico tributarista brasileiro do Século XX. Eis a razão para o presente estudo. O dogma da indisponibilidade do crédito tributário, que carrega caráter de obviedade, não deve ser encarado como óbice a discussões e debates sobre a arbitrabilidade da matéria tributária. Mas, sim, como mola propulsora à análise crítica.

Se o ser humano se fixar à obviedade e não admitir a possibilidade do inesperado, o inesperado permanecerá, infelizmente, indetectável e impassível de análise. Talvez ele, o inesperado, seja o aperfeiçoamento necessário para a evolução de parcela da ciência.

Assim, o nosso propósito é, em síntese, verificar, diante Sistema Tributário Nacional, e, principalmente, diante do “dogma” da indisponibilidade do crédito tributário, se a matéria tributária é passível de ser submetida aos procedimentos arbitrais.

Como a resolução de conflitos tributários no Brasil adota ideias tradicionais, propomos a importação da visão abrangente da resolução de conflitos tributários adotada por Portugal. Os relatórios do Conselho Nacional de Justiça mostram que, a execução fiscal, como posta hoje no Brasil, e o processo jurisdicional tributário como um todo, não atendem aos reclamos da sociedade quanto à tutela jurisdicional efetiva. Motivo este que, vale dizer, a presente pesquisa é interdisciplinar. Não considera apenas disposições específicas do Direito Tributário, mas, também, conhecimentos próprios do Direito Processual Civil.

É com base nessa abordagem interdisciplinar que pretendemos compreender as transformações contemporâneas pelas quais passa o processo tributário. Lembrando que o processo tributário é, em regra, a última ferramenta da qual dispõe o Estado para buscar recursos públicos imprescindíveis, fazendo frente à implementação de direitos fundamentais, tais como: educação, saúde, proteção ao meio ambiente, transportes, telecomunicações, energia elétrica, sistema financeiro, defesa da propriedade e muitas outras. Como bem ensinam CASS SUNSTEIN e STEPHEN HOLMES em “The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes”, todos os nossos direitos

⁸ BECKER, 1998, p. 11.

dependem dos impostos cobrados pelo governo. Seja para o devido processo, seja para a segurança social. São direitos valorizados, mas, para tanto, recursos financeiros são necessários.⁹

É válido mencionarmos, também, que o presente trabalho se insere na sublinha de pesquisa denominada por “Regulação e Transformação na Ordem Econômica”. Não há dúvidas de que o Poder Judiciário não tem sido capaz de prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva em matéria tributária, tanto no que se refere às ações exacionais (promovidas pelo Fisco) quanto às ações antiexacionais (promovidas pelo contribuinte). Mesmo com a utilização dos mecanismos de represamento recursal, como a sistemática dos Recursos Repetitivos, no Superior Tribunal de Justiça, e a exigência do reconhecimento da Repercussão Geral da questão constitucional debatida nos Recursos Extraordinários no Supremo Tribunal Federal, o processo judicial não é capaz de reduzir a taxa de congestionamento do Poder Judiciário no que se refere a causas tributárias.

LUCIANO GOMES FILIPPO defende que, sendo alta a litigiosidade, torna-se vital o uso dos meios alternativos de resolução de litígios (MARL).¹⁰ As garantias constitucionais são afrontadas pela morosidade do Judiciário, principalmente no que diz respeito às execuções fiscais. Interferindo, diretamente, na efetividade da jurisdição e na razoável duração dos demais litígios em matéria tributária. Aliás, é válido mencionar, inclusive, como bem enfatiza KALYARA DE SOUSA MELO e VALCIR GASSEN, que “a ineficiência na recuperação do crédito público viola os direitos dos contribuintes que cumpriram suas obrigações fiscais, desequilibrando a distribuição da carga tributária, em afronta direta aos Princípios da Igualdade e da Capacidade Contributiva”.¹¹

Frente a esse cenário, experimentamos a necessidade de uma profunda transformação social em relação à forma de resolução de conflitos tributários. Eis, aqui, a necessidade de estudarmos a Arbitragem Tributária, como veremos no primeiro capítulo deste estudo ao tratarmos sobre o Triângulo Melancólico do Poder Judiciário. Sendo, justamente, uma das possíveis soluções deste Triângulo Melancólico, a “Arbitragem Tributária”. A Arbitragem Tributária, que apenas poderá ser implementada se a matéria tributária for arbitrável, insere-se nas diretrizes da sublinha de pesquisa por se tratar de refinamento preciso da arbitragem.

⁹ Utilizamos, aqui, a versão espanhola – SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veituno Editores, 2011.

¹⁰ Trata-se de abreviatura utilizada pelo autor em sua obra, mais especificamente na p. 330. Cf: FILIPPO, Luciano Gomes. *A Performance no Direito Tributário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 330-333.

¹¹ MELO, Kalyara de Sousa; GASSEN, Valcir. QUEM PAGA E NÃO DEVERIA versus QUEM DEVERIA E NÃO PAGA: a eficiência na recuperação de ativos fiscais e sua relação com a equidade na matriz tributária. In.: GASSEN, Valcir. *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre estado, constituição e tributação*. 2. ed. rev., atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 215.

Parece-nos, ainda, que a Arbitragem Tributária, decorrente da arbitrabilidade da matéria tributária, pode ser considerada como *expertise jurídica* conformadora de transformações sociais e econômicas. Por meio dela, poder-se-ia inaugurar uma nova forma de encarar o sistema de resolução de conflitos tributários, tão importantes, na medida em que envolvem tributos, cuja função principal é a de carrear recursos aos cofres públicos. Recursos estes que devem ser utilizados para a implementação e salvaguarda dos interesses públicos primários.

Para tanto, partir-se-á da interpretação do texto constitucional, passando pela legislação infraconstitucional e, ainda, estudando o entendimento doutrinário acerca das questões atinentes à arbitrabilidade da matéria tributária e à indisponibilidade do crédito tributário. Partir-se-á, também, da análise empírica, a partir dos dados disponíveis nos relatórios do Conselho Nacional de Justiça, denominados “Justiça em Números” e dos dados fornecidos pelo Centro de Arbitragem Administrativa de Portugal (CAAD) e pela Câmara de Conciliação e Arbitragem federal (CCAF) da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Serão, ainda, alvos de perquirição a jurisprudência e as concepções dela advindas.¹² Após o exame desses materiais, por ser um trabalho propositivo explicativo, lançaremos mão de hipóteses, conjecturas e especulações, delas deduzindo certas conclusões. Sendo o método eleito para esta pesquisa o hipotético-dedutivo de Karl Popper.¹³

¹² Como, por exemplo, entendimento jurisprudencial (STJ): “4. *Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente coma Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.'* [...] Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público, [...] 6. *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. 7. [...] interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. [...] 11. Destarte, é assente na doutrina que “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. 12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, [...]. 16. Deveras, uma vez convencionalado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência [...]”.* BRASIL. STJ - AgRg no Mandado de Segurança: 11308/DF 2005/0212763-0. Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 28/06/2006, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJ 14/08/2006 p. 251.

¹³ São os escritos do AUTOR: POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007; *A miséria do historicismo*. São Paulo: Cultrix, 1980; *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1974; *Búsqueda sin término: una autobiografía intelectual*. Madrid: Tecnos, 1977;

Com isso em mente e voltando ao roteiro de nossa viagem, iniciaremos passando pela situação dos processos judiciais tributários e os reflexos na sociedade. Neste primeiro momento, o intuito é que percebamos a tamanha necessidade do estudo da Arbitragem Tributária para o Brasil. Verificando a morosidade da prestação jurisdicional e o que denominamos por Triângulo Melancólico do Poder Judiciário.

Após, em um segundo momento, faremos um breve estudo sobre o instituto da arbitragem, buscando sintetizar os alguns conhecimentos para a melhor compreensão da Arbitragem Tributária. Assim, esses dois primeiros momentos compõem a primeira parte da pesquisa. Afinal, é, como se fosse, a base sólida da estrutura do prédio que construímos neste trabalho. O motivo de se realizar a presente pesquisa.

A segunda parte é o núcleo da pesquisa, composta pelos capítulos III e IV. No terceiro capítulo temos as discussões que permeiam o dogma da indisponibilidade do crédito tributário. Por ser um dogma, tratamos, justamente, da superação paradigmática moderna, com a colaboração, em especial, dos ensinamentos de THOMAS KUHN¹⁴, CELSO LUDWIG¹⁵, ALFREDO AUGUSTO BECKER¹⁶, GENARO CARRIÓ¹⁷, GEORG HENRIK VON WRIGHT¹⁸. No quarto e último capítulo buscamos englobar a experiência da Arbitragem Tributária em Portugal e a sua inserção no Direito Tributário brasileiro. Respeitando, é claro, os “grandes pilares do sistema”¹⁹ brasileiro ao vislumbrarmos a inovação portuguesa. Para tanto, analisamos de forma crítica Projetos de Lei brasileiros em trâmite sobre a Arbitragem Tributária no Brasil. Finalizando a nossa viagem, assim, com uma proposta de Lei Complementar e uma proposta de Lei Ordinária. Por outro lado, em verdade, não será uma finalização da viagem, mas, quiçá, uma abertura para outras hipóteses, conjecturas, especulações, críticas e sugestões.

Conjecturas e Refutações. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1972; *Mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 2009; *Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento*. São Paulo; Unesp, 2013; Popper: *textos escolhidos*. Organização de: David Miller. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010

¹⁴ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

¹⁵ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

¹⁶ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁷ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

¹⁸ WRIGHT, Georg Henrik Von. *Deontic Logic*. Mind. New Series, Vol. 60, No. 237. (Jan., 1951), pp. 1-15. p. 7, n. 1. Disponível em: <http://www.filosofiajuridica.com.br/arquivo/arquivo_61.pdf>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2003. p. 21.

CAPÍTULO I – A SITUAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS TRIBUTÁRIOS E OS REFLEXOS NA SOCIEDADE: A NECESSIDADE DE SE ESTUDAR A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

“...o poder de instituir arbitragem ou outras medidas alternativas para a solução de conflitos no âmbito tributário deixa de ser uma faculdade e, diante do cenário jurídico caótico e instável atual, passa a ser uma necessidade.”²⁰
(Alexandre Monteiro e Leonardo Castro)

O intuito será demonstrar, aqui, qual o verdadeiro motivo de estudar a Arbitragem Tributária, aliás, qual é a relevância da presente pesquisa para a sociedade. Saindo da estagnação da Ciência Jurídica, favorecida pelos adeptos fervorosos da Dogmática Jurídica em sentido estrito. Afinal, como bem afirma ALEXANDRE MONTEIRO, LEONARDO CASTRO e, mais recentemente, BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA, a arbitragem deixa de ser uma faculdade e passa a ser uma necessidade diante do estado caótico e instável.²¹

Mas, antes, para nos situarmos, é válido tecermos brevíssimas palavras sobre as existentes vias contenciosas com o Estado²², a administrativa e a judicial.²³ Ou, como preferimos chamar,

²⁰ MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; CASTRO, Leonardo Freitas. Direito Tributário e Arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. a. 17, n. 88. São Paulo: *Revista Tributária e de Finanças*, set-out. 2009. p. 33-38.

²¹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem Tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 135; MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 33-38.

²² Lembrando que, por contencioso, compreendemos o Processo Administrativo tributário propriamente dito e o Processo Judicial Tributário. Para esclarecermos melhor, sublinhamos as palavras de HUGO DE BRITO MACHADO Segundo: “No que diz respeito ao direito tributário, podemos dizer que as normas que definem e limitam competências, instituem tributos, majoram alíquotas, atribuem responsabilidade, concedem isenções etc. são normas de direito material tributário. As normas que regulam os atos de fiscalização, o modo como deve ser feita a apuração do montante do tributo devido (lançamento do tributo), o prazo para o contribuinte impugná-lo, a interposição de recursos administrativos, a competência da autoridade julgadora etc. são normas de direito processual em sentido amplo, disciplinando o processo administrativo tributário, que se desenvolve ainda no âmbito da Administração Tributária, inicialmente de forma não contenciosa, em mero procedimento verificado antes da prática do ato de lançamento, e, depois, de modo contencioso, como uma forma de controle interno da legalidade deste, consubstanciando esta última etapa o processo administrativo tributário propriamente dito. Por fim, as normas que tratam da execução do crédito apurado pelo Fisco, da penhora de bens, da interposição de embargos pelo contribuinte, ou da propositura de ação para anular o lançamento, para obter a restituição de tributos pagos indevidamente etc., são normas de direito processual em sentido estrito, e tratam do processo judicial tributário.”. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 8.

²³ A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, seja no processo judicial, seja no processo administrativo.

vias heterocompositivas de resolução de litígios. Concordamos com a distinção realizada por VITTORIO CASSONE, JÚLIO CÉSAR ROSSI e MARIA EUGENIA TEIXEIRA CASSONE entre: i. Procedimento Administrativo Fiscal; ii. Processo Administrativo Fiscal; iii. Processo Judicial Tributário.

A primeira, conhecida por Procedimento Administrativo Fiscal, serve “para indicar o lançamento”, quando este não é impugnado pelo sujeito passivo, “exaurindo-se com o pagamento do montante do tributo e seus acréscimos legais”²⁴. A segunda, cognominada por Processo Administrativo Fiscal, “se instaura no exato momento em que o lançamento é impugnado pelo sujeito passivo”. Tal descrição coaduna-se com o art. 14 do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, afinal, prescreve que “A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.”²⁵ Já o Processo Judicial Tributário, terceira e última distinção, é o mais conhecido e, conseqüentemente, o mais procurado. O que resulta na alta taxa de litigiosidade e de congestionamento, verificadas pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do estudo anual denominado *Justiça em Números*.²⁶

De igual forma, menciona PAULO DE BARROS CARVALHO que “o procedimento administrativo tributário não se confunde, já vimos, com o processo judicial tributário”.²⁷ Assim como o procedimento administrativo tributário não se confunde com o processo administrativo tributário. Quando falamos de procedimento, falamos de lançamento.²⁸ Ou seja, “nem todo procedimento pode ser chamado de processo”, mas, “todo processo é também um procedimento (ou, mais precisamente, desenvolve-se no âmbito de um procedimento)”.²⁹ Estaremos diante do processo administrativo tributário quando o sujeito passivo considera indevido determinado lançamento tributário, ou ato de infração, e, assim, busca a via administrativa, com o intuito de questioná-lo.

²⁴ CASSONE, Vittorio; ROSSI, Júlio César; CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. *Processo Tributário: Teoria e Prática*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 12.

²⁵ BRASIL. Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972. *Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Último acesso em: 30 novembro 2020.

²⁶ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatórios Justiça em Números*. Apresentação. p. 4-5. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Último acesso em: 30 novembro 2020.

²⁷ *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 817.

²⁸ SOUSA, Rubens Gomes de. *Procedimento tributário*. Aula magna proferida no II Curso de Especialização em Direito Tributário, PUC/SP, 1972, coordenado por Geraldo Ataliba. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 368-409.

²⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 7.

O contencioso administrativo, especificamente no âmbito federal, divide-se em quatro fases: i. instauração; ii. defesa; iii. julgamento e iv. recursos. Inicialmente, o procedimento fiscalizatório da Fazenda Pública é instaurado com o sujeito ativo cientificando o Contribuinte, seguindo o que estabelece o art. 7º do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972. Lembrando que o auto de infração é diferente da notificação de lançamento. Os dois instrumentalizam a cobrança pelo Fisco, mas, no que diz respeito ao conhecimento da autoridade fazendária, enquanto no auto de infração ela ocorre quando o sujeito passivo fiscalizar, na notificação de lançamento ela ocorre quando o sujeito ativo recebe as informações fornecidas pelo sujeito passivo, analisando e verificando a infração fiscal. Após, o sujeito passivo será intimado e, querendo, impugnará tudo ou partes. Se impugnar apenas algumas partes, as outras não impugnadas sofrerão preclusão. Essa defesa deverá acontecer nos ditames do art. 16 do Decreto n. 70.235/1972.³⁰ A partir de o momento que o sujeito passivo interpor o recurso, o crédito tributário sofrerá o efeito processual suspensivo. Impedindo, dessa forma, que o Fisco ajuíze ação de execução fiscal. É, portanto, facultativo ao sujeito passivo da obrigação tributária, não excluindo da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.³¹

O Processo Judicial Tributário, o Processo em Sentido Estrito³² ou, ainda, a esfera judicial, é utilizada, na maioria das vezes, pelo próprio Fisco ou pelo sujeito passivo que teve frustrada sua ação na esfera administrativa. Mas, esta não é a regra. Vale ressaltar que o sujeito passivo não necessariamente precisa buscar pelo Processo Administrativo Fiscal para que, então, possa buscar pelo Processo Judicial. A via judicial não é consequência da via administrativa. De igual forma,

³⁰ BRASIL. Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972. *Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Último acesso em: 30 novembro 2020.

³¹ “Como visto, prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Universalidade da Jurisdição, isto é, da ‘Jurisdição Una’, adotada pelos países do common law, o que acarreta uma dupla proibição: a de atribuir funções jurisdicionais a órgãos de outros Poderes e a proibição de que seja excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direitos individuais, notadamente no caso de esta lesão decorrer de atos da Administração. Entretanto, com a Constituição de 1934 se criou um tribunal especial com o objetivo de julgar recursos de atos e decisões do Poder Executivo, sem, contudo, retirar a função jurisdicional especificamente do Judiciário. A Constituição de 1967 manteve ambos os mecanismos, isto é, a competência exclusiva do Judiciário para julgar, mas, em seu artigo 203 estabelecia que ‘poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidente de trabalho’. Desse modo, durante a vigência destas, foram criados vários órgãos administrativos dentre os quais o Conselho de Contribuintes, o Conselho de Recursos da Previdência Social (hoje, as matérias tributárias federais e previdenciárias são julgadas em primeira instância pelas Delegacias Regionais de Julgamento e, em segunda instância, pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) e o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.” COSTA, Leonardo de Andrade. *Processo Administrativo Tributário*. Rio de Janeiro: FGV., 2015, p. 12.

³² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 8.

não pode o Fisco recorrer ao Judiciário para pugnar a decisão proferida no âmbito do Processo Administrativo Fiscal propriamente dito. Afinal, tal decisão “é sempre do próprio Fisco”.³³

O Fisco costuma buscar a função jurisdicional por dois motivos: i. para “receber compulsoriamente o crédito tributário não pago” ou; ii. para “assegurar-lhe o pagamento ulterior”. A execução fiscal será utilizada para receber o crédito tributário. Já a cautelar fiscal busca evitar que o valor devido deixe de ser pago pelo contribuinte. Será utilizada contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, dentro dos requisitos do art. 2º da Lei n. 8.397, de 6 de janeiro de 1992.³⁴ Dentro deste âmbito do Processo Judicial Tributário, vale ressaltar que as ações de conhecimento serão utilizadas apenas pelo contribuinte.

O Direito Processual Tributário não é autônomo, infelizmente. Em resumo, o Processo Tributário em sentido amplo divide-se em processo Administrativo Tributário e Processo Judicial Tributário. Neste temos o Processo de Execução, o Processo Cautelar e o Processo de Conhecimento, “regido em grande parte pelas normas gerais aplicáveis ao processo civil, que convivem paralelamente com normas específicas, a exemplo da lei de execução fiscal”. Enquanto, naquele, temos os Meros Procedimentos e o Processo Administrativo Tributário propriamente dito.³⁵ Entre este e o Processo Judicial Tributário temos duas principais diferenças: i. a ausência da atuação da Fazenda como parte e julgadora, ao mesmo tempo; e ii. a ausência de coisa julgada na esfera administrativa. Lembrando que a concomitância de ações gera insegurança jurídica por afrontar garantias fundamentais³⁶, como o devido processo legal e a ampla defesa.

³³ MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 9.

³⁴ Art. 2º.: “A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado; II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação; III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros ou comete qualquer outro ato tendente a frustrar a execução judicial da Dívida Ativa; III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros; VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito.” BRASIL. Lei n. 8.397, de 6 de janeiro de 1992. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8397.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

³⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 9.

³⁶ Apesar de superada essa questão, a doutrina tem diferenciado garantias de direitos fundamentais e queremos, aqui, sublinhar brevemente tal distinção com a colaboração de HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO: “São direitos aqueles cuja prestação consiste na obtenção de um bem, enquanto são garantias aquelas cuja prestação consiste na viabilização de meios para a efetivação de direitos. Assim, podemos dizer que são direitos fundamentais o direito à

Acontece que, como veremos neste primeiro capítulo, o Poder Judiciário brasileiro encontra-se dentro de um ciclo de melancolia, quase imperceptível, ao passo que, quando analisado, perceptível. Denominamos de Triângulo Melancólico do Poder Judiciário. Explicamos o motivo.

Apesar de não termos o intuito de diferenciar as formas geométricas, sabemos e frisamos que o triângulo isóscele³⁷, no plano, é uma figura geométrica caracterizada por três lados. Dentre estes lados, dois deles são congruentes. Por serem iguais, conceitualmente considerando estarem unidos por uma plataforma (P), chamaremos de A1 e A2. No presente estudo, A1 será a quebra da expectativa de acesso à justiça, que contém a frustração da confiança no Direito à Jurisdição, e A2 será a ausência de recursos pela ineficiência da arrecadação fiscal. Por sua vez, a plataforma, ou simplesmente “P”, representa as medidas adotadas pelo Estado frente aos lados congruentes, que denominaremos apenas como “Rumos”. Eis a razão pela qual escolhemos ser a plataforma o lado que representará tais “Rumos”. Afinal, se estes Rumos mudarem, conseqüentemente os lados congruentes terão a possibilidade, também, de mudar, por estarem intimamente conectados com a plataforma. Utilizando a matemática, que, particularmente, somos amantes dessa ciência do raciocínio lógico e abstrato, temos: $A1 (C) + A2 [VE-VS (DS)] = P$. Nesta fórmula, A1 e³⁸ A2 resultam em P. Tal soma sempre resultará em P. Ou seja, se a soma for negativa, o resultado será negativo. Se a soma for positiva, o resultado será positivo.

O lado A1 é representado pela confiança do cidadão no seu Direito à Jurisdição, “C”. Se temos a quebra de expectativas pela morosidade, temos a frustração da confiança pela ineficiência do Direito à Jurisdição, representada pelo sinal “-“ (negativo). O lado A2, por sua vez, é representado pelo Valor de Entrada e pelo Valor de Saída. O Valor de Entrada, no caso, são as

vida, o direito à igualdade, o direito à educação, o direito à saúde, entre outros. E podemos dizer que são garantias fundamentais o direito à jurisdição, ao devido processo legal e à ampla defesa, entre outros.”. MACHADO SEGUNDO, 2009. p.45.

³⁷ “Triângulo Isósceles é o que tem dois lados iguais (Fig. 8.). [...] Em qualquer triângulo isósceles os ângulos que estão sobre a base, são iguais e produzem os lados iguais, os ângulos, que se formam debaixo da base, são também iguais (Fig. 22.).”. COMMANDINO, Frederico. *Primeiro livro dos Elementos de Geometria de Euclides*. Adicionados e Ilustrados por Roberto Simson, Professor de Matemática na Academia de Glasgow. Revistos para Edições Cultura por Aníbal Faro. Série Científica. São Paulo: Edições Cultura, 1944. p. 6 e 10, respectivamente.

³⁸ Vejam que utilizamos “e”, não “ou”. Como lembra-nos GEORG HENRIK VON WRIGHT, “O significado de ‘ou’, na linguagem comum, não está bem resolvido. Quando dizemos que nos é permitido fazer A ou B, às vezes queremos dizer, por implicação, que nos é permitido fazer as duas coisas.”. Em inglês: “The meaning of ‘or’ in ordinary language is not quite settled. When ‘we say that we are permitted to do A or B, we sometimes mean, by implication, that we are allowed to do both.”. WRIGHT, Georg Henrik. Von. *Deontic Logic*. Mind. New Series, Vol. 60, No. 237. (Jan., 1951), pp. 1-15. p. 7, n. 1. Disponível em: <http://www.filosofiajuridica.com.br/arquivo/arquivo_61.pdf>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

arrecadações fiscais, as receitas³⁹, enquanto o Valor de Saída são as despesas⁴⁰⁻⁴¹, como com os Direitos Sociais. Lembramos que não queremos, aqui, quantificar (monetariamente) cada Direito Social. A ideia central é demonstrar que as arrecadações fiscais estão intimamente conectadas com a efetivação dos Direitos Sociais, integrantes da segunda dimensão dos direitos fundamentais. São alguns deles: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social. Pois bem, quando o Valor de Entrada, no caso, receitas públicas, for menor que o Valor de Saída, no caso, despesas, teremos um resultado “-” (negativo).⁴²

Como sabemos, quando temos a soma de dois números inteiros negativos, o resultado será negativo. Assim, se $(-A1) + (-A2) = -P$, teremos o Triângulo Melancólico do Poder Judiciário. Agora, se $(+A1) + (+A2) = P$, teremos o Triângulo do Poder Judiciário.

³⁹ Para BENEDETTO COCIVERA, não existe a classificação de receita pública em entradas de direito público ou entradas de direito privado por três principais motivos: i. nem sempre as entradas não disciplinadas por meio de relações contratuais e, sim, por meio de lei, terão natureza tributária; ii. nas relações jurídicas contratuais entre o particular e o Estado, aplicam-se não apenas as normas de direito privado, como, também, normas de direito público; iii. Para o Autor, a classificação deveria ser entre receitas públicas tributárias e não tributárias. Sendo as receitas públicas tributárias àqueles referentes a impostos, “*impostos especiais*”, taxas ou contribuições. COCIVERA, Benedetto. *Principi di Diritto Tributario*. Milão: Giuffrè, 1959. p. 161-162.

Por sua vez, VITOR RHEIN SCHIRATO menciona: “*Preliminarmente, acerca deste tema, um esclarecimento faz-se necessário: as receitas públicas são direitos de crédito constituídos por lei ou outro mecanismo juridicamente apto em favor do Poder Público. As receitas, de per se, não são bens públicos, mas sim direitos de crédito do Poder Público. Os recursos advindos da realização de tal direito de crédito, se e quanto realizados, serão bens públicos. Há, portanto, uma distinção fundamental: ao se falar em receitas, fala-se em direitos (de natureza jurídica obrigacional) e não em bens (de natureza jurídica real). Destarte, não há como se falar que sobre o conceito de receita possa recair o regime jurídico dos bens públicos. Nada obstante, os recursos provenientes das receitas, quando de sua realização, tornar-se-ão bens públicos e, portanto, terão sobre si incidente o regime de bens públicos.*”. SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 7. n. 28., pp. 177-225. out./dez. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 181.

⁴⁰ “*A dívida pública propriamente dita representa o somatório das obrigações do Estado perante todos os seus credores referentes aos empréstimos públicos contraídos no mercado interno ou externo, seja através dos contratos diretos com instituições financeiras ou demais credores, seja pela emissão de títulos, para financiar as despesas públicas não cobertas pelas receitas públicas ordinárias, especialmente as tributárias. Há quem inclua, também, no conceito de dívida pública as garantias prestadas pelo Estado, uma vez que estas podem se converter em obrigação. Mas sob a ótica de um conceito mais amplo, é comum a referência à dívida pública consolidada, que engloba as obrigações relativas aos empréstimos de longo prazo, juntamente com todas as demais obrigações estatais, tais como as obrigações previdenciárias, com o pagamento de salários, aquisição de móveis ou imóveis, pagamento de fornecedores e prestadores de serviços, precatórios etc.*”. ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 184.

⁴¹ “*A possibilidade de os governos recorrerem a empréstimos como fonte de receitas, adicionalmente à arrecadação de tributos, é apontada como uma das razões para o aumento da despesa pública, pois os contribuintes-eleitores seriam menos propensos a aceitar o crescimento do setor público se fossem chamados a financiá-lo por meio do aumento dos tributos que incidem sobre suas rendas, patrimônio e transações econômicas.*”. OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 60.

⁴² Vale mencionarmos: “*...As consequências negativas para o desenvolvimento econômico advindas da constatação e percepção de descontrole fiscal pelos agentes econômicos são conhecidas: aumento da taxa de juros requerida pelos compradores de títulos públicos, redução dos níveis de investimentos, redução da taxa de criação de empregos e, conseqüentemente, diminuição do bem-estar social.*”. *Ibid.*, p. 43.

Na matemática, o fato de um número ser negativo e o outro ser positivo está no valor. Um número negativo representará valor menor que um número positivo. Se João tem dez mil reais e gastou quinze mil reais, João deve cinco mil reais. Na fórmula: $10.000 - 15.000 = - 5.000$.

No presente contexto, aplicaremos o entendimento de que o resultado ser positivo representa que tudo está “sob controle”, “dentro dos conformes”. Por outro lado, ser o resultado negativo demonstra que algo precisa de um urgente repensar. O resultado negativo deve representar, de fato, um alerta, uma preocupação, um *déficit*.⁴³ Podemos, inclusive, retornar ao exemplo de João. Se João está devendo 5 mil reais, algo está errado. O Valor de Entrada de João está menor que o Valor de Saída de João. João, por sua vez, pode entrar em um estado de melancolia. É o que explicaremos no nosso próximo tópico. Afinal, eis a razão pela qual, no presente momento, estamos denominando o Triângulo Do Poder Judiciário como melancólico. Novas vias heterocompositivas para a resolução de conflitos tributários são necessárias.⁴⁴ A inserção da arbitragem como mecanismo complementar⁴⁵ de resolução de controvérsias tributárias trará benefícios para a sociedade como um todo, inclusive para as gerações futuras.⁴⁶ Aumentará a arrecadação tributária, efetivando mais interesses públicos primários que dependem diretamente dos secundários, os recursos públicos.⁴⁷

⁴³ “Teorias sobre o crescimento da despesa pública foram formuladas sob os mais variados pressupostos. Um dos pressupostos é que os governos incorrerão em déficit e endividamento crescentes na ausência de processos, regras e instituições que controlem a tendência de as despesas do Estado serem maiores do que suas receitas.”. OLIVEIRA, 2013, p. 57.

⁴⁴ Afinal, como bem destaca ANDRÉ CASTRO CARVALHO: “...de nada adianta a competência para contrair dívida se os poderes para se levarem receitas pelos entes locais não são compatíveis com as necessidades.”. CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. p. 510.

⁴⁵ Lembrando que, por ser método complementar, não há que se falar em afastar os “*demais canais de pacificação de conflitos*”. MÜLLER, Júlio Guilherme. A Negociação no Novo Código de Processo Civil: Novas Perspectivas para a Conciliação, para a Mediação e para as Convenções Processuais. In.: ALVIM, Thereza Arruda. *O Novo Código De Processo Civil Brasileiro: Sistematização e Procedimentos*. Forense, 2015.

⁴⁶ Como recorda EDUARDO PAZ FERREIRA: “*Qualquer decisão financeira, quer se trate de um a escolha de quais as necessidades a satisfazer por forma pública, quer dos meios a utilizar para tal satisfação tem, necessariamente, reflexos sobre as gerações futuras, não só porque altera a distribuição dos recursos disponíveis entre o sector público e o privado, como também pelas modificações que pode determinar no comportamento dos agentes económicos e que são susceptíveis de se repercutirem sobre o montante e a composição do património que esses agentes irão transmitir aos seus herdeiros.*”. PAZ FERREIRA, Eduardo M. H. *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 69.

Por geração presente e geração futura, entendemos, com o AUTOR, que, se trata, “*por geração presente, a totalidade dos indivíduos que, directamente ou por intermédio dos seus representantes, participam numa decisão financeira, e por gerações futuras, todas as restantes, quer integrem indivíduos já nascidos mas que ainda não têm idade para participar na decisão, quer aqueles que ainda não existem.*”. *Ibid.*, p. 82.

⁴⁷ Devemos considerar as receitas auferidas e o tamanho da dívida. Entretanto, na prática, não costuma ser, essa, a regra. Nas palavras de ANDRÉ CASTRO CARVALHO: “*O crédito público é, portanto, uma forma de envolver tanto os atuais contribuintes quanto os futuros em projetos de longo prazo. O problema é que, idealmente, a decisão pelo endividamento deveria ser de cunho económico e levar em conta as receitas auferidas e o tamanho da dívida,*

1.1. CONTEXTO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: A FACTUAL MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Corroborando com o entendimento de que estamos diante de um resultado negativo, os dados dos estudos denominados *Justiça em Números*, realizados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstram a elevada taxa de congestionamento do Poder Judiciário. O objetivo dos estudos é embasar metas e princípios pela administração do Poder Judiciário, visando justamente a efetividade da prestação dos serviços judiciais.⁴⁸ É sabido que o Conselho Nacional de Justiça realiza a manutenção anual das metas nacionais a serem adotadas.⁴⁹ Mas, parece-nos que esta não é a solução da raiz do problema. O problema não está na taxa de congestionamento e na alta demanda do Poder Judiciário. Parece-nos que a questão, aqui, imposta são as vias de acesso que a sociedade possui para buscar valer os seus direitos. De forma mais objetiva, parece-nos, por enquanto, que o problema em si vai mais além e está na cultura do litígio.

Para JONATHAN CRARY, por exemplo, a implementação da tecnologia possui suas vantagens. Mas, a esperança de melhora não está na tecnologia. Está em cada indivíduo no momento de enxergarem a existência de vida fora da comercialização, da mercantilização e da

juntamente com a relação intergeracional desses dois fatores – o que, na prática, costuma não ser a regra.”. CARVALHO, 2014, p. 504-505.

⁴⁸ Do contrário, a efetividade “*seria fruto de escolhas aleatórias e a legitimidade das opções não seria atingida*”. LÚCIA, Carmen. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatórios Justiça em Números*. Apresentação. p. 4-5. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Último acesso em: 30 novembro 2020.

⁴⁹ Inclusive: “*As metas nacionais replicadas dos demais anos e que devem continuar a serem adotadas em 2020 são: Meta 1: julgar mais processos que os distribuídos (aprovada por todos os segmentos de Justiça) Meta 2: julgar processos mais antigos (aprovada por todos os segmentos de Justiça) Meta 3: estimular a conciliação (aprovada pela Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho) Meta 4: priorizar o julgamento dos processos relativos aos crimes contra a administração pública, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais (aprovada pelo STJ, Justiça Eleitoral, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Militar da União e dos Estados) Meta 5: impulsionar processos à execução (aprovada pela Justiça Federal e Justiça do Trabalho) Meta 6: priorizar o julgamento das ações coletivas (aprovada pelo STJ e pelas Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho) Meta 7: priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos (aprovada pelo STJ e pela Justiça do Trabalho) Meta 8: priorizar o julgamento dos processos relacionados ao feminicídio e à violência doméstica e familiar contra as mulheres (aprovada pela Justiça Estadual). Novos desafios As novas metas nacionais a serem adotadas em 2020 são: Meta 9: integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário (aprovada pelo STJ e pelas Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar) Meta 10: promover a saúde de magistrados e servidores (aprovada pelas Justiça do Trabalho e Justiça Militar) Meta 11: promover os direitos da criança e do adolescente (aprovada pela Justiça do Trabalho) Meta 12: impulsionar os processos relacionados com obras públicas paralisadas (aprovada pelas Justiça Federal e Justiça Estadual).*”. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/judiciario-aprova-12-metas-nacionais-para-2020/>>. Acesso em: 9 de setembro de 2020.

privatização. Em outras palavras, encontra-se na empatia. Dessa forma, quem sabe, muitos dos processos que estão no Judiciário, não estariam. Para CRARY, o filtro na entrada de processos no Judiciário é precário e, cada vez mais, a taxa de congestionamento aumenta. Somos levados a acreditar que a única alternativa é a tecnologia para “desafogar o Judiciário”. Enquanto, em realidade, a solução está dentro de cada pessoa, de cada litigante.⁵⁰

Voltando a atenção ao *Justiça em Números*, os estudos transmitem a possibilidade de se conhecer, de forma clara, quaisquer especializações dos tribunais. Desde o número de juízes, a quantidade de varas, de juizados especiais, até a separação das matérias, as zonas eleitorais, entre outras informações. No geral, menciona “detalhamento da estrutura e litigiosidade do Poder Judiciário, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira”.⁵¹ São reunidos dados de 90 tribunais, entre eles estão 4 tribunais superiores, 5 tribunais regionais federais, 24 tribunais regionais do trabalho, 27 tribunais regionais eleitorais, 3 tribunais de justiça militar estaduais e 27 tribunais de Justiça.⁵² O Poder Judiciário brasileiro divide-se em: i. Justiça Estadual; ii. Justiça do Trabalho; iii. Justiça Federal; iv. Justiça Eleitoral; v. Justiça Militar. Dentre os Tribunais Superiores estão: i. STJ; ii. STM; iii. TSE e iv. TST. Cada estado possui a função de organizar e manter a sua própria justiça. Com exceção do Poder Judiciário do Distrito Federal, que é organizado e mantido pela União.

Nos últimos oito anos, mais especificamente entre o ano de 2011 e o ano de 2019, o volume de processos cresceu proporcionalmente às despesas, em média, 4,7%/ano no número de processos baixados e 2,5% no volume do acervo, “acompanhando a variação de 3,4% das despesas”.⁵³ Segundo o relatório, a taxa de congestionamento mede a quantidade de processos que ficaram sem solução em comparação com o total em tramitação anual. Na medida de “maior o índice, maior a

⁵⁰ “...esse caso, também é acelerado o ritmo com que são introduzidos produtos novos e supostamente aprimorados. Ao mesmo tempo, multiplicam-se os estados físicos ou psicológicos para os quais cada droga nova é produzida e comercializada como tratamento eficiente e obrigatório. Assim como no caso de aparelhos e serviços digitais, há uma invenção de pseudonecessidades ou deficiências para as quais novas mercadorias são soluções essenciais. [...] No entanto, com a contrarrevolução dos anos 1980 e a ascensão do neoliberalismo, a comercialização do computador pessoal e o dismantelamento de sistemas de proteção social, o ataque à vida cotidiana se tornou ainda mais feroz. O próprio tempo foi monetarizado, e o indivíduo, redefinido como um agente econômico em tempo integral, mesmo no contexto do “capitalismo sem emprego”.” CRARY, Jonathan. 24/7: Capitalismo tardios e os fins do sono. São Paulo: Ubu, 2016. pp. 12-38. p. 13.

⁵¹ Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo do Justiça em Números 2020. p. 12. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf>.

Último acesso em: 30 de outubro de 2020.

⁵² Ibid.

⁵³ Id.

dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. A taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada retirando do acervo os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório".⁵⁴

Tal taxa de congestionamento atingiu, no ano de 2017, um total de 67,9%, mesmo com 20,7 milhões de casos novos eletrônicos e apenas 20,3% de processos novos físicos. A maior parte desses processos congestionados fazem parte da execução fiscal, com 74% do estoque em execução. Sendo os principais responsáveis pela elevada taxa de congestionamento. Possuem 39% do total de casos pendentes, com congestionamento de 92% em 2017. O número de processos em execução fiscal, que saem do Poder Judiciário, é menor que o número de execuções fiscais que entram no Poder Judiciário.⁵⁵ No ano de 2019, a porcentagem de processos físicos diminuiu para 10%, enquanto o número de casos novos eletrônicos aumentou para 23 milhões. Segundo o Justiça em Números 2020, “É notória a curva de crescimento do percentual de casos novos eletrônicos, sendo que no último ano o incremento foi de 5,4 pontos percentuais. O percentual de adesão já atinge 90%.”⁵⁶

Dentre os processos de execução, as execuções fiscais representam 70% do estoque. São consideradas como as principais responsáveis “pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento

⁵⁴ Conselho Nacional de Justiça. *Relatórios Justiça em Números*. p. 90. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Último acesso em: 30 julho 2019; Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*, atualizado em 25 de agosto de 2020. p. 112. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Último acesso em: 30 de outubro de 2020.

⁵⁵ “Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas 8 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia 9 pontos percentuais, passando de 72% para 63% em 2017. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 14%; a Justiça do Trabalho, 0,31%, e a Justiça Eleitoral apenas 0,01%. A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (94%), seguida da Justiça Estadual (91%) e da Justiça do Trabalho (87%). A menor é a da Justiça Eleitoral (74%), conforme se verifica na Figura 104. A série histórica dos processos de execução fiscal, apresentada na Figura 102, mostra crescimento gradativo na quantidade de casos pendentes, ano a ano, desde 2009. Os casos novos, após decréscimo em 2015, subiram em 2016 e 2017, em 12,9% e 7,4%, respectivamente. O tempo de giro do acervo desses processos é de 11 anos, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seriam necessários 11 anos para liquidar o acervo existente.” Ibid., CNJ. p. 125..

⁵⁶ Id., p. 112.

de 87% em 2019”.⁵⁷ Melhor dizendo, a cada 100 (cem) processos de execução fiscal presentes no Poder Judiciário, apenas 13 deles foram baixados no ano de 2019. Se desconsiderássemos tais processos, “a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia 8,1 pontos percentuais, passando de 68,5% para 60,4% em 2019.”⁵⁸ A Justiça Estadual é a que concentra o maior impacto das execuções fiscais, chegando na margem de 85% dos processos. A Justiça Federal, por sua vez, está com 15% das execuções fiscais remanescentes, a Justiça do Trabalho com apenas 0,27% e a Justiça Eleitoral com menos de 0,01%. Mas, no tocante à taxa de congestionamento das execuções fiscais, a Justiça Federal ganha, com 93 pontos percentuais, “seguida da Justiça Estadual (86%) e da Justiça do Trabalho (84%). A menor é a da Justiça Eleitoral (80%)”.⁵⁹

Apesar de ser notável a elevada taxa de congestionamento das execuções fiscais, se compararmos com as taxas de congestionamento dos anos anteriores (2017 e 2018), verificaremos que, no ano de 2019, houve redução da taxa de congestionamento em 2,9 pontos percentuais. Os processos pendentes de execução fiscal reduziram em 3,3%. Inclusive, os casos novos também reduziram em 5 pontos percentuais e o número de processos baixados aumentaram em 28,2%. Mas, infelizmente, o tempo que o processo permanece no Poder Judiciário continua sendo elevado, totalizando 6 anos e 7 meses. Em outras palavras, como aponta o próprio estudo do Justiça em Números 2020, ano-base de 2019, por mais que o Poder Judiciário não receba mais execuções fiscais, ainda seria preciso 6 anos e 7 meses para cobrir o monte existente.⁶⁰ Apesar de RUBENS MIRANDA DE CARVALHO defender que “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”⁶¹, na esperança de termos melhores resultados é que lançamos mão do estudo sobre a necessidade de inserção da arbitragem frente ao atual Triângulo Melancólico do Poder Judiciário. Afinal, é esse o objetivo da ciência.

⁵⁷ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020, atualizado em 25 de agosto de 2020. p. 150. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Último acesso em: 30 de outubro de 2020.

⁵⁸ Ibid., p. 150.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Ibid., p. 150.

⁶¹ CARVALHO, Rubens Miranda de. *Transação tributária: Arbitragem e outras formas convencionais de solução de lides tributárias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008. p. 149.

1.2. O TRIÂNGULO DA MELANCOLIA DO PODER JUDICIÁRIO

Representando os seus três lados, temos: i. a Confiança, no lado “A1”, infelizmente frustrada por falhas na razoável duração do processo judicial; ii. o Valor de Entrada e o Valor de Saída no lado “A2” que, juntos, representam, respectivamente, a arrecadação fiscal e os direitos sociais que compõem a segunda dimensão dos direitos fundamentais; e iii. os Rumos, na plataforma “P”, que representam as medidas adotadas pelo Estado refletindo nos lados congruentes. Neste ponto, iremos nos concentrar no tocante à ausência de busca por outros meios heterocompositivos de resolução de conflitos tributários pelo Estado. Afinal, se presente tal preocupação, seria mais remota a possibilidade de termos um Triângulo da Melancolia do Poder Judiciário. Poderíamos estar, quem sabe, aqui, apenas retratando o Triângulo do Poder Judiciário sem o caráter da melancolia.

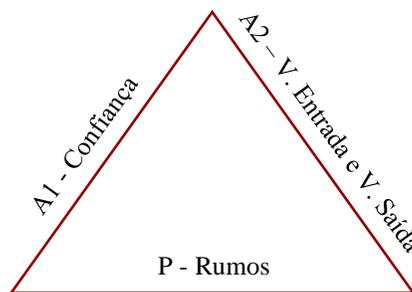


Figura 1

Não podemos confundir a melancolia com o luto. Devemos ter em mente a diferença existente pela perturbação da autoestima. O luto, para SIGMUND FREUD, acarreta consideráveis “desvios da conduta normal na vida” e, geralmente, não ocorre buscar tratamento para esse estado patológico. Costumamos confiar que o luto “será superado depois de algum tempo e consideramos inadequado e até mesmo prejudicial perturbá-lo”. Este luto nada mais é do que uma reação à perda de uma pessoa amada, perdendo, com o mesmo “ânimo doloroso” o interesse pelo mundo externo.

Tal inibição do ego significa dedicação total ao luto, não restando tempo para os demais propósitos e interesses.⁶²

Por sua vez, para SIGMUND FREUD, a definição de melancolia é oscilante. Na psiquiatria descritiva sua definição assume diversas formas clínicas, “dentre estas algumas sugerem afecções mais somáticas que psicógenas”.⁶³ Na psiquiatria se caracteriza por um desânimo de dor imensurável e, também, por certa “suspensão do interesse pelo mundo externo, perda da capacidade de amar, inibição de toda atividade e um rebaixamento do sentimento de auto-estima”.⁶⁴ Essa autoestima, como menciona FREUD, nada mais é do que o “sentimento de si, convicção do próprio valor e poder”.⁶⁵

Destacamos a definição de autoestima para FREUD por ser, a nosso ver, o motivo pelo qual o contribuinte, muitas vezes, não procura pela justiça. Por mais que tenha ciência que o seu caso merece ser levado ao Poder Judiciário, sua autoestima vê-se tão rebaixada que não surge vontade o suficiente de fazer valer os seus direitos.

A melancolia também pode ser “reação à perda de um objeto amado; quando os motivos que a ocasionam são outros pode-se reconhecer que esta perda é de natureza mais ideal”. Enquanto no luto há uma perda inconsciente, na melancolia a perda é consciente, o objeto foi retirado da consciência.⁶⁶

WALTER BENJAMIN, ao retratar a ideia de melancolia, não a vê como uma doença que precisa ser superada, ou patologia que precisa ser curada. BENJAMIN visualiza a melancolia como um estado de ânimo ou disposição para o mundo em geral. Compreende que a melancolia pode ser examinada em dois níveis. No primeiro nível está o tratamento entre o barroco TRAUER⁶⁷ e a alegoria. No segundo nível está a aplicação da melancolia ao seu próprio trabalho. Dentre esses dois níveis, BENJAMIN coincide com FREUD em três pontos específicos: i. na perda do objeto; ii. na lealdade do no comprometimento com o objeto; iii. no trabalho com o objeto.⁶⁸

⁶² FREUD, Sigmund. Luto e melancolia. *Trad. Marilene Carone*. Novos Estudos, n. 32, p. 128-142, mar. 1992. p. 131.

⁶³ *Ibid.*, p. 131.

⁶⁴ FREUD, 1992, p. 131.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Ibid.*, p. 132.

⁶⁷ “...this loss is not clearly accounted for in the book, or at least not specifically located. Nevertheless allusions to it are scattered everywhere and its symptoms — such as the melancholic’s distaste for life, his detachment from the world, etc. — are all the more present in the plays and their configuration. Loss, as I read it, is in fact, the condition of the possibility of Trauerspiel, which is structured as abounding responses to this loss in its subject matter. Thus, as in Freud, loss occupies both the condition and the arena of its effect.”. FERBER, Ilit. *Melancholy philosophy: Freud and Benjamin*. E-rea: Revue électronique d’études sur le monde anglophone, v. 4, n. 1, doc. 10, jun. 2006. p. 3.

⁶⁸ FERBER, 2006, p. 3.

Já para PIERANGELO SCHIERA, um dos comuns erros é de considerarmos a melancolia como característica única do mundo contemporâneo, como uma invenção do romantismo. Eis, aqui, que entra a nossa interpretação para inserir a melancolia como certa característica, ou reflexo no, do Poder Judiciário atual. Como defende SCHIERA, a melancolia não é, necessariamente, apenas invenção do romantismo e, muito menos, única do mundo contemporâneo. Aliás, não foi apenas a melancolia que cedeu frente ao direito, mas, também, o direito sofreu profundas mudanças que o limitavam e privavam das qualidades primitivas "*políticas*" ou "*antropolíticas*". A legitimação, a disciplina e as instituições são as três funções políticas do Estado moderno. PIERANGELO SCHIERA acredita que faz tempo que a melancolia concluiu o seu papel e óbice frente a socialização.⁶⁹

Maior do que a melancolia e o direito é a política contemporânea. Tomar medidas constantes é a tarefa que temos pela frente, "valorando todos os múltiplos fatores que, sempre novos, amontoam-se para determiná-la, e determinar o ordenamento". Direito e melancolia continuam suas conversas, continuam sendo "formas obrigatórias do viver civil". Dois marcos que, em seu interior, possuem "a nova dimensão do homem político" e, este, deve saber realizar e renovar.⁷⁰

Em resumo, a melancolia, diferente do luto, está associada com a uma perda de um objeto retirado da consciência. O melancólico experimenta a perda do ego, para FREUD essa perda está diretamente associada com a perda do amor. Isso acontece quando o objeto perdido "é internalizado no ego atingido pela dor, conseqüentemente dividindo-o do interior e tornando o próprio ego perdido. A internacionalização da perda apresenta uma ausência interior dentro do ego".⁷¹

Podemos associar a melancolia diretamente com o triângulo do Poder Judiciário. Esse triângulo é um círculo vicioso e está relacionado com as taxas de congestionamento e de litigiosidade. Juntas, resultam tanto na quebra de expectativa do direito do contribuinte à jurisdição, quanto na frustração da confiança e na ausência de recursos pela ineficiência da arrecadação fiscal. Necessitando, assim, da implementação de novas medidas pelo Estado brasileiro.⁷²

⁶⁹ SCHIERA, Pierangelo. Melancolia e direito: confrontação entre indivíduo e disciplina a favor do ordenamento. In: PETIT, Carlos (Org.). *Paixões do jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 119-165. p. 150-151.

⁷⁰ Ibid., p. 151.

⁷¹ FERBER, Ilit. *Melancholy philosophy: Freud and Benjamin*. E-rea: Revue électronique d'études sur le monde anglophone, v. 4, n. 1, doc. 10, jun. 2006. p. 3.

⁷² Em Portugal, as medidas de combate ao congestionamento e à alta taxa de litigiosidade são constantes. Principalmente no âmbito tributário. Por exemplo, a arbitragem tributária, é sublinhada no Memorando de Entendimento, entre o Governo e o conjunto FMI/BCE/CE, como uma das medidas de descongestionamento da justiça fiscal portuguesa. Outra medida foi adotada em 20 de setembro de 2018, com o Decreto-Lei n. 81. Este Decreto-Lei

1.2.1. Lado A1: A Frustração da Confiança pela Ineficiência do Direito à Jurisdição

A quebra da expectativa do Direito à Jurisdição reside no fato de o Judiciário possuir falhas com a razoável duração dos processos.⁷³ É inegável que o Direito à Jurisdição depende justamente da efetividade da jurisdição. Como mencionamos em outra oportunidade, “A morosidade do Judiciário brasileiro interfere, diretamente, na efetividade da jurisdição e na razoável duração dos demais litígios em matéria tributária”.⁷⁴ Apesar de as partes possuírem o direito de exigir o aperfeiçoamento e a prática desta norma basilar⁷⁵, tais falhas refletem como óbices à busca pela jurisdição efetiva.⁷⁶ Inclusive, por mais que o autor da ação possua prioridade de tramitação – salvo raras exceções, a duração do processo não é satisfatória.⁷⁷

estipulou a migração de processos para a Arbitragem Tributária, além de várias outras soluções que o Estado encontrou para a redução das pendências. NÚNCIO, Paulo. A arbitragem em Direito Tributário – Traços Gerais. In.: CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de.; FERREIRA, Eduardo Paz (com. Org.). *A arbitragem em direito tributário: I Conferência Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT)/Instituto de Direito Econômico, Financeiro e Fiscal (IDEFF)*. Coimbra: Almedina, 2010; VILLA-LOBOS, Nuno. *Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal*. Desafios Tributários. Lisboa: Vida Econômica, ago./2015. p. 193-212.

⁷³ O princípio da razoável duração do processo é garantia constitucional acrescentada, estrategicamente, em nossa Magna Carta, com a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, ao rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, inciso LXXVIII. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso LXXVIII acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Último acesso em: 31 janeiro 2021.

⁷⁴ PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Dalri Timm do. Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3 (2017), n. 6, Portugal. p. 1.044.

⁷⁵ HESS, Heliana Coutinho. O princípio da Eficiência e o poder judiciário. *Revista da faculdade de direito da USP*. v. 105. São Paulo: USP, jan./dez., 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67899/70507>>. Acesso em 21 julho 2019.

⁷⁶ Legalmente é possível recorrer ao Judiciário para procurar resolver uma questão latente. Na prática, a excessiva carga judicial inviabiliza, por diversas vezes, o próprio direito constitucional da razoável duração dos processos. Cf. TAKOI, Sérgio Massaru. *O princípio constitucional da duração razoável do processo* - Art. 5º, LXXVIII, da CF/88 - e sua aplicação no direito processual civil. Dissertação. pp. 233. Mestrado em Função Social do Direito. Direito: Faculdade Autônoma de Direito, FADISP, São Paulo, 2007. p. 23-24;

⁷⁷ Destaca Sérgio Takoi: “Muitas vezes pode se passar anos e anos - até décadas - inclusive e infelizmente sucedendo o falecimento da parte, sem que tenha recebido pelo Estado (Judiciário) aquilo que era dele por direito”. Ibid., p. 23-24.

1.2.1.1. Comentários Sobre a Garantia da Integridade dos Direitos ou Direito à Jurisdição

A efetividade dos direitos fundamentais está diretamente conectada com a da garantia de jurisdição. Mas, além de o Poder Judiciário ter a tarefa de reparar e corresponder com as expectativas sociais no tocante ao Direito à Jurisdição, precisamos ter em mente “outras questões atinentes ao aperfeiçoamento de nosso ordenamento jurídico, que ensejam proposições tendentes, também, a tornar mais efetivos os direitos fundamentais do contribuinte”.⁷⁸ Aliás, como leciona HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, “quando falamos de direito à jurisdição, resta evidente que se trata do direito de ter apreciado e decidido em caráter final, definitivo, por órgão do Poder Judiciário, mediante o devido processo legal, os conflitos surgidos de lesões ou ameaças a direitos”.⁷⁹

Eis que entra uma dúvida muito levantada quando comentamos sobre a Arbitragem Tributária. Considerando o que estabelece a Carta Magna brasileira em seu art. 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, devo afastar a ideia de considerar definitiva a sentença arbitral? Afinal, “a norma referência deixa claro que somente os órgãos do Poder Judiciário estão habilitados a realizar o denominado direito à jurisdição.”⁸⁰ Para expor a nossa posição sobre o assunto, é preciso que retomemos alguns apontamentos gerais sobre jurisdição, com ciência de suas variações.⁸¹ Faremos estes apontamentos com a devida cautela de não cairmos na “busca obsessiva da ‘essência’ da jurisdição”. Afinal, vinculada ao conceptualismo, nos conduziria ao “indesejável distanciamento da realidade”.⁸²

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, ao concentrar sobre a jurisdição por 22 páginas no clássico Teoria Geral do Processo Civil, escrito em coautoria com FÁBIO LUIZ GOMES, leciona que, no

⁷⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Os Direitos Fundamentais do Contribuinte e a Efetividade da Jurisdição*. Tese (Doutorado em Direito). 266.pp. Recife: O Autor, 2009. p. 210.

⁷⁹ MACHADO SEGUNDO, 2009. p. 47.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 211.

⁸¹ “Na verdade, o conceito de jurisdição varia, conforme se queira ou não incluir a atividade judicial executiva e a tutela provisória; conforme se pretenda ou não abranger, além da jurisdição civil, a penal; conforme se queira ou não abarcar a jurisdição voluntária; conforme se intente ou não incluir a competência normativa dos tribunais, assim como outros tantos critérios, como as imbricações que envolvem a arbitragem e o ativismo judicial.”. TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 136.

⁸² TESHEINER, 2019, p. 136.

Estado Moderno, a própria ideia de direito suscita a ideia de jurisdição. Recorda que “...antes de ser monopólio do Estado”, o direito era representado por manifestações religiosas. Tais atividades desenvolvidas “pelos pontífices [...] não pode ser equiparada à função nitidamente jurisdicional”. A jurisdição surgiu quando o Estado se tornou mais independente, exercendo maior controle social “sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana”.⁸³

Para GIUSEPPE CHIOVENDA a jurisdição é função do Estado e, esta, “tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição”. Como atividade de substituição, está a atividade jurisdicional, operando-se de duas formas: i. por cognição e; ii. por execução:

a) Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei concernente às partes. (...) Na sentença, o juiz substitui para sempre a todos ao afirmar existente uma obrigação de pagar, de dar de fazer ou não fazer. (...). b) E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se trata de uma vontade só exequível pelos órgãos públicos, tal execução em si não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade de lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade (...). Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem (não, entendamos em representação de outros).⁸⁴

Alguns mencionam que a jurisdição pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou tripartição dos poderes do Estado.⁸⁵ Preferimos, tripartição das funções a tripartição dos poderes, “pelo fato de o poder ser uno e indivisível”.⁸⁶ Não é o nosso foco realizar a retomada histórica.⁸⁷

⁸³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Luiz Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 11.

⁸⁵ Lembrando: “Neste momento trata-se de determinar o sentido do princípio em análise na Lei Fundamental portuguesa. Quando se fala de separação e interdependência dos órgãos de soberania (cfr. art. 114.71) como princípio estrutural da organização do poder político tem-se geralmente em vista a separação horizontal de poderes (de órgãos e funções). Enquanto a repartição vertical visa a delimitação das competências e as relações de controlo segundo critérios fundamentalmente territoriais (competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais), a repartição horizontal refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania. Na Constituição portuguesa de 1976 os dois critérios de separação — horizontal e vertical — andam associados, embora com prevalência do primeiro dada a estrutura unitária (cfr. art. 6.71) do Estado, português.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 687.

⁸⁶ Como mencionamos em outra oportunidade, quando em coautoria com MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE: PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Dalri Timm do. Arbitrabilidade da matéria tributária: seria a arbitragem a ferramenta necessária para cortar a última cabeça da Hidra de Lerna?. In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018. p. 308.

⁸⁷ Caso o leitor queira se debruçar neste assunto específico, indicamos duas obras, além, claro, de CHARLES DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996; a primeira, do REINHOLD ZIPPELIUS e, a segunda, do CLÉMERSON MERLIN CLÈVE: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa:

Ocorre que, atualmente, não há mais uma separação, por assim dizer, pura, das funções entre os órgãos do Estado, ocorrendo o que JORGE MIRANDA denomina de “... interpenetrações e inevitáveis zonas cinzentas”.⁸⁸ Cada órgão exerce com preponderância a sua função, exercendo também, ainda que de forma atípica, funções típicas de outros órgãos. De qualquer forma, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA lembra-nos que, em devendo a “...jurisdição ser confiada a um poder independente dos demais, é necessário, antes de mais nada, saber o que seja realmente a função jurisdicional e quais os seus limites, de tal modo que ela não seja, afinal, reabsorvida pelos demais poderes...”.⁸⁹ Busquemos, então, um conceito de jurisdição. Poderíamos, num primeiro momento, lançar mão de um “conceito provisório de jurisdição”, como adjetivado pelos próprios autores que o conceberam. Para CINTA, GRINOVER e DINAMARCO, a jurisdição é “...uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões”. Adiante, os mesmos autores afirmam que, por meio da jurisdição, o Estado “...se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito”.⁹⁰ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA é enfático ao afirmar que é “...componente essencial do ato jurisdicional [...] a condição de terceiro imparcial”. Diz, ainda, que é da própria essência do ato jurisdicional a sua prática por autoridade estatal.⁹¹ Frise-se, entretanto, que a busca na pacificação do conflito não deve ser elemento caracterizador da jurisdição.⁹² A

Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406-409; CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 21-44.

⁸⁸ *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 369.

⁸⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 57-58.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 45 e 165.

⁹¹ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA e FÁBIO LUIZ GOMES. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 68..

⁹² LUIZ GUILHERME MARINONI afirma: “...a pacificação social não decorre necessariamente de uma decisão justa, mas também porque inúmeras atividades privadas podem conduzir à pacificação social e ninguém jamais ousou qualifica-las como jurisdicionais somente por esse motivo” – *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 161. Em obra mais recente, MARINONI, ao lado de SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO, desenvolve essas ideias nos seguintes termos: “Fala-se, também, que a jurisdição tem por objeto a pacificação social. Tal fim não resultaria apenas do fato de que os cidadãos buscam solução para os seus conflitos no Poder Judiciário e de que esse, ao solucioná-los, permite a pacificação de específicas situações litigiosas. Na verdade, a ideia do fim de pacificação social da jurisdição está relacionada com três questões: (i) a existência do juiz dá aos litigantes a consciência de que os seus conflitos têm uma forma de resolução instituída e estatal, o que elimina as tentativas de soluções privadas arbitrárias e violentas; (ii) a jurisdição acomoda as disputas, evitando a potencialização e o agravamento das discussões; (iii) ainda que um dos litigantes não se conforme com a decisão, ele sabe que, diante da impossibilidade de levar novamente conflitiva já solucionada, nada mais lhe resta fazer e que, portanto, seria improdutivo e ilógico continuar alimentando a sua posição. Acontece que essas três características, que serviriam para identificar um fim de pacificação social na jurisdição, são completamente neutras e indiferentes à substância da função ou da decisão jurisdicional. E definir jurisdição sem saber como a pacificação é alcançada pode conduzir à admissão de que qualquer poder instituído, mesmo que atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição. Na realidade, como não é difícil perceber, a pacificação social

mencionada substituição está diretamente ligada à proibição da autotutela. Há, entretanto, outros aspectos que caracterizam a jurisdição, como, por exemplo, a presença de uma *lide*, em relação a qual a jurisdição se exerce. Além disso, a jurisdição é *inerte*. É o chamado princípio da inércia. Movimenta-se, a jurisdição, apenas com a provocação das partes. Lembremos, aqui, do “*nemo iudex sine actore, nem procedat iudex ex officio*”, ou seja, da proibição do início do processo por iniciativa do juiz. Por fim, outra característica atribuída à jurisdição diz respeito à imutabilidade de seus atos. Os atos jurisdicionais são imutáveis. Os efeitos de atos judiciais são cobertos pelo manto da coisa julgada. Nos dizeres de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, em virtude da coisa julgada, “...nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comporta-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que já ficou definitivamente julgado”.⁹³

Para finalizarmos os apontamentos gerais sobre a jurisdição, eis os princípios inerentes a ela: i. o princípio do juiz natural; ii. o princípio da indelegabilidade; iii. o princípio da inércia ou *Ne procedat iudex ex officio*; iv. o princípio da investidura; v. o princípio da aderência ao território; vi. o princípio da inevitabilidade; vii. o princípio da inafastabilidade ou da indeclinabilidade.

O princípio do juiz natural, positivado na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVII, garante o julgamento por um juiz independente e imparcial⁹⁴. Para EDUARDO J. COUTURE, a garantia da independência do juiz tem o seu apoio no princípio da separação dos poderes. Descreve o Autor que, se o juiz é dependente do Poder Executivo na ordem material, na ordem moral e na ordem funcional, os poderes do Estado não são três, mas, sim, apenas dois.

é uma mera consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos que se sobreponha sobre seus subordinados e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional. Na verdade, a expectativa de soluções dos conflitos sociais por uma ordem institucionalizada constitui o próprio escopo do Direito, não sendo por essa razão um objetivo direto da jurisdição no Estado Constitucional. Por isso, no atual estágio dos nossos estudos, parece não ser adequado concluir que a jurisdição se caracteriza pelo fim da pacificação social. É preciso, antes de tudo, analisar de que forma esse fim é obtido, ou melhor, verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a regulá-los. Sem isso estaríamos aceitando que todo poder direcionado à pacificação social é um poder jurisdicional e, assim, para dizer o mínimo, igualizando a jurisdição do Estado legislativo com a jurisdição do Estado Constitucional” – Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. v. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 127-128.

⁹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170.

⁹⁴ Lembrando que “o princípio da imparcialidade da administração (art. 266.º) é um princípio simultaneamente negativo e positivo: ao exigir-se imparcialidade proíbe-se o tratamento arbitrário e desigual dos cidadãos por parte dos agentes administrativos, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos através de um critério uniforme da ponderação dos interesses públicos.”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 172.

Afinal, o Poder Judiciário deixaria de contar como poder.⁹⁵ Mais adiante, leciona COUTURE que a independência do juiz é o segredo da sua dignidade e a autoridade dotada pelo magistrado é a chave para a sua eficácia.⁹⁶

O princípio da indelegabilidade “é, em primeiro lugar, expresso através de ampla regra constitucional segundo a qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições”. Melhor dizendo, a Constituição Federal “fixa o conteúdo das atribuições do Poder Judiciário e não pode a lei, nem pode muito menos alguma deliberação dos próprios membros deste, alterar a distribuição feita naquele nível jurídico-positivo superior”.⁹⁷ Por outro lado, também, há a questão de os magistrados não poderem, por livre conveniência, “*delegar funções a outro órgão*”. Os juízes, ao exercerem a função jurisdicional, a fazem em nome do Estado. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO mencionam serem agentes do Estado, afinal, o Estado os investiu, “mediante determinado critério de escolha, para exercer uma função pública; o Estado lhe cometeu, segundo seu próprio critério de divisão de trabalho, a função jurisdicional referente a determinadas causas”.⁹⁸

O princípio da inércia “decorre do fato de que os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes”. Conhecido, também, por *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO defendem que “o melhor é deixar que o Estado só intervenha, mediante o exercício da jurisdição” quando os métodos autocompositivos “não tiverem surtido efeitos”. Lembremos que

⁹⁵ Na versão não traduzida, assim está: “*La garantía de independencia del juez tiene su apoyo en el principio de la división de poderes. Si el juez es dependiente en el orden material, en el orden moral o en el orden funcional, del Poder Ejecutivo, los poderes del Estado no son tres sino dos. El judicial deja de contar como poder.*”. Fomentando as conjecturas para eventuais discussões, colocamos, também, aqui, outras palavras de EDUARDO J. COUTURE: “*Las Constituciones que no han dado al Judicial la estructura de un Poder del Estado, podrán decir que la justicia es una misión política que se ejerce en nombre del Rey, representante legítimo de la soberanía. No es así, sin embargo, en el gobierno democrático en el que la justicia se ejerce en nombre de la nación. No está en juego, naturalmente, el caso en que, como el nuestro, es la propia Constitución la que establece el régimen detallado de la elección de los jueces. Pero es evidente que en un régimen de nombramiento de los jueces por el Poder Ejecutivo, la ley reglamentaria, si quiere ser fiel a la Constitución, debe crear tal cúmulo de seguridades, de inmunidades, de amparo al magistrado, que vengan, en la máxima medida posible, a poner al juez fuera de la órbita de influencia del Poder Ejecutivo. Es notorio que de la configuración tripartita de los poderes del Estado, surge la máxima eficiencia en el contralor. La reducción virtual, por virtud de leyes débiles y complacientes que pongan a los jueces a merced del Poder Ejecutivo, de la independencia del magistrado, va contra el contenido dogmático de la Constitución aunque no vaya Contra su texto expreso.*”. COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I: La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires: Ediar Soc., 1979. p. 87.

⁹⁶ Sem tradução livre: “*La independencia del juez es el secreto de su dignidad; pero la autoridad de que se le reviste es como la clave de su eficacia.*”. COUTURE, 1979. p.152.

⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 152-153.

a arbitragem não é autocompositiva, é heterocompositiva. Dentre os meios autocompositivos temos, não só, mas, principalmente, a conciliação, a mediação e a transação. CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO realizam, inclusive, outra ressalva sobre tal princípio: “a experiência ensina que, quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira à ideia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições para julgar parcialmente. Por isso, fica geralmente ao critério do próprio interessado a provocação do Estado-juiz...”.⁹⁹

O princípio da investidura proporciona a ideia de que a jurisdição apenas “será exercida por quem tenha sido regularmente investido na qualidade de juiz”. Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, a jurisdição é monopólio do Estado. Este, por sua vez, “é uma pessoa jurídica, precisa exercê-la através de pessoas físicas que sejam seus órgãos ou agentes: essas pessoas físicas são os juízes”.¹⁰⁰

No que se refere ao princípio da aderência ao território, a autoridade dos magistrados está restrita aos limites territoriais do Estado e à sua jurisdição. Por essa razão este princípio “é, pois, aquele que estabelece limitações territoriais à autoridade dos juízes”.¹⁰¹

Ao tratarmos do princípio da inevitabilidade da jurisdição, devemos lembrar que as partes estão, perante o Estado-Juiz, em situação de sujeição.¹⁰² A jurisdição colocar-se-á independente da vontade das partes, consistindo “na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal”.¹⁰³

Por fim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra-se positivado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Voltando à dúvida levantada, da leitura do presente enunciado prescritivo constitucional, o “direito de ação” não significa “dever de ação judicial”.¹⁰⁴ Logo, a universalidade da jurisdição

⁹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 149.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 151.

¹⁰¹ *Id.*, p. 152.

¹⁰² Sobre “sujeição”, ver WESLEY NEWCOMB HOHFELD. *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 28 e 57-76.

¹⁰³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁴ Eis o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 2001. Ou seja, tal questão está totalmente consolidada. Inclusive, entre os votos vencedores, há o de CARLOS VELLOSO, que conclui: “*Em suma, Sr. Presidente, a lei não institui a arbitragem em termos obrigatórios, caso em que ocorreria ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, mas, simplesmente, faculta às partes prevenirem ou terminarem o litígio mediante a arbitragem*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. REG. Na sentença estrangeira 5.206-7. Reino da Espanha. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comercio LTDA.

é uma das garantias fundamentais dos cidadãos.¹⁰⁵ Eis a razão pela qual acreditamos que, não, a Arbitragem não macula o princípio da inafastabilidade da jurisdição por possuir natureza jurisdicional. Afinal, a arbitragem, apesar de possuir natureza jurisdicional, é facultativa¹⁰⁶.¹⁰⁷ É bem verdade que dissemos, em outra oportunidade, que a Arbitragem Tributária não macularia o princípio da inafastabilidade de jurisdição por não ter caráter jurisdicional.¹⁰⁸ Mas, atualizando os nossos estudos, inclusive diante do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, parece-nos que resta indiscutível o caráter jurisdicional da arbitragem. Razão pela qual concordamos com ARRUDA ALVIM¹⁰⁹, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CANDIDO RANGEL DINAMARCO.¹¹⁰

Rel. Min. Presidente Marco Aurélio. Caso de 08/05/1997. Decisão de 12/12/2001. DJ de 30/04/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>.

¹⁰⁵ Ao interpretar o artigo 5º, XXXV, MARCELO ESCOBAR conclui: “*Defender que haveria uma suposta inafastabilidade do controle jurisdicional do Estado não encontra atualmente qualquer sorte de sustentação, inclusive em razão da ausência [de] previsão constitucional ou estrutural nesse sentido, posto que a Carta Magna em momento algum indica qualquer monopólio do exercício da função jurisdicional pelo Judiciário. Da leitura do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 extrai-se a faculdade – permissão –, para que o cidadão recorra ao Judiciário, não uma obrigação, configurando uma proibição constitucional ao legislador vedar esse direito*” – *Arbitragem tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 46.

¹⁰⁶ Lembremos da definição de facultado. Facultado: Df. F: $F\alpha = (P\alpha \ \& \ P\sim\alpha)$, que se lê como “*‘Facultado α ’ equivale a ‘Permitido α ’ e ‘Permitido não- α ’*”.

¹⁰⁷ Salientamos que, para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA “*não está em causa a privatização da função jurisdicional*”, mas, sim, “*a cooperação do Estado com os particulares no âmbito do exercício da função jurisdicional da arbitragem*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa – Anotada*. v.II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 507.

¹⁰⁸ PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Dalri Timm do. Arbitrabilidade da matéria tributária: seria a arbitragem a ferramenta necessária para cortar a última cabeça da Hidra de Lerna?. In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018. p. 313.

¹⁰⁹ É enfático ao afirmar estar convencido sobre a “*natureza jurisdicional da arbitragem*”: “*A atividade do árbitro, antes poderia ser considerada ‘equivalente’ jurisdicional, pode, atualmente, inserir-se no próprio conceito de jurisdição, como espécie privada deste gênero. Para essa conclusão contribuem, além da mudança de paradigma já assinalada, com enfoque na finalidade da jurisdição e na ampliação do acesso à justiça em detrimento da titularidade estatal, as demais características da jurisdição, cuja presença se detecta, em maior ou menor escala, no instituto da arbitragem. Em primeiro lugar, pode ser dito que a arbitragem é revestida de substitutividade, já que o árbitro detém poderes para se sub-rogar à vontade das partes e, dessa forma, aplicar o direito. Outro aspecto que identifica a sentença arbitral á judicial consiste no fato de que também aquela produz coisa julgada, de molde que seus efeitos revestem-se da característica da imutabilidade, inerente à atividade jurisdicional, que é definitiva por natureza. Veja-se, ainda, que o árbitro, assim como o juiz, atua na qualidade de terceiro desinteressado, satisfazendo o requisito da imparcialidade. Por outro lado, a despeito de não estar investido de um cargo público, o árbitro também está investido de poderes decisórios cuja eficácia equipara-se à sentença judicial. É certo que a arbitragem deve ser exercida em contraditório regular, muito embora o procedimento arbitral não seja idêntico aquele estabelecido para o processo judicial. Por fim, a atividade do árbitro, tanto como a do juiz, é inerte, pois depende da provocação dos interessados.*” – Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 133-143.

¹¹⁰ Acreditamos estarem estes Autores com a razão ao informar sobre uma “*poderosa tendência doutrinária...*” que “*...atribui à arbitragem natureza jurisdicional*”. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 53.

Frisamos: Tal natureza jurisdicional da arbitragem não macula, de forma alguma, a questão de que somente os órgãos do Poder Judiciário estão habilitados a realizar o direito à jurisdição. Na arbitragem, prevalece a autonomia da vontade das partes e o seu caráter de facultatividade, não obrigatoriedade. Inclusive será, aquele, o caráter que prevalecerá na futura Arbitragem Tributária brasileira.

1.2.1.2. Brevíssimas notas sobre o Princípio da Razoável Duração do Processo

Estrategicamente acrescentado como garantia constitucional em nossa Magna Carta¹¹¹, com a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, sendo subjetivo de cada cidadão exigir o aperfeiçoamento e a prática desta norma basilar.¹¹² Isto, pois, como instrui JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Constituições tornam-se válidas quando pressupõem “a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico”. Compreende CANOTILHO que a constituição não representa uma simples positivação do poder, mas “também uma positivação de valores jurídicos”.¹¹³

Na mesma tônica da razoável duração do processo, há o Pacto de San José da Costa Rica. O Governo brasileiro depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992 e, em 6 de novembro do mesmo ano publicou o Decreto 678 de 6 de novembro de 1992 que incorporou essa Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro.¹¹⁴ Entrou em vigor internacionalmente no dia 18 de julho de 1978 e menciona, em seu art. 8, nº. 1, que todas as pessoas

¹¹¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso LXXVIII acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>.

¹¹² HESS, Heliana Coutinho. O princípio da Eficiência e o poder judiciário. Revista da faculdade de direito da USP. v. 105. São Paulo: USP, jan./dez., 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67899/70507>>. Acesso em 21 julho 2019.

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed.. Coimbra: Almedina, 1993. p. 75.

¹¹⁴ Ibid. Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal, administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 312; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.96

terão direito de serem ouvidas “com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial”.¹¹⁵

De acordo com NELSON NERY JUNIOR, o princípio da razoável duração do processo possui função dupla.¹¹⁶ Busca adotar mecanismos complementares de solução de conflitos visando tanto a celeridade, como o respeito ao tempo do processo.¹¹⁷

Uma das funções da Administração Pública é “atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade”. Com o uso correto dos recursos disponíveis para esse fim, além de organização interna adequada, será garantida maior rentabilidade social. O objetivo do princípio da eficiência é “informar a Administração Pública, visando a aperfeiçoar os serviços e as atividades prestados, buscando otimizar os resultados e atender o interesse público com maiores índices de adequação, eficácia e satisfação.”¹¹⁸ Ademais, quando uma Administração Pública é eficiente, ela

¹¹⁵ BRASIL. Decreto Lei nº. 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 novembro 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 11 julho 2019.

¹¹⁶ NERY JUNIOR, 2009. p. 316. Princípio da eficiência elencado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal: “Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>; e o Código de Processo Civil em seu: “Art. 139 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: II - velar pela duração razoável do processo” e “Art. 8º - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

¹¹⁷ “[...] O princípio da duração razoável possui dupla função porque, de um lado, respeita ao tempo do processo em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde seu início até o final com o trânsito em julgado judicial ou administrativo, e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a aliviar a carga de trabalho da justiça ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo. [...] O tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje, porquanto a aceleração das comunicações via web (internet, e-mail), fax, celulares, em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados e administrados para que haja solução rápida dos processos judiciais e administrativos.” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal, administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 314-315.

¹¹⁸ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 7, nº. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jul. 1999. p. 214-216; BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO - 3ª Câmara Cível/Comarca de Goiânia). Apelação Cível nº. 132.953-2/188 (200804170597). Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela quarta turma julgadora de sua terceira Câmara Cível, a unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Custa de lei. Apelante: Cláudia Vieira De Oliveira Ferreira. Apelado: Estado De Goiás. Relator: Fausto Moreira Diniz - Juiz Convocado. Voto do Juiz Convocado Fausto Moreira Diniz. Goiânia, 16 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_1329532188_20081216_20090304_170237.PDF>. Acesso em: 5 julho 2019.

tem o dever de atender os administrados da melhor forma, fazendo o uso e dispondo de estratégias novas e práticas gerenciais.¹¹⁹ Para HELENO TAVEIRA TORRES, o princípio da eficiência impõe um verdadeiro dever do legislador de buscar caminhos de maior economia e celeridade para viabilizar a imposição tributária.¹²⁰ Inclusive, lembra NELSON NERY JUNIOR que “existem, no sistema jurídico brasileiro, numerosas manifestações legislativas, que se traduzem em meios de celeridade do processo judicial e administrativo, bem como de lhes conferir duração razoável”.¹²¹ Frisamos que a medida efetiva, de destaque e necessária que se impõe é a inserção de outro método heterocompositivo para a resolução de conflitos tributários.

1.2.2. Lado A2: Arrecadação Fiscal

Intimamente conectada com o terceiro ponto do Triângulo Melancólico do Judiciário, está a arrecadação fiscal.¹²² Estrategicamente no segundo lugar, por ser um dos pontos centrais de todo o congestionamento do Judiciário.

¹¹⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária*, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo, Quartier Latin, 2007. p. 310-404.

¹²⁰ “[...] afora os únicos meios de solução de litígios hoje vigentes, o processo administrativo e a execução fiscal [...] algumas alternativas são importantes para serem refletidas, como a conciliação judicial, a transação e a arbitragem em matéria tributária. Diversos países alcançaram bons êxitos na redução dos seus passivos tributários, acomodando os princípios de indisponibilidade do patrimônio público e segurança jurídica dos contribuintes, com aqueles da eficiência e simplificação fiscal. [...] Assim, no campo da aplicação, nada impede que a lei possa qualificar, dentro de limites e no atendimento do interesse coletivo, os melhores critérios para constituição, modificação ou extinção do crédito tributário, inclusive os meios de resolução de conflitos, vinculativamente e com espaço para discricionariedade, no que couber, visando a atender a economicidade, celeridade e eficiência da administração tributária.” TORRES, Heleno Taveira. *Novas medidas de recuperação de dívidas tributárias*. [S.l]: Conjur, 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-jul-17/consultor-tributario-novas-medidas-recuperacao-dividas-tributarias>. Acesso em: 5 julho 2019.

¹²¹ Considerações por NELSON NERY JUNIOR, p. 316.

¹²² Como afirma LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS, em entrevista para a Revista ETCO: “É preciso criar instrumentos para que o devedor encontre soluções para seu problema, pois às vezes a pessoa quer efetivamente pagar, mas não tem recursos nas condições originais” - Procurador geral da fazenda defende execução fiscal administrativa. *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 29 julho 2009. Entrevista concedida a Andréa Assef da Revista ETCO. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-24/procurador-geral-fazenda-defende-execucao-fiscal-administrativa>>. Acesso em: 20 julho 2019.

Apesar de outros doutrinadores defenderem a possibilidade de a arbitragem receber questões atinentes às execuções fiscais, nos parece não ser este o caminho.¹²³ A execução fiscal está embasada na existência de Certidão de Dívida Ativa, ou CDA. Esta CDA, como sabemos, é título executivo extrajudicial. Infelizmente, os profissionais escolhidos pelas partes para atuarem como árbitros não possuem poder de coerção e dependem da cooperação do Poder Judiciário. É bem verdade que, tirando as exceções, o Poder Judiciário apenas será necessário caso não haja cumprimento da determinação do(s) árbitro(s). No entanto, é preciso destacar que a maioria dos casos de execução fiscal são aquelas “em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente.”. E, mais, “as dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos”, ficando ainda mais difícil a recuperação sem medidas coercitivas.¹²⁴

Acreditamos que o caminho a ser considerado, é, em verdade, a existência de outra via heterocompositiva para a resolução de conflitos tributários permitindo que o Poder Judiciário concentre os esforços apenas nas execuções fiscais. Enquanto os demais processos relativos ao Direito Tributário seriam solucionados pela arbitragem. Afinal, a alta litigiosidade do Poder Judiciário reflete diretamente nas arrecadações fiscais. Explicamos melhor.

Como afirmam CASS SUNSTEIN e STEPHEN HOLMES¹²⁵, os nossos direitos possuem um custo e estes custos dependem dos tributos cobrados, dos valores arrecadados.¹²⁶ Esses direitos são mais conhecidos por interesses públicos primários (direito fundamental à saúde e à educação, por exemplo). Diferente dos interesses públicos secundários, são indisponíveis e dependem

¹²³ No Capítulo IV, especificamente no ponto 4.2.6, traremos a questão atinente à adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, com análise do Projeto de Lei n. 4.257, de 6 de agosto de 2019, do Senador Antônio Anastasia.

¹²⁴ Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo do Justiça em Números 2020. p. 150. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf>. Último acesso em: 30 de outubro de 2020.

¹²⁵ Utilizamos, aqui, a versão espanhola da obra dos autores – *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veituno Editores, 2011. p. 6. Na apresentação do livro, Roberto Gargarella sintetiza bem o principal argumento dos autores. Diz ele: “*El libro de Sunstein y Holmes sostiene un argumento en extremo relevante para los debates de la actualidad: todos nuestros derechos dependen de los impuestos recaudados por el gobierno. Eso significa que no es posible pedir, al mismo tiempo, que la política reduzca los impuestos y dé garantía plena a nuestros derechos. La libertad de expresión, la seguridad social, el debido proceso, el voto son algunos de los derechos que más valoramos, y no son gratuitos, sino que cuestan dinero. Es decir que requieren la permanente inversión estatal*”.

¹²⁶ Quando há um aumento de demanda, uma das alternativas é melhorar a estrutura do próprio Poder Judiciário, homenageando o princípio da fundamental da razoável duração do processo. A falta dessa estrutura influência diretamente no índice satisfatório de solução das controvérsias. Queda de eficiência e, automaticamente, a morosidade, são alguns dos muitos outros fatores. Esses fatores, lamentavelmente, afetam, e muito, a sociedade como um todo. Tanto o Fisco, como os contribuintes, direta ou indiretamente, são afetados pela mora nas soluções das controvérsias fiscais.

diretamente dos recursos financeiros. Sem arrecadação, não há recursos públicos. Sem recursos públicos, há carência de medicamentos em hospitais públicos, falta de recursos em Universidades Públicas, em escolas e demais órgãos que dependem dos valores a serem arrecadados.

Mas, atualmente, “a recuperação do crédito tributário passou a ser o grande desafio para os governos de todos os níveis da federação”.¹²⁷ O que viola, conseqüentemente, “os direitos dos contribuintes que cumpriram suas obrigações fiscais, desequilibrando a distribuição da carga tributária, em afronta aos Princípios da Igualdade e da Capacidade Contributiva”.¹²⁸

Uma das medidas possíveis de adoção seria a Arbitragem Tributária. Estamos de acordo com BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA ao compreender que há “estreita relação entre a recuperação econômica do país e resolução da ineficiência estatal em resolver as controvérsias tributárias. A arbitragem tributária se apresenta como importante instrumento para que se possa observar a criação de um sistema tributário mais justo e racional.”¹²⁹ Igualmente estamos de acordo com JONATHAN BARROS VITA ao afirmar que “a arbitragem pode funcionar como forma de (re)equilibrar as distorções tributárias perfazendo uma ferramenta de acesso ao sistema econômico com a finalidade de (re)produzir e (re)alocar eficiências econômicas”.¹³⁰

Contudo, no Brasil, esse mecanismo carece de consolidação¹³¹, apesar de inexistirem óbices para a sua adoção.¹³² Entre as fortes razões para a inexistência de enunciado prescritivo está o

¹²⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº. 4.257/2019. Autoria do Senador Antonio Anastasia. Justificativa. p. 8. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 7 de agosto de 2019.

¹²⁸ Trecho retirado da pesquisa que, inclusive, recomendamos fortemente a leitura: MELO, Kalyara de Sousa; GASSEN, Valcir. QUEM PAGA E NÃO DEVERIA versus QUEM DEVERIA E NÃO PAGA: a eficiência na recuperação de ativos fiscais e sua relação com a equidade na matriz tributária. In.: GASSEN, Valcir. *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre estado, constituição e tributação*. 2. ed. rev., atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 215.

¹²⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *Arbitragem Tributária: Racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 137.

¹³⁰ VITA, Jonathan Barros. *Arbitragem Comercial E De Investimentos E O Direito Tributário*. São Paulo: No prelo, 2015. p. 16.

¹³¹ Importante lembrarmos, neste momento, que a Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015, legalmente definiu a utilização da arbitragem pela administração pública. Assim, a previsão legal, na LArb, para a Administração pública direta e indireta valer-se da arbitragem para a solução de seus litígios, está claramente estabelecida nos § 1º e 2º do referido artigo 1º. HELY LOPES MEIRELLES, para quem os referidos parágrafos são suficientes para satisfazer o princípio da legalidade administrativa, é enfático ao mencionar: “*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 9.307/1996, 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 utilização.*”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 240-249.

¹³² Em 28 de abril de 2010, por meio do art. 124 da Lei n. 3-B, o orçamento de Estado para o ano de exercício foi aprovado e, conseqüentemente, o Governo português foi autorizado a inserir a arbitragem para solucionar conflitos

suposto Princípio da Indisponibilidade do Crédito Tributário, costumeiramente considerado, pela doutrina, óbvio demais para merecer análise crítica.¹³³ Esse óbice à plena arbitrabilidade objetiva é, em realidade, um dogma. Acreditamos, pela distinção jus-filosófica entre interesse público primário e secundário, que o crédito tributário é, em realidade, interesse público secundário, disponível e arbitrável.¹³⁴

Não defendemos, aqui, que a arbitragem tributária descongestionaria o Poder Judiciário. Não é essa a proposta. De acordo com os dados do CNJ, a movimentação processual deixa clara a dificuldade para a diminuição da taxa de congestionamento.

A arbitragem tributária seria, em realidade, uma via complementar¹³⁵ de resolução das controvérsias tributárias¹³⁶, uma solução “à desjudicialização de demandas”, retirando “alguns assuntos que hoje, em virtude da legislação vigente, estão desnecessariamente sendo processadas pelo Poder Judiciário”, visando maior efetividade na cobrança da dívida ativa e, conseqüentemente, aumentando a arrecadação fiscal.¹³⁷

Concordamos com o Projeto de Lei nº. 4.257, 6 de agosto de 2019, ao afirmar que a via judicial apenas seria acionada se “a intervenção do juiz for considerada imprescindível para garantir a proteção a um direito fundamental do cidadão”. Para o Projeto de Lei, o caráter de imprescindibilidade não está nos casos da execução fiscal “dos tributos que são devidos em razão da propriedade, posse ou usufruto de bens imóveis passíveis de alienação ou da propriedade de

tributários. Com a aprovação do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), por meio do Decreto-Lei n. 10, de 20 de janeiro de 2011, vinculada à publicação da Portaria de Vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira n. 112-A, de 22 de março de 2011, os tribunais arbitrais tributários também começaram a funcionar sob a égide do CAAD após a entrada em vigor da Portaria n. 112-A/2011 em 1 de julho de 2011.

¹³³ *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10.

¹³⁴ Existem dois acórdãos no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, de relatoria do Ministro LUIZ FUX. O primeiro proferido no julgamento do Recurso Especial n. 303.806/RO e o segundo acórdão é o julgamento do Recurso Especial n. 640.412/SC, 1ª Turma, julgado em 19.5.2005, DJ de 13 jun. 2005.

¹³⁵ Preferimos, aqui, se referir à arbitragem como meio “complementar”, ao invés de meio “alternativo” ou meio “adequado”, concordando com a doutrina portuguesa na pessoa do Professor Francisco Nicolau Domingos. Para tanto, recomendamos a leitura de sua obra publicada no Brasil – *Métodos alternativos de resolução de conflitos tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

¹³⁶ Para GERALDO ATALIBA: “[...]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”. Diz, 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”. ATALIBA, Geraldo. Recurso em Matéria Tributária. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 25, n. 97, 1988. p. 123.

¹³⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº. 4.257/2019. Autoria do Senador Antonio Anastasia. Justificativa. p. 10. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 7 de agosto de 2019.

veículos”.¹³⁸ Dentro dessa perspectiva, frisamos que a AT é – e deve ser – facultativa, não interferindo, de forma alguma, no princípio da inafastabilidade de jurisdição.¹³⁹ Ao contrário, efetiva garantias fundamentais, além de recursos públicos para a efetivação de direitos sociais.

1.2.3. Lado A3: Novos Rumos

Como afirma ENZO TRAVERSO, não dentro de um contexto do judiciário, dentro de um contexto histórico, mas aplicável também neste pensamento: "a melancolia continua no ar como o sentimento dominante de um mundo que carrega o pesado fardo de seu passado, e segue caminhando sem um norte, sem um futuro discernível".¹⁴⁰ Grande parte das preocupações do Estado, seja com a saúde, com a educação, e outras que, parece-nos, o Estado é insuficiente, tem raiz. Essa raiz está na pecúnia. Nos recursos públicos. Na falta dos recursos públicos, melhor dizendo.

Dentro desse contexto, há, atualmente, 2,2 bilhões de reais parados no Poder Judiciário. Devidos, mas, parados em execuções fiscais que se alastram pelo tempo. Muitas acabam, até mesmo, prescritas. Se 1/10 desse valor fosse devidamente arrecadado, quiçá parcela de algumas dessas preocupações estatais seriam sanadas.

Eis a razão de tratarmos tais “*novos rumos*” como o terceiro ponto do Triângulo Melancólico do Poder Judiciário. Por estar, nele, a possível solução. Ou melhor, a hipótese, a ideia, as conjecturas para uma solução, para uma base que pode alterar a realidade dos lados A1 e A2. Esperamos que tais “*novos rumos*” encontrem, em breve, realmente, um rumo efetivo. Por

¹³⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº. 4.257/2019. Autoria do Senador Antonio Anastasia. Justificativa. p. 11. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 7 de agosto de 2019.

¹³⁹ “*Convencionada essa via para a resolução da controvérsia, as partes afastam consensualmente a intervenção do Poder Judiciário. Destaque-se que esse consenso das partes visando ao afastamento da intervenção estatal para a resolução do litígio não esbarra na garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As partes apenas abdicarão de uma decisão estatal, submetendo ao julgador privado justamente aqueles casos em que a intervenção estatal sequer seria necessária [...]*”. AMARAL, Paulo Osternack. Cláusula Compromissória em Título Executivo Extrajudicial: Tentativa de Compatibilização. Curitiba: *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, nº. 17, jul., 2008. p. 1. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=17&artigo=819#>>. Acesso em: 8 março 2019.

¹⁴⁰ TRAVERSO, Enzo. Passados assombrados desprovidos de utopias. In: Idem. *A melancolia de esquerda: marxismo, história e memória*. Belo Horizonte: Áyiné, 2018, p. 27- 62. p. 62.

enquanto, deixamos ele como a base do presente Triângulo Melancólico do Poder Judiciário. Afinal, por enquanto, acreditamos que o Estado brasileiro pouco busca por medidas que acelerem as arrecadações. A ciência encontra, como é o caso da Arbitragem Tributária. Mas, nas palavras de ENZO TRAVERSO, aplicando por analogia, o Estado insiste em permanecer sem um futuro discernível.¹⁴¹

¹⁴¹ TRAVERSO, *op. cit.*, p. 62.

CAPÍTULO II – ARBITRAGEM E OS SEUS REQUISITOS: CONHECIMENTOS NECESSÁRIOS SOBRE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM PARA A MELHOR COMPREENSÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

“E se o Estado se encontra desarmado e o juiz estatal de lado, a arbitragem, que parece naturalmente ser impulsionada por esta globalização, não deve ser apenas um instrumento ou um cúmplice. Pode tornar-se, ao menos parcialmente, garantidora do respeito pelo direito e pelos valores fundamentais que o Estado é encarregado de fazer prevalecer.”¹⁴²
(Philippe Fouchard)

Antes de apresentarmos a arbitragem voluntária de Portugal, n. 63, de 14 de dezembro de 2011, e, igualmente, a Lei de Arbitragem brasileira, n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, é importante sabermos três pontos. Primeiro, sobre a utilização do termo “alternativos” quando tratamos dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos para, então, passarmos ao segundo ponto, sobre a utilização da Lei Modelo da UNCITRAL por Portugal e, também, pelo Brasil. Por fim, no último ponto, precisamos passar os olhos sobre a expressão “Sistema Multiportas”, ou *Multi-door Courthouse* (MDC), tão mencionada pela doutrina.¹⁴³

Com relação ao primeiro ponto, concordamos com FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS ao mencionar que os meios alternativos de resolução de conflitos “são indiscutivelmente meios de acesso à Justiça e, como tal, poder-se-á igualmente designá-los como meios complementares de resolução de litígios”.¹⁴⁴ Inclusive, parece-nos que, não apenas podemos igualmente designá-los

¹⁴² Tradução livre de: “*Et si l’Etat se trouve désarmé, et le juge étatique écarté, l’arbitrage, qui apparaît naturellement porte par cette mondialisation, ne doit pas en être qu’un instrument, voire un complice. Il peut devenir, au moins partiellement, le garant du respect du droit et des valeurs fondamentales que celui-ci est chargé de faire prévaloir*”. FOUCHARD, Philippe. *L’arbitrage et la mondialisation de l’économie*. Écrits – Droit de l’Arbitrage – Droit du Commerce International. Paris: Comité Français de L’Arbitrage, 2007. p. 484.

¹⁴³ ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao código de processo civil*. 1.ed.. Saraiva, 2016. p. 254; MÜLLER, Júlio Guilherme. *A Negociação no Novo Código de Processo Civil: Novas Perspectivas para a Conciliação, para a Mediação e para as Convenções Processuais*. In.: ALVIM, Thereza Arruda. *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro - Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. Forense, 2015; BARCELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2.ed. Col Saberes do Direito. Vol. 53. Saraiva, 2016; FREIRE, Alexandre. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Saraiva, 2017.

¹⁴⁴ DOMINGOS, Francisco Nicolau. *Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários*. Porto Alegre: Núris Fabris Ed., 2016. p. 355.

como meios complementares, como, também, é, essa, a forma mais correta para tratá-los, como o faz LUIZ DIAS MARTINS FILHO, LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS.¹⁴⁵ Explicamos o motivo.

Há três formas costumeiras de tratarmos os meios de acesso à justiça. Por métodos adequados, métodos alternativos e métodos complementares. Imaginemos um bar que vende espetinhos. O dono do bar possui um menu com espetinhos de frango, de carne e de vegetais. O cliente vegetariano escolherá o de vegetais, por ser o mais bem adequado ao seu paladar, é bem verdade. Ou seja, não há alternativa para o vegetariano, o seu paladar aceita, tão somente, o de vegetais. Mas, o cliente carnívoro escolherá entre frango ou carne. Ou seja, frango e carne atendem o carnívoro. Talvez, nem todos os clientes carnívoros. Mas, grande parte, sim. O que queremos dizer com isso é que, nem sempre existe apenas um “adequado”. Algumas vezes nos deparamos com dois adequados. Logo, é equivocado mencionar, por exemplo, que a “arbitragem é o método adequado de resolução de conflitos tributários”. Percebem que o termo “adequado” tem certa função de afunilar? Eis a falácia de relevância.¹⁴⁶ Pois, pode ser que a transação também seja adequada para resolver conflitos tributários. Agora, quando mencionamos que a “arbitragem é o método complementar de resolução de conflitos tributários”, não aparenta estarmos excluindo a transação, nem quaisquer outros métodos complementares. Estamos, em verdade, simplesmente dizendo que a arbitragem é um método complementar de acesso à justiça tributária.

Vamos para outro exemplo. Há uma festa. Temos o vestido perfeito, estamos com a maquiagem perfeita, o cabelo perfeito e o par perfeito. Mas, falta o salto alto. No armário, temos os saltos comuns, os especiais e os *red carpet*, que proporcionam aquele toque final no *look*. Se é mulher, como eu, compreenderá. Os comuns, são alternativas na falta dos especiais ou dos *red carpet*. Os especiais são aqueles que se encaixam no *look*. Sem toques de cereja do bolo. São, simplesmente, adequados, confortáveis. Mas, tem aqueles *red carpet*, que, geralmente, apesar de não serem nada confortáveis (ou seja, causam espanto, medo, saímos da básica zona de conforto), complementam o *look*. Vejamos que há diferença quando mencionamos que os *red carpet* “complementam” o *look* e não “completam” o *look*. É a cereja do bolo, é o toque especial. É isso

¹⁴⁵ MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora. In.: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 34-35.

¹⁴⁶ “No estudo da lógica é costume reservar o nome de falácia àqueles argumentos ou raciocínios que, embora incorretos, podem ser psicologicamente persuasivos. Portanto, definimos falácia como uma forma de raciocínio que parece correta, mas que, quando examinada cuidadosamente, não o é.”. COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. 2.ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 73.

que são os métodos extrajudiciais. A cereja do bolo, o toque especial para o acesso à justiça. Mencionar serem “alternativas”, infelizmente – ou, felizmente –, está errado. Dá a ideia, ao leitor, de que o litigante terá o mesmo resultado do Judiciário, o que não é verdade. Mencionar serem “adequados”, infelizmente, também está errado. Dá a ideia, ao leitor, de que o litigante terá um resultado melhor do que o resultado que teria no Judiciário. O que, sabemos, nem sempre é um resultado melhor. Na maioria das vezes é mais célere, é bem verdade. É confortável, mas, nem sempre é “adequado”. Quando mencionamos serem “complementares”, passamos a ideia, ao leitor, de serem métodos que caminham com o Judiciário. Em lados opostos, mas que chegam a algum resultado. São vias que complementam, que facilitam o acesso à justiça. É aquele, tão somente, “*plus*” para o acesso à justiça. Acreditamos que o primeiro exemplo tenha deixado mais claro. Mas, caso contrário, esperamos que o segundo exemplo tenha explicado melhor o motivo pelo qual a presente pesquisa tratará os métodos extrajudiciais como complementares, não como adequados e nem como alternativos. Encerramos o primeiro ponto antes de adentrarmos, de fato, no objeto do capítulo III.

Com relação ao segundo ponto, sobre a utilização da Lei Modelo da UNCITRAL por Portugal e, também, pelo Brasil, o que acontece é que a nova lei de arbitragem portuguesa foi plasmada na Lei Modelo da UNCITRAL¹⁴⁷. É certo que a Lei Modelo da UNCITRAL é voltada para a arbitragem internacional. Esta é a razão de segui-la, “se não integralmente, pelo menos, quanto à grande maioria das suas disposições”, aproximando os operadores do comércio

¹⁴⁷ “[...] *It might seem as if parties and arbitrators inhabit their own private universe; but in reality the practice of resolving disputes by international arbitration only works effectively because it is held in place by a complex system of national laws and international treaties. (4) Even a comparatively simple international arbitration may require reference to at least four different national systems or rules of law, (5) which in turn may be derived from an international treaty or convention—or indeed, from the UNCITRAL Model Law on international arbitration, which is referred to later in this chapter. First, there is the law that governs the international recognition and enforcement of the agreement to arbitrate. Then there is the law—the so-called ‘lex arbitri’—that governs, or regulates, the actual arbitration proceedings themselves. Next—and generally most importantly—there is the law or the set of rules that the arbitral tribunal is required to apply to the substantive matters in dispute. Finally, there is the law that governs the international recognition and enforcement of the award of the arbitral tribunal. [...]*”. Tradução livre: “[...] *Pode parecer que as partes e árbitros habitam seu próprio universo privado; mas, na realidade, a prática de resolver disputas por arbitragem internacional só funciona com eficácia por ser mantida por um sistema complexo de leis nacionais e tratados internacionais. (4) Mesmo uma arbitragem internacional comparativamente simples, pode exigir referência a pelo menos quatro sistemas nacionais diferentes ou regras de direito, (5) que, por sua vez, podem ser derivados de um tratado ou convenção internacional - ou, na verdade, da Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem, mencionada posteriormente neste capítulo. Em primeiro lugar, existe a lei que rege o reconhecimento internacional e a aplicação do acordo de arbitragem. Depois, há a lei - a chamada ‘lex arbitri’ - que rege, ou regula, os próprios procedimentos de arbitragem. Em seguida - e geralmente o mais importante - há a lei ou o conjunto de regras que o tribunal arbitral deve aplicar às questões substantivas em disputa. Por fim, existe a lei que rege o reconhecimento internacional e a execução da sentença do tribunal arbitral. [...]* ”. BLACKABY, Nigel et al. 5. ed. Student Version. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1-83. A. b. 1.06.

internacional que “se sentirão tanto mais confortáveis relativamente à escolha de um país como sede de arbitragens, quanto mais a legislação desse país se aproximar ou coincidir com os modelos normativos que lhes são mais familiares”.¹⁴⁸

Lembrando: Não defendemos que a Arbitragem Tributária em nada se parece com o instituto da Arbitragem em si. Quando falamos de Arbitragem Tributária, estamos falando do instituto da arbitragem somado com o Direito Tributário. Vamos supor que temos um livro, com tudo o que há escrito sobre o instituto da arbitragem, nacional e internacional – daria uma enorme e bela coluna de sustentação, é bem verdade. Por sua vez, temos outro livro, agora com tudo o que há escrito sobre o Direito Tributário brasileiro (especificamente brasileiro, afinal, estamos tratando, aqui, da inserção da arbitragem tributária no Brasil, com olhares para o vigente modelo português) – daria, de fato, outra enorme e bela coluna de sustentação. Desses dois livros, retiramos alguns capítulos de cada. Com estes capítulos, teremos um terceiro livro, o da arbitragem tributária:



Figura 2

Por fim, passando ao terceiro e último ponto, o *Multi-door Courthouse* foi escrito por FRANK SANDER, professor catedrático de Direito e de Prática Clínica de Harvard, no ano de 1976. Neste mesmo ano, a *American Bar Association* – ABA – patrocinou a famosa conferência sobre a insatisfação popular com a administração da justiça, mais conhecida por “*Pound Conference*”. Na oportunidade, as possibilidades de métodos complementares de resolução de conflitos nos Estados

¹⁴⁸ APA, Associação Portuguesa de Arbitragem. *Proposta de Nova LAV de 14/5/2010 com notas justificativas revistas em 20 e 25 de julho de 2011*. Lisboa: APA, 2011, p. 2. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/projectos/lav/proposta-de-lav-2011-notas.pdf>>. Acesso em: 17 janeiro 2021.

Unidos foram discutidas entre juízes, advogados, cientistas sociais e mediadores.¹⁴⁹ O objetivo do modelo, que dominou o sistema de resolução de disputas nos tribunais de justiça dos Estados Unidos, é fornecer aos litigantes vários caminhos para a justiça.¹⁵⁰

No Brasil, as iniciativas de tal sistema multiportas são mais atuais. Por exemplo, com o provimento 893/2004, do Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi instalado o Setor de Conciliação ou de Mediação em Primeiro Grau de Jurisdição, além do Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição instalado pelo provimento de n. 783/2002 e n. 843/2004.

O Sistema dos Juizados Especiais Cíveis brasileiro foi o que mais se aproximou do sistema multiportas, em termos legislativos. Há, também, o Anteprojeto de Processos Coletivos, que tem a ideia do sistema multiportas na audiência preliminar. Mas, o que mais marcou o Brasil com relação ao *Multi-door Courthouse* (MDC) foi a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Restou constituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, assegurando a todos a resolução dos conflitos pelo meio mais adequado. A conciliação e a mediação ficaram conhecidas como instrumentos efetivos de pacificação social¹⁵¹. Tanto que, estas, "tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças".¹⁵² Vários foram os órgãos criados com a Resolução em comento, como, por exemplo: i. o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos; ii. os Centros Judiciários de Solução de Conflitos, subdividido em: ii.1. Setor de Solução de Conflitos Pré-Processual; ii.2. Setor de Solução de Conflitos Processual e, por fim, ii.3. Setor de Cidadania.¹⁵³

¹⁴⁹ RAO, Hayagreeva; MORRILL, Calvin; ZALD, Mayer N. Power Plays: How social movements and collective action create new organizational forms. In.: STAW, Barry M.; SUTTON, Robert I. *Research in organizational behavior*. USA: Jai, 2000. p. 253.

¹⁵⁰ EDWARDS, Barry. *Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs*. Harvard Negotiation Law Review. Vol. 18:281. Spring, 2013, p. 321. Disponível em: <www.hnlr.org/wp-content/uploads/2013/12/18HarvNegotLRev281-Edwards.pdf>. Último acesso: 31 janeiro 2021.

¹⁵¹ Recomenda-se a leitura: LAGRASTA NETO, Caetano. A conciliação judicial – Avanços, retrocessos e esperança. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 95-106. (Coleção ADRS).

¹⁵² CNJ. Resolução n. 125. Disponível em: <www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf>. Acesso em: 18 março 2019.

¹⁵³ Recomenda-se a leitura: LUCHIARI, Valéria Ferioli. A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.) *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 95-106. (Coleção ADRS).

Claro, como salienta MARCO ANTÔNIO GARCIA LOPES LORENCINI, esses programas "não oferecem um leque de opções para a solução de uma controvérsia, como propõe o sistema multiportas".¹⁵⁴ Mas, de certa forma, são iniciativas que incentivam a utilização dos meios complementares. Especialmente com a elevação da taxa de congestionamento e da taxa de litigiosidade do Poder Judiciário, ferindo tanto os princípios constitucionais da administração pública, como as garantias fundamentais.¹⁵⁵

O Conselho Nacional de Justiça resolveu instituir “a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”¹⁵⁶. Afinal, é de sua competência zelar pela atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, nos termos do art. 37 da Constituição Federal. Verificando, ainda, além de outros quesitos, “a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”. Eis algumas razões da criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. A instalação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS), com a redação dada pela emenda 2 de 8 de março de 2016, acompanhou a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015 (art. 8º, §5º). Com o Código de Processo Civil de 2015, passa a haver o Centro Judiciário de solução de conflitos.

Em outros termos, por meio da Resolução 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, o Poder Judiciário brasileiro foi convidado a ver¹⁵⁷ e apostar¹⁵⁸ nos métodos complementares de resolução de litígios aliados à concepção de acesso à justiça. Como falamos em outra oportunidade, e ora reiteramos, com a colaboração de DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, “quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos processos e por consequência o Poder Judiciário

¹⁵⁴ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema Multiportas: Opções Para Tratamento De Conflitos De Forma Adequada. In.: SALLES, de, C. A., LORENCINI, Lopes, M.A. G., SILVA, da, P.E. A. *Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2012. p. 72.

¹⁵⁵ Dispostos no artigo 37 e no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Magna Carta, além do disposto no art. 4º do Código de Processo Civil de 2015. O acesso eficiente à Justiça faz parte dos objetivos do Poder Judiciário. O princípio enraizado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e no art. 3º, caput, do Código de Processo Civil, garante tanto a eficiência, como a celeridade para resolver a demanda judicial do interessado de forma adequada. Independente do meio que será escolhido, heterocompositivo ou autocompositivo.

¹⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125 do CNJ*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10 março 2019.

¹⁵⁷ VALLE, Maurício Dalri Timm do; PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem Tributária no Brasil e o Interesse Público: um novo mito da caverna? In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018. p. 284-285.

¹⁵⁸ ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao código de processo civil*. 1.ed.. Saraiva, 2016. p. 254.

poderá funcionar de maneira mais célere e adequada às aspirações do acesso à ordem jurídica justa.”¹⁵⁹ Os conflitos podem ter solução tanto por heterocomposição, quanto por autocomposição. A diferenciação é importante. Por isso, apesar de não ser o foco da presente pesquisa, trataremos, rapidamente, da mediação e da conciliação. Assim, a diferenciação entre a heterocomposição e a autocomposição ficará mais clara para que possamos estudar a arbitragem.

Os métodos heterocompositivos, como a arbitragem, tem a decisão imposta por terceiro imparcial e cumprida pelos litigantes.¹⁶⁰ A sentença arbitral, por exemplo, é proferida pelos árbitros – juízes de fato e de direito que são escolhidos pelas partes¹⁶¹. Conforme prescreve os artigos 18 e 31 da Lei de Arbitragem brasileira, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial e não depende de homologação pelo Poder Judiciário¹⁶², diferente do que ocorre com as “decisões” dos meios autocompositivos.¹⁶³ Estes possuem um terceiro atuando como harmonizador, intermediador e facilitador. Não há a imposição destes na decisão. Melhor dizendo, na autocomposição o resultado decorre de um acordo que as próprias partes chegaram. Este acordo celebrado precisa de homologação pelo Judiciário. Do contrário, não possui validade de título executivo judicial.¹⁶⁴ Enquanto no processo arbitral e no processo judicial há um terceiro

¹⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Jus Podivm, 2017. p. 62.

¹⁶⁰ Esta decisão, diga-se de passagem, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo, conforme art. 31 da Lei de Arbitragem Brasileira. (grifo nosso)

¹⁶¹ BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 23 de setembro de 1996. Com base na Lei de Arbitragem Brasileira, em seus art.(s) 13 e 14, a constituição do tribunal arbitral dá-se da seguinte forma: Colegiado ou Monocrático. Se as partes escolherem pelo órgão colegiado, o número de árbitros terá de ser sempre ímpar (art. 1, parágrafo 1) – geralmente acabam sendo três. Quando as partes nomearem apenas dois árbitros, não havendo acordo sobre o terceiro, por exemplo, quem ficará encarregado de realizar a escolha do terceiro árbitro são os julgadores já nomeados pelas partes, conforme art. 13, parágrafo 2. Se, ainda assim, não houver acordo, as partes irão requerer ao órgão do Poder Judiciário para fazer a nomeação, conforme o estipulado no mesmo parágrafo.

¹⁶² Lei de Arbitragem, n. 9.307, de 23 de setembro de 1996: “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.” e “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.”

¹⁶³ “A autocomposição judicial, em qualquer de suas modalidades, pode operar-se por (a) documento elaborado extrajudicialmente, que, uma vez juntado aos autos, dispensa a sua redução a termo; 49 por (b) termo elaborado por escrivão ou chefe de secretaria (c) durante a audiência, quando constará em ata. A autocomposição pode ser homologada enquanto o processo estiver pendente (art. 139, V, CPC). É possível que a autocomposição seja parcial -envolva apenas parte do mérito. Nestes casos, a homologação judicial, que será possível, não implicará a extinção do processo, mas, sim, a solução parcial do mérito e o prosseguimento da causa para o julgamento do restante. Não será, pois, sentença, mas decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (art. 354, par. ún., CPC). Também é possível que a autocomposição verse sobre aspecto que esteja fora dos limites do objeto litigioso. Nada impede que se incorpore à transação, p. ex., outra lide, estranha a que está sendo discutida, assim como outros sujeitos (art. 515, § 2º, CPC).”. DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*, parte geral e processo de conhecimento. v.1. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 823.

¹⁶⁴ São várias as diferenças se comparados os autocompositivos com os heterocompositivos, por exemplo: “Quando se trata de processo autocompositivo (em que a solução é dos interessados), não deve haver qualquer preocupação

imparcial que produz uma decisão, nos métodos autocompositivos a resolução de conflitos possui condução independente. A decisão é tomada pelas próprias partes. O terceiro tem apenas o papel de atuar como harmonizador entre as partes, como intermediário ou intercessor.¹⁶⁵

Precisamos ter em mente que gênero são os métodos autocompositivos e os heterocompositivos. Dentre as suas espécies, estão a conciliação, a mediação, a transação¹⁶⁶, a arbitragem, entre outros métodos complementares de resolução de conflitos. Entre as espécies de cada gênero há semelhanças, mas, também, diferenças. Como é o caso da mediação e da conciliação, meios autocompositivos. Diferenciadas, inclusive, pelo próprio Código de Processo Civil de 2015, na quinta seção do capítulo III.

A mediação permite a transformação de um contexto de confronto em um contexto colaborativo, promovendo a paz, o bom senso e a cooperação, facilitando a negociação sem ser um processo adversarial. Trata-se de "um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando alternativas".¹⁶⁷

Há três padrões básicos de mediação de conflitos: i. o modelo tradicional linear de Harvard, conhecido por mediação Harvardiana, ii. o modelo transformativo de BUSH e FOLGER, conhecido por mediação transformativa e iii. o modelo circular narrativo de SARA COOB.

O primeiro modelo de mediação foi criado pela Universidade de Harvard. É denominado "*tradicional linear de Harvard*", também conhecido por mediação Harvardiana. Se assemelha ao modelo brasileiro de conciliação¹⁶⁸.

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, 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. Ainda, tem-se: "*Em se tratando de um processo autocompositivo, o excesso de formalismos fatalmente cercearia o mediador em sua liberdade de conduzir o conflito em observância aos interesses, às necessidades e às possibilidades do caso concreto.*". SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 154-155.

¹⁶⁵ Veja: CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 44-51; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31-34; NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 31-41

¹⁶⁶ "*Não se pode confundir transação com autocomposição, que é gênero do qual aquela é espécie.*". DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. v.1. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 822.

¹⁶⁷ BREITMAN, Stella; PORTO, Alice. *Mediação Familiar: Uma Intervenção em Busca de Paz*. Rio Grande do Sul: Criação Humana, 2001.

¹⁶⁸ "*É o modelo que mais se assemelha ao nosso modelo de conciliação*". NAZARETH, Eliana Riberti. *Mediação o Conflito e a Solução*. São Paulo: ArtepauBrasil, 2009. p. 66.

Este modelo de mediação linear de Harvard possui cinco etapas, com intervenção indireta do mediador (mediação passiva). Na primeira etapa, denominada “*contracting*”, o intercessor/mediador repassa as normas a serem seguidas para as partes, transmitindo segurança ao modelo. Na segunda etapa, chamada “*developing issues*”, o intercessor/mediador procura compreender quais são as questões relevantes às partes e seus interesses. Na terceira etapa, denominada “*looping*”, o intercessor/mediador realiza uma “sabatina”. Em outras palavras, várias perguntas com o propósito de conseguir extrair a verdade. Esta terceira etapa, na maioria dos casos, gera desconforto. Na quarta etapa, conhecida por “*brainstorming*”, o intercessor/mediador organiza as concepções das partes com a finalidade de solucionar a controvérsia da melhor forma, ouvindo as possíveis soluções para o caso, apresentadas pelas partes. Por fim, na quinta e última etapa, denominada “*drafting the agreement*”, acontece a lavra do termo da mediação. É visível que este modelo se caracteriza pela cooperação. Na maioria das vezes, o resultado é satisfatório para ambas as partes.

O segundo modelo foi elaborado pelo teórico da negociação chamado BARUSH BUSH e pelo teórico da comunicação chamado JOSEPH F. FOLGER. É denominado por “*transformativo de Bush e Folger*”, conhecido como mediação transformativa e, também, com intervenção indireta do mediador (mediação passiva). Trata-se de um modelo aplicado praticamente no mundo todo pelo fato de zelar pela necessidade das partes, sendo conhecido como o modelo que apresenta tal acordo apenas como uma possibilidade diversa para as partes, divergindo, assim, da mediação harvardiana que apresenta o acordo como a única solução, como o objetivo principal.

Neste modelo de mediação transformativa é importante o trabalho de uma comissão transdisciplinar, especialmente por ser este o modelo ideal na resolução das novas questões da sociedade, especialmente a multiplicidade de modelos familiares.

Por fim, o terceiro e último modelo é o denominado “*modelo circular narrativo de Sara Coob*”. Para SARA COOB deve ser desenvolvido um processo de percepção, intimamente conectada com a segurança, que permite à parte perceber e aprender o seu problema.¹⁶⁹ O instrumento mais utilizado neste modelo de SARA COOB é a narrativa, que foca nas informações das partes com a intenção de aumentar a reflexão. LAURA GARCÍA RAGA destaca a comunicação neste modelo, sendo ela o “canal de solução de problemas entre as partes, sem olvidar da finalidade de que os

¹⁶⁹ COOB, Sara. Una perspectiva narrativa en mediación. In.: FOLGER, Joseph; JONES, Tricia S. (coord). *Nuevas direcciones em mediación*. Mediación n. 7. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 90.

participantes cheguem a um acordo, que é o objetivo da mediação, ao menos em todos os contextos”.¹⁷⁰ Também MARINES SUARES, fundamentando este modelo na comunicação, além da causalidade circular. Para a autora a comunicação compreende-se como um todo no qual estão inseridas duas ou mais pessoas com os elementos verbais e para-verbais. Já a causalidade circular, por sua vez, não possui causa exclusiva que produza um resultado, mas, sim, causa que se retroalimenta, sendo ela denominada circular.¹⁷¹

O papel do mediador é desbloquear a comunicação entre as partes, gerando reflexões para que elas encontrem a solução. Justamente pelo mediador ser considerado auxiliar do juiz, promovendo a autocomposição (art. 139, inciso V, CPC de 2015), se submete aos mesmos casos de impedimento e suspeição determinados pelo CPC de 2015 aos Juízes¹⁷², assim como ocorre com os árbitros¹⁷³. Atuando, de preferência, nos casos em que houver algum vínculo anterior entre as próprias partes, auxiliando-as na compreensão das questões atinentes à lide. Este auxílio deve se dar com o intuito de as partes restabelecerem a comunicação, possibilitando que cheguem a solução sem o auxílio do mediador. Priorizando, e observando, a efetividade e a autonomia das partes (art. 165, §3º e art. 166, §4º do CPC de 2015).

Tal solução “obtida pela mediação tende a ser mais estável que aquela decorrente da conciliação”.¹⁷⁴ Isso se deve, principalmente, pelo fato de o conciliador estar preocupado em solucionar o litígio. As partes não necessariamente acordam entre si, em alguns casos acabam aceitando a solução imposta pelo conciliador para finalizar a questão. Na mediação é diferente, não há solução até que as partes cheguem a um acordo. Há uma preocupação maior com o aspecto psicológico, por exemplo. Concorda-se com ANGÉLICA ARRUDA ALVIM, ARAKEN DE ASSIS e EDUARDO ARRUDA ALVIM ao afirmarem que:

Vê-se que a escolha entre um desses mecanismos não pode ser feita aleatoriamente, e exigirá do magistrado e das partes o devido cuidado, seja porque a escolha de método

¹⁷⁰ RAGA, Laura García. Escuelas de Mediación. In.: J. Henri B. Peris e Francisco H. Mena (directores). *Mediación Familiar*. Madrid: Dykinson, 2010, Tomo III.

¹⁷¹ SUARES, Marines. *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 2012. p. 61.

¹⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 276.

¹⁷³ BRASIL. Lei nº 9.307/96. Vide art. 14: Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição dos juízes, aplicando-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

¹⁷⁴ ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao código de processo civil*. 1. ed. Saraiva, 2016. p. 254-255.

inadequado não surtirá qualquer efeito, seja porque, além de ineficiente, contrariará o princípio da economia – duplamente, seja em razão dos custos do processo, sejam em razão do tempo que se perderá.¹⁷⁵

A escolha pelo método complementar depende de cada caso. A maioria dos problemas familiares, por exemplo, costumam adequar-se melhor à mediação.

Já na conciliação, por definição legal, o conciliador operará, de preferência, nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. Poderá sugerir soluções para o litígio em questão. Mas, não poderá constranger ou intimidar as partes para que cheguem a uma conciliação.¹⁷⁶

Assim como o mediador, o conciliador também é considerado auxiliar do juiz, se submetendo aos mesmos casos de impedimento e suspeição determinados pelo NCPC aos Juízes.¹⁷⁷

Por seu turno, a doutrina, ao conceituar a conciliação, costuma conceituar, também, a mediação. De um lado, a doutrina minoritária conceitua da mesma maneira ambas as alternativas ao sistema tradicional. De outro lado, a doutrina majoritária concorda com o Código de Processo Civil de 2015 e considera diferenças na atuação do conciliador e do mediador.

Para FREDIE DIDIER JR. a “mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição” com sutis diferenças. O conciliador pode sugerir soluções para o conflito, enquanto o mediador apenas facilita a comunicação entre as partes, para que identifiquem por si mesmas as soluções.¹⁷⁸ LUIZ ANTONIO SCAVONE JR. afirma que na conciliação “há proposta de solução e não imposição pelo conciliador” e que na mediação há auxílio às partes, não há decisões pelo mediador, tampouco propostas de soluções.¹⁷⁹ ANGÉLICA ARRUDA ALVIM, ARAKEN DE ASSIS e EDUARDO ARRUDA ALVIM mencionam que as atividades de conciliador e de mediador são diferentes, mas há casos em que as duas podem se confundir, por exemplo:

¹⁷⁵ ALVIM; ASSIS; ALVIM, 2016, p. 254-255.

Ver, também: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 277

¹⁷⁶ Código de Processo Civil, 2015: “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”

¹⁷⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 276.

¹⁷⁸ DIDIER Jr., 2016. p. 273-275.

¹⁷⁹ SCAVONE Jr., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação*. 8. ed. Forense, 2018. p. 76.

Com efeito, poderá ocorrer que, ao auxiliar os interessados “a compreender as questões e os interesses em conflito” (§ 3º do art. 165 do CPC/2015), o mediador avance um pouco mais e acabe, ainda que indiretamente, por “sugerir soluções para o litígio”, algo próprio da atividade do conciliador (§ 2º do art. 165 do CPC/2015). Essa circunstância fica clara quando, na Lei n. 13.140/2015, dedicada à mediação, afirma-se, no que diz respeito ao dever de confidencialidade, que ele alcança a “manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador”. Vê-se, pois, que a Lei n. 13.140/2015, diversamente do CPC/2015, admite que o mediador também sugira soluções para o litígio [...] ¹⁸⁰

A mediação e a conciliação devem observar os princípios elencados no próprio art. 166, caput, do NCPC: i. o princípio da independência, ii. o princípio da imparcialidade, iii. o princípio da autonomia da vontade, iv. o princípio da confidencialidade, v. o princípio da oralidade, vi. o princípio da informalidade, vii. o princípio da decisão informada, viii. o princípio da boa-fé. ¹⁸¹ Alguns deles são mencionados no art. 1º, do Anexo III da Resolução do CNJ nº. 125/2010, que também menciona outros princípios como, por exemplo, o da competência, do respeito à ordem pública e às leis vigentes, do empoderamento e o da validação. Tais “‘princípios’ têm graus diferentes de importância, em relação aos outros.” ¹⁸²

O primeiro mais importante princípio é a autonomia da vontade das partes, base do procedimento contratual, sendo necessário respeitar o ordenamento jurídico, restando vedado qualquer vício. Segundo o código de ética de conciliadores e mediadores judiciais pela redação dada com a emenda n. 1, de 31 de janeiro de 2013, o conciliador e o mediador devem ter qualificação que o habilite à atuação judicial, conforme o princípio da competência. Atuando com liberdade, sem sofrerem nenhuma pressão interna ou externa. Eis o princípio da independência ou da autonomia dos conciliadores e dos mediadores. Pode haver recusa, suspensão ou interrupção da sessão se o conciliador, ou mediador, notar que há ausência de elementos para o devido prosseguimento. Qualquer que for o acordo, mesmo que ilegal ou inexecutável, deve ser redigido.

¹⁸⁰ ALVIM, 2016, p. 255.

¹⁸¹ BRASIL. Lei nº. 13.105/15. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. “Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.”.

¹⁸² ALVIM, *op. cit.*, p. 256.

Essa independência dos terceiros deve estar enraizada no princípio da imparcialidade. Princípio que veda a possibilidade de qualquer favorecimento, preferência ou preconceito do mediador/conciliador para com as partes. Nem mesmo conceitos pessoais devem ocasionar interferências no resultado do trabalho, conforme regulamenta a Resolução do CNJ nº. 125/2010.

Deve, sim, tanto o conciliador, como o mediador, manterem “o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”¹⁸³, conforme no princípio da decisão informada.

O princípio da confidencialidade protege as informações trazidas pelas partes ao processo. Especialmente para que elas se sintam mais à vontade. Confiantes de que, em caso de restarem vencidas, não terão as informações fornecidas divulgadas de alguma forma, ocasionando-as possíveis prejuízos. Pode-se dizer que tal princípio entrega maior confiança das partes ao processo, facilitando a obtenção de solução consensual. Nos termos do art. 1º, inciso I da Resolução do CNJ nº. 125/2010, a confidencialidade é o dever do conciliador/mediador “de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão”¹⁸⁴, não sendo permitido que façam parte do rol de testemunhas do caso e nem que atuem como advogado das partes envolvidas.

Mas, se as informações forem devidamente autorizadas pelas partes a serem divulgadas, ou se se referirem a qualquer violação à ordem pública ou às leis vigentes, não serão mais confidenciais.

Quanto ao princípio da oralidade, o Código de Processo Civil, em seu art. 166, caput, permite percebermos que as tratativas e todas as conversas prévias que as partes tiverem com o terceiro imparcial devem ser realizadas de forma oral, conferindo confidencialidade, celeridade e informalidade. Demonstra que a comunicação entre as partes é importante, havendo contato pessoal das partes tanto com o conciliador, como com o mediador.

O princípio da informalidade reflete a ausência de regras fixas que desestimulam o relaxamento. Esse princípio, portanto, tem por finalidade incentivar o relaxamento entre as partes, levando-as à certa tranquilidade. Sendo necessário que estejam tranquilas e confortáveis, tendo em vista que a obtenção da solução consensual depende exclusivamente delas.

Por fim, destaca-se o princípio do empoderamento e o princípio da validação. O primeiro estimula os interessados no aprendizado para que possam resolver da melhor forma os

¹⁸³ Art. 1 do Código de ética de conciliadores e mediadores judiciais. Redação dada com a emenda n. 1, de 31 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 15 fevereiro 2021.

¹⁸⁴ Ibid.

seus conflitos. Já o segundo, o princípio da validação, estimula os interessados a perceberem que são merecedores de toda a atenção e respeito. Principalmente durante a resolução de um conflito.

Dentre os métodos complementares autocompositivos temos, também, a transação¹⁸⁵ e a negociação¹⁸⁶. Mas, a autocomposição não é o foco desta pesquisa, que analisará tão somente um método complementar heterocompositivo de resolução de controvérsias, a arbitragem. Julgamos, hoje, ser o mais certo e coerente para resolver os conflitos tributários.

¹⁸⁵ “Transação é o negócio jurídico pelo qual as partes põem fim (ou o previnem) consensualmente ao litígio, após concessões mútuas [art. 840 do Código Civil]; renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda é o ato abdicativo pelo qual o demandante reconhece não possuir o direito alegado; o reconhecimento da procedência do pedido é a conduta do demandado que admite a procedência do pedido que lhe foi dirigido [submissão]. São hipóteses de autocomposição, solução negociada do conflito. [...] Não se pode confundir transação com autocomposição, que é gênero do qual aquela é espécie. É possível autocomposição sem transação, como nas hipóteses de renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda (art. 487, II, “c”) ou reconhecimento da procedência do pedido [art. 487, III, “a”). As alíneas do inciso III do art. 487 cuidam de hipóteses de homologação de autocomposição. Em razão de suas semelhanças, merecem receber um tratamento dogmático geral para, somente após, serem apontadas as peculiaridades de cada uma das modalidades de solução consensual do conflito.” DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. v.1. 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 822.

¹⁸⁶ Chegar em uma loja de carros e comprar o carro pelo preço cheio anunciado, não é negociação. Agora, se ao chegar na loja de carros, a conversa flui ou, de imediato, ser lançada outra proposta, outro valor ou outras funcionalidades para o carro, a negociação começou. Diariamente os indivíduos estão negociando, seja com a portaria do prédio no recebimento de correspondências, seja com o vizinho que não para de fazer barulho de madrugada. A negociação está em todos os momentos. A “pechincha” é uma forma de negociação. O que não pode ocorrer é confundir a negociação com o simples ato de comprar refrigerante, refeição, livros, roupas. A negociação pode ser tanto baseada em posição, como baseada em interesses. No primeiro caso há dois rapazes brigando para reservar no mesmo dia a única churrasqueira do prédio. Chega outro rapaz, ou mulher, e sugere que um faça o churrasco no almoço e o outro faça o churrasco no jantar. É uma negociação? É. Uma negociação de posição. Agora, se os dois rapazes quisessem fazer o churrasco no almoço, poderia haver a negociação de interesses.

A negociação pode ser definida como um método autocompositivo de resolução de conflitos, sendo o processo bilateral com o objetivo de chegar ao acordo de forma conjunta, por meio de concessões mútuas. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. *Revista Quaestio Iuris*, vol.04, n.01. ISSN 1516-0351, p.245-277. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10190>> . Acesso em: 3 março 2019; George Siedel, da Universidade de Michigan, explica ambas negociações com o exemplo da pizza. Duas mulheres brigam por uma pizza gourmet. A posição de uma é que ela deveria comer a pizza. Enquanto a posição da outra é que a pizza pertence a ela. Chega uma amiga em comum das duas e sugere cortar a pizza ao meio. O resultado parece ser justo e eficaz para as duas mulheres.

Já se os interesses forem diferentes, uma gosta mais da borda da pizza e a outra mais do recheio, o resultado de cortar a pizza ao meio não será justo e eficaz. Devendo prevalecer a negociação por interesses.

Outro passo importante na negociação é decidir se ela formalizará acordos ou resolverá disputa. SIEDEL, George. *Negociação Rumo ao Sucesso: estratégias e habilidades essenciais*. Michigan: Van Rye Publishing, 2014. p. 194; FRANK SANDER e JEFFREY RUBIN diferenciam essas negociações com referência ao Deus Romano Jano. Este Deus possui duas faces, uma para o lado esquerdo e outra para o lado direito. Melhor explicadas como uma olhando para o passado (lado esquerdo) e a outra olhando para o futuro (lado direito). Como elucida George Siedel, “uma negociação que consiste em fazer um acordo olha para o futuro”, com ênfase na “solução de problemas e na identificação de interesses das partes”. Já em uma resolução de disputas, há tendência de se olhar para o passado, “focando em posições e reivindicando o valor de forma adversária”. SANDER, Frank; RUBIN, Jeffrey. The janus quality of negotiation: Dealmaking and dispute settlement. *Negotiation Journal*. April 1988, Volume 4, Issue 2, p. 109-113. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF01000570>>. Acesso em: 20 fevereiro 2019.

As definições deste instituto são parecidas dentro da doutrina. Para FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS, “na via heterocompositiva de resolução de controvérsias é um terceiro, provido de poder de autoridade com origem na lei ou por contrato entre as partes, e por isso, num plano superior às partes, que as dirime. Na primeira hipótese, no âmbito de um processo judicial e na segunda, pela arbitragem”.¹⁸⁷ Já para FRANCISCO CORTEZ, “é uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual”.¹⁸⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO retrata como meio de “resolução jurisdicional de controvérsias em que a decisão é confiada a terceiro.”¹⁸⁹ No mesmo sentido, MARIANA FRANÇA GOUVEIA descreve a arbitragem como “o modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros”.¹⁹⁰ Contudo, no tocante à natureza da arbitragem, SELMA MARIA FERREIRA LEMES salienta ser o “mais acertado definir a natureza jurídica da arbitragem como híbrida¹⁹¹, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional, o que nos autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos e corolários informadores do processo judicial, a fim de que se garanta a tutela jurídica efetiva”.¹⁹² FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS, por bem, nos lembra

¹⁸⁷ DOMINGOS, 2016, p. 351.

¹⁸⁸ CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: Dos ricos homens aos tribunais privados. In.: *O direito*. Lisboa. A.124º. n.3 (Jul.-Set.1992). pp. 365-404. p. 366.

¹⁸⁹ PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional: A determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, maio/2005. p. 26.

¹⁹⁰ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 119.

¹⁹¹ Vale realizarmos um adendo sobre esta natureza híbrida da arbitragem, com a colaboração do Pieter Sanders: “*On the one hand, there is the contractual basis: no arbitration without a valid agreement to arbitrate. This agreement may also regulate the appointment of the arbitrators; in addition, the conduct of the arbitral proceedings may be regulated in great detail by reference of the parties to a set of arbitration rules. On the other hand, arbitration is a judicial process. The arbitrators render, as private judges, a binding decision which is enforceable like a court judgement. Neither of the two aspects can be neglected. The nature of arbitration is influenced by both lines of approach.*”. Tradução livre: “*Por um lado, existe a base contratual: não há arbitragem sem validade acordo para arbitrar. Este acordo também pode regular a nomeação dos árbitros; além do que, além do mais, a condução do processo arbitral pode ser regulada em grande detalhe por referência das partes a um conjunto de regras de arbitragem. Por outro lado, a arbitragem é um processo judicial. Os árbitros processam, como juízes privados, uma decisão vinculativa que pode ser executada como uma decisão judicial. Nenhum dos dois aspectos pode ser negligenciado. A natureza da arbitragem é influenciada por ambas as linhas de abordagem.*”. SANDERS, Pieter. Arbitration in General. In.: *International Encyclopedia of comparative law*. Vol. XVI: Civil Procedure. Ch. 12. 1996. Ed. by: Mauro Cappelletti. Tübingen; Leiden: Mohr Siebeck: Martinus Nijhoff, 2014. p. 5.

¹⁹² LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In.: WALD, Arnaldo. *Arbitragem e mediação: A arbitragem, introdução e histórico*. Coleção Doutrinas Essenciais. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 222.

que, independentemente da natureza jurídica, o importante, para o nosso estudo, são os efeitos jurídicos da vontade dos contribuintes.¹⁹³

2.1. ARBITRAGEM EM PORTUGAL: VOLUNTÁRIA E NECESSÁRIA?

Inicialmente, relevante salientarmos as modalidades de arbitragem distinguidas pela doutrina portuguesa¹⁹⁴:

Elemento Volitivo	<ul style="list-style-type: none"> • Arbitragem Voluntária • Arbitragem Necessária
Elemento Funcional	<ul style="list-style-type: none"> • Arbitragem Ad Hoc • Arbitragem Institucionalizada
Elemento Jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • Arbitragem segundo a Lei • Arbitragem segundo a equidade

Figura 3

Com este esquema em mente, iniciaremos as distinções. O Código de Processo Civil de Portugal (CPC/PT), Lei n. 41, de 26 de junho de 2013, distingue a arbitragem necessária e a arbitragem voluntária em Portugal. Enquanto aquela possui sua prescrição a partir do enunciado de n. 1.082¹⁹⁵, normas supletivas do livro VI do referido CPC/PT, esta encontra-se regulada pelo disposto na Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), conforme o artigo 1.085 do CPC/PT.¹⁹⁶ Vale

¹⁹³ DOMINGOS, 2016, p. 353.

¹⁹⁴ CARVALHAL, Ana Paula Z. A arbitragem administrativa em Portugal. *Revista Eletrônica FMU Direito*, São Paulo, v. 24, n. 33, p. 1-18, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/73/72>>. Acesso em: 5 fevereiro 2021.

¹⁹⁵ “Artigo 1082º Regime do Julgamento Arbitral necessário: Se o julgamento arbitral for prescrito por lei especial, atende-se ao que nesta estiver determinado; na falta de determinação, observa-se o disposto nos artigos seguintes.”. PORTUGAL. Código de Processo Civil, Lei n. 41/2013. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706160200/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

¹⁹⁶ “Artigo 1085º Aplicação das disposições relativas ao tribunal arbitral voluntário: Em tudo o que não vai especialmente regulado observa-se, na parte aplicável, o disposto na Lei da Arbitragem Voluntária.”. PORTUGAL. Código de Processo Civil, Lei n. 41/2013. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706160200/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Último acesso em: 11 de novembro de 2020.

salientar que tal distinção é conhecida naquele País desde o Código de Processo Civil de 1961, Decreto-lei n. 44.129, publicado no dia 28 de dezembro.¹⁹⁷

A arbitragem necessária recebe os casos prescritos por lei especial. Na falta de determinação, deverá ser observado, na parte aplicável, o disposto na LAV. Para ANTÓNIO DE MAGALHÃES CARDOSO e SARA NAZARÉ, a arbitragem necessária é “*um regime arbitral sem convenção instituidora*”.¹⁹⁸

Eis alguns dos casos em que a arbitragem necessária é aplicada: i. processos de expropriação por utilidade pública (art. 38 e seguintes da Lei n. 168, de 18 de setembro de 1999); ii. litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais (art. 15, n. 1 da Lei n. 23, de 26 de julho de 1996); iii. relações coletivas de trabalho (art. 510 e 511 do Código de Trabalho português); iv. relações entre o titular dos direitos televisivos e os demais operadores interessados na transmissão do evento (art. 32, n. 3 da Lei n. 27, de 30 de julho de 2007); v. negociação do acordo coletivo de trabalho (art. 375, n. 4 da Lei n. 35, de 20 de junho de 2014); vi. litígios que envolvem os direitos de propriedade industrial, referentes a medicamentos de referência e os genéricos (Lei n. 62, de 12 de dezembro de 2011); vii. há casos de arbitragem necessária no Tribunal Arbitral do Desporto (TAD) criado pela Lei n. 74, de 6 de setembro de 2013. Estes casos estão dispostos nos artigos 4 e 5 da referida Lei n. 74.

Não concordamos com PAULO CASTRO RANGEL ao mencionar que os tribunais arbitrais independem “da sua qualificação como voluntários ou necessários”. Para o AUTOR, voluntários ou necessários, são “verdadeiros e próprios tribunais, submetendo-se às mesmas exigências formais, orgânicas e matérias a que submete os tribunais do Estado”.¹⁹⁹ Em outras palavras, o conceito de arbitragem deve compreender a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária. Este é o pensamento mais tradicional. Acontece que, quando falamos sobre a arbitragem, há apenas uma. Aquela caracterizada, e guiada, pela vontade das partes. Eis a razão pela qual concordamos com

¹⁹⁷ No CPC/PT de 1961, em seu Título II, o artigo 1.825 menciona: “(Regime do julgamento arbitral necessário) Se o julgamento arbitral for prescrito por lei especial, atender-se-á ao que nesta estiver determinado. Na falta de determinação, observar-se-á o disposto nos artigos seguintes”. Já no artigo 1.528 há disposições relativas ao tribunal arbitral voluntário: “Em tudo o que não vai especialmente regulado observar-se-á, na parte aplicável, o disposto no título anterior.”. PORTUGAL. Código de Processo Civil, Decreto-lei n. 44.129, de 28 de dezembro de 1961. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/437331>>. Último acesso em: 11 de novembro de 2020.

¹⁹⁸ CARDOSO, António de Magalhães; NAZARÉ, Sara. A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão. In.: MIRANDA, Agostinho Pereira de; ABREU, Miguel Cancellia de; et.al. *Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo*. Porto: Universidade Católica Editora, 2015. p. 48.

¹⁹⁹ RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o poder judicial*. Porto: Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2001. p. 297-298.

MANUEL PEREIRA BARROCAS quando é enfático ao afirmar que “a natureza jurídica da arbitragem necessária, isto é, imposta por lei como o único meio de contencioso suscetível de ser usado, não corresponde à que é própria de uma verdadeira arbitragem”.²⁰⁰ Parece-nos que a arbitragem necessária é, em realidade, qualquer outro meio complementar de resolução de litígios (MCRL), mas, não é a arbitragem que conhecemos e que, aqui, estamos a tratar. Para sistematizar melhor o nosso pensamento:

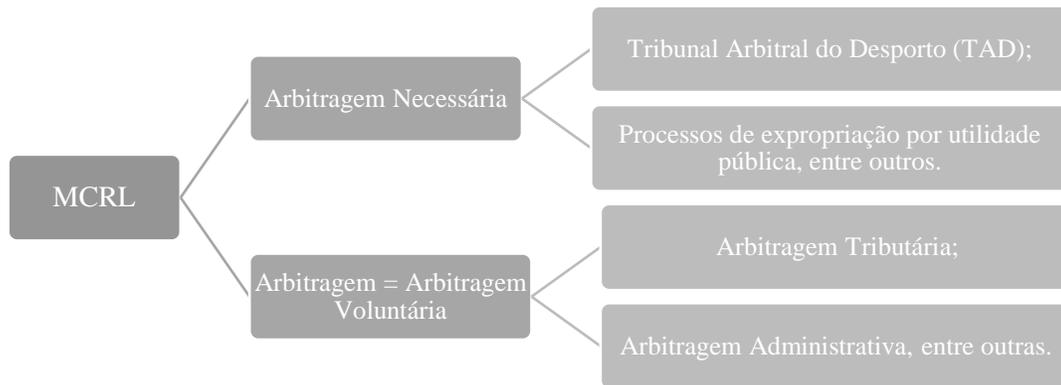


Figura 4

Acreditamos, neste momento, que a Arbitragem Tributária é espécie da arbitragem voluntária, gênero. Por isso, nosso foco de estudo não será a arbitragem necessária, mas, sim, a arbitragem voluntária, devidamente aprovada pela Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011, conhecida por LAV .

2.1.1. Arbitragem Voluntária

Há possibilidades de ela ser *ad hoc* ou institucional. Nesta há centros de arbitragens permanentes que estruturam a realização da arbitragem, são arbitragens pré-constituídas. Naquela, não há centros de arbitragens, “it is independent of all institutions”²⁰¹, são arbitragens não

²⁰⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual De Arbitragem*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 90.

²⁰¹ Tradução livre: “..É independente de todas as instituições”. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003. p. 32.

institucionalizadas e, como a própria expressão latina “*ad hoc*” retrata²⁰², constituídas para resolver unicamente determinada controvérsia. Para GARY BORN “ad hoc arbitrations are not conducted under the auspices or supervision of an arbitral institution”²⁰³. Já sobre arbitragem institucionalizada, CARLOS ALBERTO CARMONA relembra:

A vantagem para as partes é que estarão amparadas por um regulamento completo que evitará dúvidas procedimentais no desenrolar da arbitragem. Além disso, o órgão arbitral vai se encarregar da montagem do painel, permitindo às partes que indiquem árbitros (e, na ausência de indicação, suprirá a vontade do litigante desidioso). Melhor isso, evidentemente, do que a organização – pelo juiz, que não tem prática alguma no manejo da arbitragem – de um juízo ad hoc, com todas as suas dificuldades. A desvantagem desta opção (indicação de órgão arbitral institucional) – que só entrará em pauta, é evidente, se a cláusula compromissória vazia não oferecer qualquer baliza em que se possa fiar o juiz para identificar, ainda que em grau mínimo, o que queriam as partes quando contrataram – é o custo. Via de regra, a arbitragem institucional é bem mais cara que a arbitragem ad hoc, de modo que a decisão do juiz pode gerar aos litigantes despesa inesperada.²⁰⁴

Na arbitragem *ad hoc* as partes “may establish their own rules of procedure (so long as these rules treat the parties with equality and allow each party a reasonable opportunity of presenting its case)”²⁰⁵ e caberá ao árbitro ou ao presidente do tribunal resolver assuntos terceiros, como a necessidade de nomeação de secretário. Por outro lado, na arbitragem institucional há uma estrutura interna justamente com a função de resolver tais demandas. Por isso essa costuma ser bem mais cara quando comparada à outra. Mas, a “segurança jurídica e a agilidade do procedimento, frente à suposta economia e falta de segurança do procedimento ad hoc, acabam por compensar os gastos da arbitragem institucional”.²⁰⁶ Especialmente no tocante à Arbitragem Tributária.

²⁰² Por tradução livre, “*para isto*”, “*para este fim*”, “*com o propósito de*”.

²⁰³ Tradução livre: “arbitragens *ad hoc* não são conduzidas com supervisão de uma instituição arbitral”. BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2014. p. 169.

²⁰⁴ CARMONA, 2012, p. 167.

²⁰⁵ Tradução livre: “...podem estabelecer suas próprias regras de procedimento (*desde que essas regras tratem as partes com igualdade e permitam a cada uma delas uma oportunidade razoável de apresentar o seu caso*)”. BLACKABY, Nigel; et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5. ed. Student Version. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 42.

²⁰⁶ BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius Armani. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal. In.: Mauri, Antônio Júdice Moreira, Asdrubal Franco Nascimbeni, Christiana Beyrodt, Mauricio Morais T. *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 252.

2.1.1.1. Arbitrabilidade Objetiva dos Conflitos na LAV: Legislação Alemã (*Zivilprozessordnung* – ZPO)

Em regra, para ser possível a admissibilidade da arbitragem, é necessário que o objeto da lide seja relativo a direitos disponíveis. Entretanto, tal estipulação não é mais, por muitos países, empregada. Portugal e Alemanha são exemplos de países que saíram da comodidade e passaram a aproveitar as oportunidades de discussão, resultando na superação do pressuposto da disponibilidade. Adota-se a admissibilidade da arbitragem também em matérias indisponíveis, desde que patrimoniais sejam. Caso patrimoniais não sejam, devem preencher o requisito da disponibilidade.²⁰⁷

Na Alemanha, conforme o artigo 1.030, número 1 do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung* – ZPO), “qualquer direito de caráter patrimonial pode ser objeto de convenção de arbitragem”. Logo, as matérias indisponíveis, desde que patrimoniais, podem ser submetidas ao juízo arbitral tranquilamente. Mas, caso as matérias não sejam patrimoniais, devem ser disponíveis, conforme prescreve o mesmo artigo do Código de Processo Civil alemão - ZPO.²⁰⁸

Portugal segue o exemplo da Alemanha. Com a alteração da Lei de Arbitragem Voluntária, em 14 de dezembro de 2011, restou estabelecido em seu artigo 1º que, havendo natureza patrimonial no objeto do litígio, pode ser submetido à arbitragem, desde que seja transacionável:

[...] qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza

²⁰⁷ Veja: RICCI, Edoardo; FRANCO, Mariulza. Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem Reflexões Evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 421.

²⁰⁸ Art. 1.030, nº. 1, da *Zivilprozessordnung* (ZPO): “*Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Verleich zu schliessen*” - “Qualquer litígio de direito patrimonial pode ser objecto de uma convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem a respeito de lides que não são patrimoniais tem efeito legal/eficácia jurídica apenas em casos nos quais as partes podem estipular contrato, chegando em um acordo” (tradução nossa). ALEMANHA. *Zivilprozessordnung* (Processo Civil). ZPO. Na versão publicada em 5 de dezembro de 2005. Art. 1.030, nº. 1, da *Zivilprozessordnung* (ZPO). Disponível em: < <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 2 janeiro 2021.

patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.²⁰⁹

Ou seja, caso não haja natureza patrimonial, mas, o objeto do litígio é transacionável, a LAV torna-se aplicável. BERTRAND MOREAU ensina que “La connaissance de l’appréhension de l’arbitrage par les législations et les juridictions étrangères est toujours enrichissante car elle remet en cause les certitudes de nos schémas personnels et nous invite à les reconsidérer.”²¹⁰ Com base no Direito alemão, no Direito português e neste pensamento de BERTRAND MOREAU, queremos fazer, aqui, uma ressalva. Voltando os olhares para as legislações estrangeiras, há duas saídas para o nosso pensamento brasileiro sobre a inserção da Arbitragem em matéria tributária no Brasil: i. permanecer no tocante à arbitrabilidade objetiva, referente aos “*direitos patrimoniais disponíveis*”, sabendo ser o crédito tributário disponível por ser interesse público secundário ou; ii. considerar como exemplo Portugal e Alemanha, no sentido de não possuírem o critério da disponibilidade quando se trata de matéria patrimonial. A patrimonialidade basta para submeter uma questão à resolução pela via arbitral. MANUEL PEREIRA BARROCAS destaca, ao comentar sobre a LAV, que a moderna doutrina portuguesa “tem entendido que são arbitráveis todos os direitos de natureza patrimonial e ainda os de natureza não patrimonial desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.”²¹¹ Restando inarbitráveis os litígios que versem sobre direitos não patrimoniais e que não são transacionáveis. Para que fique claro:

²⁰⁹ PORTUGAL. *Lei de Arbitragem Voluntária*. Lei n.º. 63 de 14 de dezembro de 2011. Assembleia da República, 2011. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0055&nid=1579&nversao=&tabela=leis>.

²¹⁰ Tradução livre: “O reconhecimento da adoção da arbitragem pelas legislações e jurisdições estrangeiras é sempre gratificante/enriquecedora, uma vez que ela coloca em causa as certezas de nossos próprios padrões, nos convidando a reconsiderá-los.”. MOREAU, Bertrand. *La Lettre de L’AFA – Association For Arbitration*, n.º. 19. França: [s.n], Mar./2016. Disponível em: <http://www.afa-arbitrage.com/?wysijap=1&controller=email&action=view&email_id=212&wysijap=subscriptions>.

²¹¹ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual De Arbitragem*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 13.

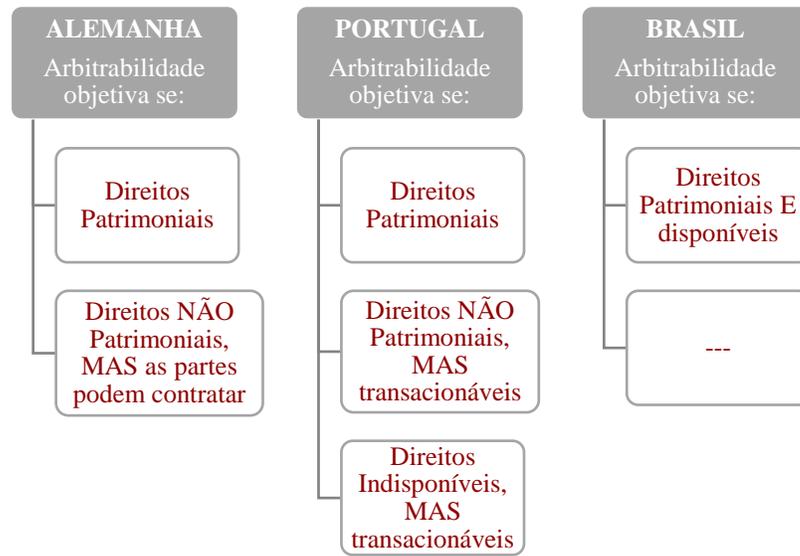


Figura 5

Concordamos com MANUEL PEREIRA BARROCAS, de fato, “o critério da patrimonialidade é mais objetivo e apreensível do que o da disponibilidade”.²¹² Na LAV de 1986, antes da alteração de 2011, a arbitrabilidade objetiva não era baseada na patrimonialidade, mas, sim, na disponibilidade. Os Direitos Indisponíveis podiam, ainda, serem relativamente indisponíveis e, neste caso, serem arbitráveis. Os inarbitráveis eram os direitos totalmente indisponíveis.

2.1.1.2. Os Requisitos, Direitos, Deveres e Obrigações dos Árbitros na LAV

O árbitro é pessoa singular, maior e plenamente capaz. Devem exercer a sua função de forma independente e imparcial. Não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, com a única exceção daqueles casos em que os magistrados judiciais possam ser responsabilizados, elencados no art. 5º, n. 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais. Tanto o juiz como o árbitro podem e devem ser responsabilizados caso violem algum de seus deveres. Entre estes deveres do árbitro, estão: i. a disponibilidade e a assiduidade no desempenho de sua função; ii. a organização e a condução da instância; iii. o controle do tempo, especialmente o prazo para proferir a sentença arbitral; iv. a confidencialidade; v. a participação no momento de

²¹² BARROCAS, 2013. p. 14.

deliberação da sentença arbitral e de quaisquer outras decisões relacionadas ao caso; vi. atenção aos pedidos formulados pelas partes; vii. aqueles relativos à exequibilidade da sentença arbitral. Deve o árbitro designado, ainda, conforme art. 12, n. 2, no prazo de 15 (quinze) dias, “a contar da comunicação da sua designação, declarar por escrito a aceitação do encargo a quem o designou”. Caso não o faça, será compreendido que a designação não foi, por ele, aceita.²¹³

O art. 9, n. 2, da LAV destaca ainda que ninguém será preterido em razão da nacionalidade. Pode, sim, apátridas, por exemplo, atuarem como árbitros.²¹⁴ Em atenção ao art. 13, n. 2, da Constituição da República Portuguesa, não é permitida qualquer discriminação, muito menos sobre raça, cor, sexo ou religião. Entretanto, os critérios relativos à especialização dos árbitros que, indiretamente, levarão as partes à escolha do profissional, não violará quaisquer disposições do ordenamento jurídico português.

2.2. ARBITRAGEM NO BRASIL

Na data de 23 de setembro de 1996 “o que era teoria pura passou a ser prática e cotidiano; o que era impressão passou a ser fato; o que era cogitação entrou para o mundo dos acontecimentos”.²¹⁵ *O desconforto do desconhecido*, com o passar do tempo, virou conforto. Conforto pelas inúmeras vantagens do novo instrumento colocado dentro de um mundo em colapso. Entretanto, fora de cogitação dizer que o instrumento solucionou o colapso. A arbitragem, por si só, não é capaz de aliviar a sobrecarga de processos que domina os órgãos do Poder Judiciário. Ela colabora com o contexto. É um método complementar de resolução de conflitos. Não é a solução da elevada taxa de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro e nem será. O problema da alta litigiosidade é outro, infelizmente. Inclusive, em nossa opinião, tal problema encontra-se dentro da educação brasileira. Eis que entramos em outra discussão que, aqui, não é o foco. Mas, sim, será um excelente debate que deixamos para outra oportunidade: Até onde a educação primária pode influenciar o pensamento da sociedade brasileira e encaminhar para outra

²¹³ Art. 12º, n. 2, LAV.

²¹⁴ Art. 9º, LAV.

²¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição*. Grupo GEN, 2012. p. 4.

cultura que não a da judicialização? Afinal, percebamos que a cultura da judicialização reflete, e muito, nas pequenas causas. Só que, as pequenas causas não são levadas para a arbitragem. A arbitragem acaba por ter o seu foco naqueles litígios que demandam maior *expertise jurídica*, eis que entra a vantagem de se ter um tribunal arbitral especializado na matéria em julgamento. Avançando, surge, com isso, outra questão que será, por nós, discutida no capítulo responsável pelo tema: Considerando que no Direito Tributário temos pequenas causas, podem, elas, serem solucionadas pela Arbitragem Tributária? Não só podem, como, qual seria a vantagem? Ou, estaríamos falando de negócio jurídico e não de arbitragem?

Para que possamos compreender melhor, a Lei nº. 9.307 (LArb), de 23 de setembro de 1996, positivou a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, não podemos deixar de mencionar que a maioria dos advogados brasileiros não estão familiarizados com a matéria, o que os leva a reagirem “negativamente à sugestão da arbitragem. Mesmo porque, não há tradição local sobre o assunto que lhe permita aferir da conveniência ou inconveniência de aceitá-la.”²¹⁶ Por outro lado, de certa forma, é inegável, também, que a frequência na utilização deste mecanismo de resolução de controvérsias vem aumentando, principalmente pela sua expansão em outros países e pelas cláusulas constantes dos contratos internacionais dos quais empresas brasileiras figuram como parte. Se há um meio com numerosas vantagens – dentre elas, proporcionar celeridade ao processo²¹⁷ e profissionais com conhecimentos técnicos específicos nas áreas especializadas – que resultam em soluções mais eficientes que as do judiciário, esse meio é a arbitragem.

Quando é sugerida a arbitragem em matéria tributária, essa negativa ocorre ainda mais. Costuma-se aceitar melhor a autocomposição em matéria tributária do que a arbitragem tributária, mesmo após a publicação da Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015, que legalmente definiu a utilização da arbitragem pela administração pública.²¹⁸

Eis a razão pela qual falaremos brevemente dos meios autocompositivos, possibilitando a comparação com a via arbitral, concluindo pela sua preferência. Considerando ser um meio heterocompositivo em que a sua sentença possui a mesma eficácia da sentença judicial. Além de assumir posição disparadamente favorável, se comparada com o processo judicial, no que diz

²¹⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 52. Wolters Kluwer/CBAR: out.-set., 2016. p. 247-248.

²¹⁷ Há a possibilidade, é claro, de existirem contribuintes que não desejam a celeridade processual. Entretanto, a arbitragem é facultativa.

²¹⁸ MAGALHÃES, 2016, p. 241-249.

respeito à razoabilidade e à celeridade na resolução de litígios.²¹⁹ Nas palavras de CARLOS ALBERTO CARMONA, a arbitragem trata-se de um:

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 direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios [...]²²⁰

Partindo-se de tais dizeres, fica claro que a arbitragem tem condicionada sua utilização a:

i. partes capazes de contratar; ii. litígios que versem sobre direitos patrimoniais e; iii. disponíveis, conforme elencado no artigo 1º da LArb. Estas condições são classificadas em: i. arbitrabilidade objetiva e; ii. arbitrabilidade subjetiva.

²¹⁹ Um tempo de seis meses estabelecido para a resolução da conflitualidade (prorrogável por apenas mais seis meses), como relata o autor Paulo Nuncio em: NÚNCIO, Paulo. A arbitragem em Direito Tributário – Traços Gerais. In.: CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. FERREIRA, Eduardo Paz (com. Org.). *A arbitragem em direito tributário: I Conferência Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT)/Instituto de Direito Econômico, Financeiro e Fiscal (IDEFF)*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 63-71. Neste mesmo sentido veja entrevista com CARLOS ALBERTO CARMONA: “Mas eu acho que um ano e meio, dois anos é um prazo bem razoável pra resolver uma causa complexa.” Imagine-se, com isto, causas que não demandem de tamanha complexidade. Mais adiante, salienta Carmona, que atua em arbitragem há 20 anos: “Convencemos o Poder Judiciário de que esse é um mecanismo sério, e o Poder Judiciário passou a apoiar a arbitragem. O STJ, ao assumir a competência inclusive pra homologação das sentenças arbitrais estrangeiras acabou dando reforço para a arbitragem no Brasil. Os brasileiros começaram a ser operadores importantes nos centros de arbitragem estrangeiro. Portanto, nós realmente temos muito a comemorar.” CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem não vai desafogar o judiciário. *JOTA*: São Paulo, p. 1, 21 agosto 2015. Entrevista concedida ao JOTA. Disponível em: <<http://jota.info/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona>>. Último acesso em: 1 fevereiro 2021.

²²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, um comentário à Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1996. 3. ed.. São Paulo: Atlas, 2009. Veja também, sobre a arbitragem: BLACKABY, Nigel et al. 5. ed. Student Version. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1-83. “Parties who are in dispute agree to submit their disagreement to a person whose expertise or judgment they trust. [...] International arbitration has become the principal method of resolving disputes between States, individuals, and corporations in almost every aspect of international trade, commerce, and investment.” “As partes que estão em disputa concordam em submeter sua divergência a uma pessoa cuja perícia ou julgamento eles confiam. [...] A arbitragem internacional tornou-se o principal método de resolução de disputas entre Estados, indivíduos e corporações em quase todos os aspectos do comércio internacional e do investimento” (tradução livre).

2.2.1. Definição Léxica do Termo “Arbitrabilidade”

Como afirma JOHN HOSPERS, para que uma palavra seja definida, deve ser indicado o que ela é, o que ela significa. De forma usual, quando se formulam definições, são definições léxicas ou informativas. Essas definições têm a finalidade de informar o significado que determinada palavra já possui, principalmente pelas pessoas que utilizam desta linguagem, sem inventar novos significados para tanto.²²¹ É o caso do termo “arbitrabilidade”, que é definido por muitos doutrinadores. A título exemplificativo, observem-se as definições de dois deles.

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO define a “arbitrabilidade” como o termo que designa precisamente a aptidão de um litígio para ser submetido à arbitragem e, ainda, destaca que este termo – ou o seu oposto, inarbitrabilidade – pode ser encontrado para assinalar a susceptibilidade – ou insusceptibilidade, no caso de inarbitrabilidade – “de resolução do litígio por árbitros, em atenção à qualidade das partes e, mais particularmente, a susceptibilidade de resolução por essa via de controvérsias em que sejam partes o Estado ou entes públicos [...]”.²²² Para CARLOS ALBERTO DE SALLES o termo “arbitrabilidade” é utilizado com o intuito de verificar a possibilidade de a matéria em questão ser submetida à arbitragem.²²³

Define-se, em suma, a arbitrabilidade como a capacidade de um determinado litígio ser resolvido mediante arbitragem. Tal capacidade de submissão à arbitragem deve ser analisada em dois pontos: i. arbitrabilidade objetiva e; ii. arbitrabilidade subjetiva.²²⁴ No Brasil, ambos estão legalmente previstos no artigo 1º da Lei de Arbitragem.

²²¹ “2) Estamos informando de lo que la gente en general y, más específicamente, la que usan este lenguaje, significa con ella.[...] En el segundo caso, estamos informando del uso de los demás y tenemos una definición informativa o léxica. Usualmente, cuando formulamos definiciones, formulamos definiciones léxicas, el tipo que generalmente encontramos en un diccionario, que informa de los significados que actualmente se les adscribe a las diferentes palabras de un lenguaje. [...] Geralmente no inventamos nuevos significados para una palabra; informamos de aquellos que tiene ya, esto es, que le han dado los demás.”. HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. 2. ed.. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984. p. 51-52.

²²² CAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade de litígio*. Portugal: Ordem dos Advogados, 2009. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=54103&ida=54123>. Acesso em 24 janeiro 2020.

²²³ SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 10-300.

²²⁴ A título de curiosidade, na doutrina norte-americana, este termo “arbitrabilidade” assume a roupagem ora mencionada e outra mais. Veja: “*Even if a dispute exists, this may not be sufficient. It must be a dispute which, in the words of the New York Convention, is ‘capable of settlement by arbitration’.* The concept of a dispute which is not ‘capable of settlement by arbitration’ is not meant as an adverse reflection on arbitrators or on the arbitral process. Arbitrators are - or should be - just as ‘capable’ of determining a dispute as judges.”. Adiante: “*Parties who agree to*

A arbitrabilidade subjetiva determina quem pode se submeter à arbitragem. Neste caso, refere-se às pessoas capazes de contratar, como assim está disposto na referida Lei, “pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”. Ao passo que a arbitrabilidade objetiva refere-se à matéria que pode ser submetida à arbitragem, ou seja, à quais matérias podem ser levadas ao crivo do juízo arbitral. Conforme a Lei de Arbitragem Brasileira, são as relativas a direitos patrimoniais disponíveis.²²⁵ O Código de Processo Civil, em seu artigo 1.072 (ora revogado), se reportava apenas a direitos patrimoniais “sobre os quais a lei admita transação”. A Lei de Arbitragem estabeleceu o requisito da disponibilidade para que sejam arbitráveis, deixando de lado o que estabelecia o Código de Processo Civil à época.²²⁶

2.2.2. Brevíssimos Comentários Sobre os Árbitros, o Processo²²⁷ Arbitral e a Sentença Arbitral

arbitrate disputes thereby renounce their right of recourse to the courts of law in respect of any such dispute. It would seem to be perfectly reasonable to require some evidence, in written form, that the parties have indeed agreed to do this. Many laws of arbitration adopt this position: in Swiss law, for example, an arbitration agreement has to be made 'in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text'.”. “Mesmo que haja uma disputa, isso pode não ser suficiente. Deve ser um litígio que, segundo as palavras da Convenção de Nova Iorque, é “susceptível de resolução por arbitragem”. O conceito de litígio que não é “susceptível de resolução por arbitragem” não é entendido como uma reflexão adversa sobre os árbitros ou sobre o processo arbitral. Os árbitros são - ou deveriam ser - tão “capazes” de determinar uma disputa como juízes.”. Mais adiante: “As partes que concordam em arbitrar litígios renunciam a seu direito de recorrer aos tribunais em relação a qualquer disputa. Parece perfeitamente razoável exigir algumas provas, por escrito, de que as partes concordaram em fazer. Muitas leis de arbitragem adotam essa posição: no Direito Suíço, por exemplo, um acordo de arbitragem deve ser feito “por escrito, por telegrama, telex, telecopiador ou qualquer outro meio de comunicação que permita que seja evidenciado por um texto” (tradução livre). BLACKABY, 2009, p. 1/83. Veja mais em: HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. [S.l.]: Kluwer Law International, 2006.

²²⁵ BRASIL. Lei nº 9.307/96. Art. 1, § 1º e § 2º. MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, jul.-Set., 2003. p. 71-101.

²²⁶ CARMONA, 2009, p. 39.

²²⁷ Apesar de o formato diferir do modelo estatal, é bem verdade que existe processo arbitral. Admitimos existir jurisdição na arbitragem. Logo, está com a razão CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ao defender a inserção do processo arbitral na teoria geral do processo. – Limites da Sentença Arbitral e de Seu Controle Jurisdicional. In.: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 28-29.

O Árbitro possui deveres e obrigações estabelecidos em um verdadeiro código de ética.²²⁸ Conforme expressamente prescreve a Lei de Arbitragem brasileira, é Juiz de fato e de direito quando escolhido por vontade das partes para decidir determinada controvérsia.²²⁹

Em sua constituição, o órgão arbitral pode ser monocrático ou colegiado, estabelecido em comum acordo pelos litigantes ou pelas regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. No que diz respeito ao juízo arbitral monocrático, as partes nomearão apenas um árbitro. Nos casos de órgão colegiado, a LArb. estabelece que devem os litigantes nomear um número ímpar de árbitros totalizando, em regra, três árbitros.

Essa nomeação tem formato para ser realizada. Em regra, a parte X escolhe um árbitro e a parte Y outro árbitro. Das duas listas de escolhas, se coincidir o nome de algum árbitro, este será o árbitro-presidente. Caso não coincida, as partes podem entrar em um consenso na designação do árbitro presidente. Mas, caso não cheguem a um consenso, estão os dois árbitros autorizados a nomearem o terceiro árbitro, que será o presidente do Tribunal Arbitral. Havendo nomeação de vários árbitros, sem coincidir nomes, são estes que elegerão o presidente do Tribunal Arbitral. Se, assim mesmo, não houver um consenso, será designado o árbitro mais idoso.²³⁰ Vale lembrar que o árbitro deverá sempre proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção²³¹, conforme prevê o Capítulo III da LArb, que buscou inspiração no Código de Ética da *International Bar Association – IBA*.

Assim, qualquer fato que denote dúvida quanto à imparcialidade²³² das pessoas indicadas para atuarem como árbitros devem ser revelados antes da aceitação da função. Do contrário, serão sancionadas nos moldes de um juiz togado. Entretanto, como sabemos, interpretar e julgar não é, simplesmente, um ato mecânico. A interpretação é uma “tarefa que não se pode cumprir sem uma considerável carga criativa”. Nas palavras de LUCIANO FERRAZ, MARCIANO SEABRA GODOI e WERTHER BOTELHO SPAGNOL:

²²⁸ A esse respeito recomenda-se a leitura: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: O Padrão de Conduta Ideal*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri33.pdf>. Acesso em 18 dezembro 2020.

²²⁹ BRASIL. Lei Nº 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 23 de setembro de 1996. “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.”.

²³⁰ BRASIL. Lei nº 9.307/96. *Dispõe sobre a arbitragem*. Brasília, 23 de setembro de 1996. Vide art. 13.

²³¹ CARMONA, 2009, p. 22.

²³² Devemos lembrar, entretanto, que essa imparcialidade não se confunde com a neutralidade. Para SELMA MARIA FERREIRA LEMES, a imparcialidade se refere ao comportamento que tente à ausência de um interesse imediato, enquanto a neutralidade está conectada com a indiferença. Ou seja, o árbitro deve ser imparcial, mas, não pode ser neutro. LEMES, Selma. *Árbitro: Princípios da Independência e da Imparcialidade*. pp. 240. São Paulo: LTr, 2001. p. 65.

Ao contrário do que supõe o cientificismo de Becker, os advogados, juízes e ministros dos tribunais superiores não divergem entre si sobre o sentido de uma lei ou de um conjunto de leis porque são preguiçosos, ou porque fingem aplicar o direito quando na verdade estão fazendo política. Os intérpretes divergem entre si porque a interpretação jurídica é uma tarefa que não se pode cumprir sem uma considerável carga criativa, e sem que muito frequentemente entrem em ação determinadas convicções do intérprete (convicções que podem mudar com o passar do tempo e com a alteração do quadro político-institucional do país) sobre o que é e quais são os fundamentos dessa instituição social a que chamamos direito.²³³

Estão impedidos de atuarem como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição dos juízes. Aplicando, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades²³⁴, conforme previsto no Código de Processo Civil.²³⁵ Com isso, a pessoa indicada para ser árbitra deve assumir o compromisso apenas se estiver “plenamente convencido de que poderá cumprir sua tarefa com imparcialidade, de que poderá resolver as questões litigiosas e de que possui conhecimento adequado do idioma correspondente à arbitragem”.²³⁶

Em caso de não ser reconhecida e declarada a parcialidade pelo próprio árbitro, “pode a parte que se julgar prejudicada levantar a questão após a prolação da sentença”.²³⁷ Portanto, não há que se levantar a hipótese de que o árbitro incorreria em improbidade administrativa. Afinal, “considerando que a função do árbitro não difere substancialmente daquela desempenhada pelo juiz estatal, foi inserido na Lei o disposto no artigo 17, equiparando os árbitros e funcionários públicos”.²³⁸ O árbitro está no Tribunal Arbitral como o juiz togado está no Judiciário.

Assim que for aceita a nomeação pelo árbitro ou, em caso de órgão colegiado, pelos árbitros, considera-se instituída a arbitragem.

A disciplina procedimental da arbitragem fica a critério das partes, que podem adotar o procedimento de sua preferência. Mas, caso as partes não estabeleçam sobre o procedimento a ser adotado e não se reportem as regras de nenhum órgão institucional, caberá ao árbitro ou ao tribunal

²³³ FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 326.

²³⁴ BRASIL. Lei nº. 13.105/15. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Vide art. 143, 144, 145.

²³⁵ BRASIL. Lei nº 9.307/96. Vide art. 14; Veja: LEMES, 1999, p. 233-268.

²³⁶ *Ibid.*, 233-268.

²³⁷ CARMONA, 2009. p. 23.

²³⁸ BRASIL, Lei nº 9.307/96. “Art. 17: Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.” Veja, também: CARMONA, op. cit., p. 23.

arbitral dispor sobre o que deverá ser seguido. Atentando-se às devidas limitações na natureza e finalidade da arbitragem, bem como na própria lei.²³⁹ O único requisito, em ambos os casos, é preservar os ditames do devido processo legal, do princípio do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento²⁴⁰, conforme art. 21 da Lei de Arbitragem brasileira.²⁴¹

Estes princípios atingem não apenas o processo arbitral, mas, também, o procedimento. Como leciona CARLOS ALBERTO CARMONA, “é claro o intuito de tutelar a relação jurídica que se instaura entre partes e árbitro, e não apenas a forma e a sequência dos atos que serão praticados por uns e outro”.²⁴²

Há dois momentos em relação ao princípio do contraditório: i. o da informação e; ii. o da possibilidade de reação. Permitindo, assim, que as partes, durante o processo arbitral, possam “produzir suas provas, aduzir suas razões e agir em prol de seus direitos, fazendo com que suas razões sejam levadas em conta pelo julgador ao decidir”. Mas, não apenas. Este princípio, como se sabe, exige tanto do árbitro, como do juiz togado, um resultado fomentado por debates e discussões, assegurando às partes “a efetiva possibilidade de influir no resultado do julgamento”.²⁴³

²³⁹ CARMONA, 2009. p. 24. Ademais, a instrução processual deverá respeitar o Art. 22 da Lei nº. 9.307/96: “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. § 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros. § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem. § 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral. § 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) § 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.”

²⁴⁰ Lembrando que há, indiretamente, o princípio da celeridade (art. 13, parágrafo 6 da LArb), o princípio da vontade autônoma das partes e princípio de sigilo.

²⁴¹ Sobre o devido processo legal: “[...] adequação confere ao cidadão segurança e certeza de que seus direitos serão respeitados. O processo será instalado e conduzido de maneira equitativa, com observância do rol de garantias constitucionais e legais. O núcleo do objetivo visado pelo estado está no prestígio à dignidade da pessoa humana, não à máquina administrativa”. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 282. “O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 66.

²⁴² CARMONA, 2009, p. 295.

²⁴³ *Ibid.*, p. 295.

Por sua vez, o princípio da igualdade das partes procura estabelecer uma paridade entre os litigantes.²⁴⁴ Como prescreve o Código de Processo Civil em seu artigo 139, inciso I: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I. assegurar às partes igualdade de tratamento...”, devendo ser acolhido pelo árbitro. Para SELMA MARIA FERREIRA LEMES, este princípio iguala-se ao do contraditório.²⁴⁵

Outro apontamento interessante de destacar é sobre a sentença arbitral²⁴⁶, que conterà os mesmos requisitos da sentença judicial.²⁴⁷ Conforme elencado em lei, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Portanto, não depende de homologação como dependem as decisões dos meios autocompositivos²⁴⁸ (salvo em caso de sentença arbitral estrangeira, que não é o caso neste estudo).

No caso de ser nula a sentença arbitral por: i. nulidade da convenção de arbitragem, ii. ter sido emanada por quem não podia ser árbitro, iii. não conter os requisitos obrigatórios da sentença arbitral²⁴⁹, iv. ser proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, v. ser comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, vi. ser proferida fora do prazo²⁵⁰

²⁴⁴ CARMONA, 2009, p. 296.

²⁴⁵ “O princípio do contraditório equivale ao princípio da igualdade das partes no procedimento arbitral. O princípio do contraditório encontra ressonância no aforismo romano ‘audiatur et altera pars’, que equivale ao princípio da audiência bilateral ou do contraditório. O árbitro não pode decidir sobre uma pretensão sem ouvir a outra parte. [...] O procedimento arbitral se apoia num tripé: de um lado no mesmo plano, as partes (demandante e demandado) e sobre elas, o árbitro, que a cada manifestação de uma parte, intima a outra para se manifestar sobre a questão; somente assim será possível produzir provas, colher as razões das partes, ouvir testemunhas, produzir prova pericial, avaliar as alegações das partes, tudo no sentido de atuar sobre o convencimento do árbitro.” LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado*. [S.l.]: Revista de la Corte Espanhola de Arbitraje, vol. VII, 1991. Disponível em: < http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf>. Acesso em: 27 junho 2020.

²⁴⁶ A lei não mais utiliza a terminologia adotada pelo estatuto processual civil, que se referia à sentença arbitral como um “laudo arbitral”.

²⁴⁷ CARMONA, *op. cit.*, p. 24.

²⁴⁸ Art. 18, LAB deixa expressamente claro que: “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.”.

²⁴⁹ Art. 26, LAB: “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida.”.

²⁵⁰ Art. 12, LAB: “Extingue-se o compromisso arbitral: [...] III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.”.

ou; vii. serem desrespeitados os princípios²⁵¹, a parte interessada poderá pleitear ao órgão do poder judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral.²⁵²

²⁵¹ Art. 21, LAB: “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. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”.

²⁵² Conforme elencado no art. 33 da LAB: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”.

CAPÍTULO III – DA BALBÚRDIA TRIBUTÁRIA À SUPERACÃO PARADIGMÁTICA MODERNA

“Tal como noutros períodos de transição, difíceis de entender e de percorrer, é necessário voltar às coisas simples, à capacidade de formular perguntas simples, perguntas que, como Einstein costumava dizer, só uma criança pode fazer mas que, depois de feitas, são capazes de trazer uma luz nova à nossa perplexidade.”²⁵³
(Boaventura de Sousa Santos)

Apesar de não destruímos obras ultrapassadas, transferimos “das bibliotecas ativas da especialidade para o nunca usado depósito geral da universidade”.²⁵⁴ Como mencionava THOMAS KUHN, “a fonte mais remota do dogmatismo” é o fato da educação dos futuros cientistas “ser baseada na rigidez metodológica e na ortodoxia conceitual”. O que é uma dificuldade para as revoluções científicas, afinal, o “aprendizado de um cientista é fruto de uma educação destinada a preservar e disseminar a autoridade de um corpo já articulado de problemas, dados e teorias.”. Como consequência de tal educação, que não busca o questionamento de obviedades, temos “a baixa expectativa dos novos cientistas para produzir novidades e, até mesmo, a sua capacidade de propor novas abordagens para antigos problemas”. Resultando no que ALFREDO AUGUSTO BECKER denominava, em 1998, por “berros pré-históricos”.²⁵⁵ Eis, justamente, o que leva, nas palavras de BECKER, “o Direito Tributário à desgraça”. O “preconceito e a resistência às inovações” podem, “facilmente pôr um freio ao progresso científico”. Partindo da analogia feita por THOMAS KUHN, em que menciona ser o cientista “um solucionador de quebra-cabeças como um jogador de xadrez, e a adesão induzida pela educação é o que lhe dá as regras do jogo que se pratica no seu tempo”, o nosso objetivo, com a presente pesquisa científica é solucionar o dogma da indisponibilidade do crédito tributário. Não queremos refazer um paradigma, longe disso. Não refazemos paradigmas, nós substituímos os paradigmas. Cada paradigma, assim como acontece com a questão da indisponibilidade do crédito tributário, tem a sua respectiva importância naquela determinada fase do desenvolvimento da ciência. Mas, como cientistas, como pesquisadores, não podemos deixar de

²⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 15.

²⁵⁴ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 25.

²⁵⁵ BECKER, 1998, p. 9.

lado a atração “por novas reinterpretações fundamentais”.²⁵⁶ Concordamos com THOMAS KUHN que “ao aceitar um paradigma, a comunidade científica adere como um todo, conscientemente ou não, à atitude de considerar que todos os problemas resolvidos, o foram de fato, de uma vez para sempre.”²⁵⁷. Se não começarmos a partida desse xadrez, boa parte da comunidade científica restará, ainda, resistente à Arbitragem Tributária no Brasil.²⁵⁸ No decorrer desse quebra-cabeças, apesar das resistências existentes frente ao suposto dogma da indisponibilidade do crédito tributário, demonstraremos a desnecessidade de encarar tal dogma como o principal óbice à plena arbitrabilidade objetiva da matéria tributária. Paralelamente, traremos, como exemplo, a permissão positiva portuguesa. Alinhando-a com a vigente Arbitragem Tributária em Portugal para que, assim, possamos moldar, ao final da presente pesquisa, um projeto para a efetiva inserção da Arbitragem Tributária no Brasil. Sem os riscos, que, ora existem, para o, então, nobre²⁵⁹ instituto.

Para que fique claro e bem delimitado este conjunto de informações sobre a Arbitragem Tributária no Brasil, visando um repensar, traremos alguns conceitos iniciais necessários neste primeiro capítulo. Lembrando, com KARL POPPER e a sua metodologia hipotética-dedutiva, que devemos questionar, conjecturar e sair das zonas de conforto.²⁶⁰

²⁵⁶ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 25.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 25.

²⁵⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 52. Wolters Kluwer/CBAR: out.-set., 2016. p. 247-248.

²⁵⁹ Na presente pesquisa, tratamos o instituto da Arbitragem Tributária como “nobre” por ter suas inúmeras vantagens, especialmente diante dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal brasileira de 1988.

²⁶⁰ Heráclito traduzido por POPPER, *ibid.*, p. 31. “Muitos não entendem estas coisas, mesmo as encontrando em seu caminho, e não as entendem quando ensinados; mas pensam saber. [...] Se não tiveres a esperança não encontrarás o inesperado, pois não é contradição e é inacessível.” ÉFESO, Heráclito. In: BORNHEIM, Gerd A. (Org.). *Os Filósofos pré-socráticos*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, [2010?]. p. 36.

3.1. NOÇÃO DE PARADIGMA

*“[...] a transição sucessiva de um paradigma a outro, por meio de uma revolução, é o padrão usual de desenvolvimento da ciência amadurecida”.*²⁶¹
(Thomas Kuhn)

Bipolaridade. A maior característica da ciência. Em um momento, dogmática. Em outro momento, revolucionária.²⁶² Concordamos com CELSO LUIZ LUDWIG no sentido de que a ciência muda de forma paradigmática.²⁶³ Para THOMAS KUHN, no “desenvolvimento de qualquer ciência, admite-se habitualmente que o primeiro paradigma explica com bastante sucesso a maior parte das observações e experiências facilmente acessíveis aos praticantes daquela ciência”.²⁶⁴ Mas, como consequência dessa estrutura “sólida”, “um desenvolvimento posterior comumente requer a construção de um equipamento elaborado, o desenvolvimento de um vocabulário e técnicas esotéricas, além de um refinamento de conceitos que se assemelham cada vez menos com os protótipos habituais do senso comum”.²⁶⁵ Eis a morada da questão. Quando saímos do senso comum, saímos da zona de conforto. O que leva o cientista com visão restrita “a uma resistência considerável à mudança de paradigma.”²⁶⁶ Mas, é este “o padrão usual de desenvolvimento da ciência amadurecida”, “a transição sucessiva de um paradigma a outro, por meio de uma revolução”.²⁶⁷ O pré-requisito de toda a revolução científica é “o sentimento de funcionamento defeituoso”²⁶⁸, elas só serão perceptíveis para aqueles que se afetam com os paradigmas. Para os demais observadores de fora, “podem parecer etapas normais de um processo de desenvolvimento”.

Mas, por qual motivo chamar de “revolução”? THOMAS KUHN responde a esta pergunta com o exemplo dos astrônomos. Os astrônomos, como leciona ele, podiam simplesmente aceitar os Raios X como um plus ao conhecimento. Mas, o surgimento destes Raios X, para homens como

²⁶¹ KUHN, 2011. p. 30.

²⁶² KUHN, Thomas. *A função do dogma na investigação científica*. Org.: Eduardo Salles O. Barra; Tradução: Jorge Dias de Deus. Curitiba: UFPR. SCHLA, 2012. p. 16.

²⁶³ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 25.

²⁶⁴ KUHN, 2011, p. 91.

²⁶⁵ Ibid., p. 91.

²⁶⁶ Id.

²⁶⁷ KUHN, 2011, p. 32.

²⁶⁸ Ibid., p. 126.

KELVIN, CROOKES e ROENTGEN, que pesquisavam sobre o assunto, criou outro paradigma, violando o, antes, conhecido paradigma.²⁶⁹ Em outras de suas palavras, “a tradição científica normal que emerge de uma revolução científica é não somente incompatível, mas muitas vezes verdadeiramente incomensurável com aquela que a precedeu”.²⁷⁰

Nestas revoluções científicas, não há rearticulação do velho paradigma. O que acontece, em verdade, é a reconstrução do objeto, nascendo outro paradigma “a partir de novos princípios, o que implica na exigência de novas formulações teóricas, inclusive metodológicas”.²⁷¹

Mas, afinal, o que é um paradigma? THOMAS KUHN é enfático ao descrever que considera “paradigmas” as “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”²⁷² Ou seja, essas realizações científicas são anteriores aos enunciados prescritivos, às teorias e aos conceitos. Estão relacionadas com a “ciência normal” e partilham duas principais características: i. atraem um “grupo duradouro de partidários”; ii. são realizações abertas, permitem que os problemas sejam “resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência”.²⁷³

O único “porém” é que, surpreendentemente, MARGARET MASTERMAN, em seus estudos, concluiu que THOMAS KUHN utiliza o termo “*paradigma*” de 21 (vinte e uma) formas diferentes.²⁷⁴ Quando interrogado sobre as 21 formas de utilizarmos o termo “*paradigma*”, KUHN disse que 19 delas são “*incongruências estilísticas*”²⁷⁵. Ou seja, dessas vinte e uma formas, ele reduzia facilmente para apenas duas formas. Na primeira, “*paradigma*” como a constelação dos compromissos de grupo e, na segunda, “*paradigma*” como exemplos compartilhados.

²⁶⁹ KUHN, 2011, p. 126.

²⁷⁰ Ibid., p. 138.

²⁷¹ LUDWIG, 2006. p. 25.

²⁷² KUHN, *op. cit.*, p. 13.

²⁷³ Ibid., p. 30.

²⁷⁴ “*Kuhn, é claro, com esse estilo quase poético dele, torna o paradigma uma a elucidação genuinamente difícil para o leitor superficial. Na minha contagem, ele usa “paradigma” em não menos que vinte e um sentidos diferentes em seu [1962], possivelmente mais, mas não menos. Assim, ele descreve um paradigma: (1) como uma conquista científica universalmente reconhecida, p.x [...]; (2) como um mito, p.2 [...]; (3) como uma ‘filosofia’, ou constelação de perguntas (pp. 4-5) [...]; (4) como livro didático ou obra clássica (p. 10) [...]; Como toda a tradição e, em certo sentido, como modelo (pp. 10-11) [...]; (6) Como conquista científica (p. 11)*”. No texto original, a autora expressa-se da seguinte forma: “*Kuhn, of course, with that quasi-poetic style of his, makes paradigm elucidation genuinely difficult for the superficial reader. On my counting, he uses “paradigm” in not less than twenty-one different senses in his [1962], possibly more, not less. Thus he describes a paradigm: (1) as a universally recognized scientific achievement, p.x [...]; (2) as a myth, p.2 [...]; (3) as a ‘philosophy’, or constellation of questions (pp. 4-5) [...]; (4) as a textbook, or classic work (p. 10) [...]; As a whole tradition, and in some sense, as a model (pp. 10-11) [...]; (6) As a scientific achievement (p. 11) [...]*” – The Nature of a Paradigm. In.: *International colloquium in the philosophy of science. Criticism and the Growth of Knowledge*. vol. 4. Cambridge University Press, London, 1965. p. 61-65.

²⁷⁵ KUHN, 2011, p. 228.

Talvez o “*paradigma*” da ciência possa ser compreendido como “*modelo*” ou como “*padrão*” a ser aceito por determinado grupo. Mas, sem reprodução. A partir do momento em que há qualquer reprodução, não há o paradigma da ciência. THOMAS KUHN utiliza como ilustração a gramática. *Amo, Amas, Amat* é paradigma que funciona por permitir a reprodução, por ser o “*padrão*” utilizado na conjugação de verbos latinos, como *Laudo, Laudas, Laudat*. Diferente do paradigma da ciência, que é raro ser suscetível de reprodução. Geralmente “o paradigma é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas”.²⁷⁶

Aquela “*ciência normal*” é esta ciência que “consiste na atualização dessa promessa”. Para THOMAS KUHN, essa atualização nada mais são do que “operações de acabamento”. Em outras palavras, não se trata de inventar novas teorias, mas, sim, de “uma tentativa de forçar a natureza a encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma”. Costuma-se permanecer na articulação dos fenômenos das teorias fornecidas pelo paradigma, e, talvez, como menciona KUHN, este costume são “*defeitos*”.²⁷⁷ Pela confiança demasiada no paradigma, as áreas do investigador científico “*normal*” são pequenas e restringem “drasticamente a visão do cientista”. Apesar de essa restrição ter sido essencial para o desenvolvimento da ciência, a atitude dos cientistas de não estarem “constantemente procurando inventar novas teorias”²⁷⁸, permanecendo nas teorias tidas como óbvias demais para merecerem análise crítica, é o que leva o nosso Direito Tributário à “desgraça”²⁷⁹. Ou, ainda, como THOMAS KUHN menciona, “talvez a característica mais impressionante dos problemas normais da pesquisa que acabamos de examinar seja seu reduzido interesse em produzir grandes novidades, seja no domínio dos conceitos, seja no dos fenômenos”.²⁸⁰ Eis a razão para chamarmos de paradigma o objeto do nosso presente estudo, o Princípio da Indisponibilidade do Crédito Tributário.

Para compreendermos este paradigma, precisamos voltar um pouco na matéria. Quando falamos em obrigação tributária, a concepção de obrigação que nos interessa é a obrigação como relação jurídica. O objeto dessa relação jurídica é a prestação de natureza tributária. Logo, obriga uma ou mais pessoas a dar, fazer ou não fazer de teor relacionado ao tributo. Dentre tais possibilidades, estão: i. “dar” uma soma pecuniária ao sujeito ativo; ii. “fazer” a emissão de uma

²⁷⁶ KUHN, 2011, p. 44.

²⁷⁷ Ibid., p. 45.

²⁷⁸ Id., p. 45.

²⁷⁹ BECKER, 1998, p. 10.

²⁸⁰ KUHN, *op. cit.*, p. 57.

nota fiscal; iii. “fazer” a apresentação da declaração de rendimentos ou, outro exemplo; iv. “não fazer” – não embarçar a fiscalização.

No Direito Romano, para Justiniano, existia uma fonte de obrigação denominada *Institutas*. Já para o Jurisconsulto Gaio (ou Caio), existia esta e outra fonte da obrigação, denominada *Libro Secundus Aureorum*. Para Justiniano, a fonte *Institutas* tinha por classificação quatro espécies: i. contrato, ii. quase contrato, iii. delito, iv. quase delito. Já para Gaio, a classificação da fonte *Institutas* se dava em contrato ou em delito, enquanto a classificação da fonte denominada *Libro Secundus Aureorum* se dava em contrato, em delito ou, ainda, em figuras de causas.²⁸¹

No Direito Tributário há a obrigação principal e a acessória. Esta obrigação acessória não possui conteúdo pecuniário por força do §3º, art. 113 do Código Tributário Nacional. Tem por objeto prestações positivas ou negativas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. A obrigação principal, por sua vez, surge com o fato gerador. Tem por objeto o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária. É justamente esta que nos interessa neste momento. A obrigação principal. O nosso intuito não é esgotar este assunto, mas, sim, nos localizarmos para prosseguirmos com os estudos sobre a Arbitragem Tributária.

O Código Tributário Nacional, em seu enunciado prescritivo de n. 139, nos direciona à natureza do crédito tributário: “O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”. O objeto da obrigação tributária é a prestação pecuniária, é o "dar dinheiro ao Estado" e, esse dinheiro, denomina-se crédito tributário²⁸², objeto da prestação²⁸³ ou interesse público secundário. Então, podemos concluir que sem sujeito ativo, sem sujeito passivo ou sem objeto, não há relação jurídica tributária.

Precisamos ter em mente que, no Direito Tributário, ou melhor, para o Código Tributário Nacional, a “obrigação” e o “crédito” não se confundem. São termos vistos de forma separada. Diferente de como são vistos no Direito Privado. O divisor entre a obrigação tributária e o crédito

²⁸¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 28.

²⁸² COELHO, Sasha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p 560.

²⁸³ Como explica Paulo de Barros Carvalho: “[...] uma coisa é o objeto da obrigação, no caso, a conduta da prestacional de entregar uma porção de moeda; outra, o objeto da prestação, representado aqui pelo valor pecuniário pago ao credor ou por ele exigido”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário - fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 371.

tributário é o momento em que a "Administração toma conhecimento de sua existência e o quantifica"²⁸⁴, sendo este o momento do lançamento nos termos do artigo 142²⁸⁵ do CTN.

Nesse contexto, existe posição dúbia sobre o lançamento e o crédito tributário entre os enunciados prescritivos dos artigos 142 e 144²⁸⁶ do Código Tributário Nacional. HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO explica que o crédito tributário formaliza a obrigação tributária após o lançamento. Para ele, o lançamento transforma a obrigação tributária em crédito tributário, constituindo “o crédito tributário enquanto realidade formal autônoma”, sendo certo dizer que o lançamento “é constitutivo do crédito tributário e apenas declaratório da obrigação correspondente”²⁸⁷. Para LUÍS EDUARDO SCHOUERI, o lançamento está entre a obrigação tributária e o crédito tributário. O AUTOR apresenta o seguinte esquema²⁸⁸, que elucida bem a questão:

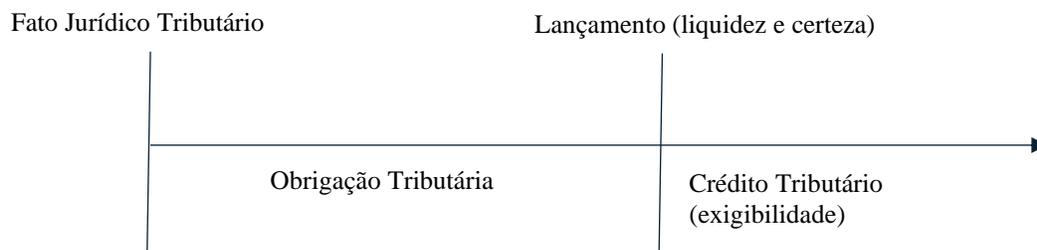


Figura 6

²⁸⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 635.

²⁸⁵ “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”. BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Último acesso em: 5 fevereiro 2021.

²⁸⁶ “O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros. § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.”. BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Último acesso em: 5 fevereiro 2021.

²⁸⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 178.

²⁸⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 632.

Por sua vez, SASHA CALMON NAVARRO COÊLHO compreende ser a obrigação tributária instrumento que possibilita o crédito tributário. Afirma o Autor que o lançamento é mero ato administrativo, não lei. Por esta razão, o lançamento não cria o crédito tributário: "não podendo, pois, criar o crédito a ser pago pelos sujeitos passivos da obrigação"²⁸⁹, sendo esta a razão do que estabelece, a seu ver, o Código Tributário Nacional em seu artigo 144.²⁹⁰

Existem os casos em que o agente fiscal realiza lançamento de um fato gerador que não aconteceu. Nestes casos, conforme leciona HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, o "crédito tributário existirá, enquanto realidade formal autônoma, embora a obrigação correspondente não exista".²⁹¹ Por sua vez, o enunciado prescritivo n. 140 do CTN menciona que a obrigação tributária não é afetada pelas "circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade". Estamos convictos de que o crédito tributário e a obrigação tributária²⁹² são distintos. Como afirma HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, "é o lançamento que transforma a obrigação tributária, ainda ilíquida, incerta e não exigível, em crédito tributário, autônomo enquanto realidade formal, mas substancialmente decorrente da obrigação que lhe deu origem".²⁹³

Em regra, constituído o crédito tributário, este somente se modificará, se extinguirá, terá sua exigibilidade suspensa ou excluída nos casos previstos no CTN, conforme art. 141²⁹⁴.²⁹⁵ Ou seja, a suposta indisponibilidade do crédito tributário reside no fato de que "o sujeito ativo não pode utilizar-se arbitrariamente dos seus poderes: não pode dispensar o tributo sem autorização legislativa. O interesse público (revelado pela decisão do legislador, exclusivamente) prevalece

²⁸⁹ COÊLHO, 2018, p. 561.

²⁹⁰ Recomenda-se a leitura do entendimento de Paulo de Barros Carvalho – *op. cit.*, p. 190.

²⁹¹ MACHADO SEGUNDO, 2018. p.175.

²⁹² "[...] o CTN se escorou na teoria obrigacional para reger juridicamente a relação entre o Estado que tributa e o contribuinte que paga. Em Direito Tributário, as taxas, as contribuições de melhoria e as previdenciárias retributivas refletem relações jurídicas ou obrigações sinalagmáticas entre o Estado e o contribuinte, enquanto os impostos refletem relações jurídicas em que o Estado tem direito subjetivo ao tributo, e o contribuinte, o dever de pagá-lo, independentemente de qualquer atuação específica do Estado relativamente à sua pessoa [...]" COÊLHO, 2018, p. 560-561.

²⁹³ MACHADO SEGUNDO, *op. cit.*, p.175.

²⁹⁴ "Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.". BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Último acesso em: 5 fevereiro 2021.

²⁹⁵ Apesar de não necessária, justamente por este ponto, julgamos interessante existir Lei Complementar pelo menos determinando a extinção do crédito tributário por meio da arbitragem, vencendo, assim, quaisquer princípios, como o da legalidade.

sobre a vontade ou conveniência do sujeito ativo”.²⁹⁶ Corroboração da visão tradicionalista do Direito tributário que frisa, ainda mais, os muros invisíveis postos pela legalidade estrita na atuação do agente público. Em Portugal, tal princípio da indisponibilidade possui previsão na Lei Geral Tributária, mais especificamente em seu art. 30, n.2. Segundo JOAQUIM FEITAS DA ROCHA:

Com efeito, afirma-se de modo indubitável em Direito tributário a existência de um princípio de indisponibilidade das situações jurídicas, no sentido em que estas (i) são exercidas oficiosamente, (ii) são intransmissíveis inter-vivos e (iii) são irrenunciáveis. Significa tal, lógica e coerentemente, que:

i) Em primeiro lugar, as posições jurídicas activas que emergem e se desenvolvem no quadro de uma relação jurídica tributária (v.g., direitos de investigação, avaliação, liquidação, arrecadação da receita pública) devem ser exercidas sempre por dever legal, sem poderes de criação e de conformação de vontade por parte do respectivo titular (órgão administrativo), o qual se encontra investido num verdadeiro poder-dever, não podendo escolher se actua ou se não actua. Neste contexto, ganham relevo os sub-princípios da oficiosidade e do inquisitório, impondo este último o dever de realização de todas as diligências necessárias à satisfação do Interesse público.

ii) Em segundo lugar, essas mesmas posições jurídicas activas são insusceptíveis de transmissão por acto entre vivos, não podendo a AT e os obrigados tributários realizar contratos, pactos, acordos, convénios, etc., que as tenham por objecto, com a finalidade de as transferir ou alienar.

iii) Em terceiro lugar, são posições jurídicas irrenunciáveis, na medida em que o respectivo titular não pode abdicar do cumprimento das várias prestações em que se materializam juridicamente — nem recusá-las —, proibindo-se especificamente as reduções do montante da dívida e os perdões fiscais por via administrativa, bem assim como as dilações de prazos ou moratórias.²⁹⁷

De um lado está o lançamento e o dever de a Administração cobrar o tributo que lhe é devido. Do outro lado está a “hipótese de a Administração contratar com o particular a dispensa de um tributo devido”.²⁹⁸ Esta característica da “*indisponibilidade*” constitui o patrimônio indisponível frente ao disponível.²⁹⁹ Se pensarmos no sentido *stricto sensu* de tal indisponibilidade, constataremos que se refere à obrigação tributária, outras vezes referida ao crédito tributário, outras ao poder de imposição ou ao tributo. De qualquer forma, genericamente refere-se à matéria tributária.³⁰⁰

²⁹⁶ SCHOUERI, 2018. p. 550.

²⁹⁷ ROCHA, Joaquim Feitas. *A blindagem dos créditos tributários, o processo de insolvência e a conveniência de um Direito tributário flexível*. In.: *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso* (coord. De Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2015. p. 2.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 701.

²⁹⁹ “*La indisponibilidade constituye precisamente la característica del patrimonio indisponible frente al disponible. Se trata de una indisponibilidad que tiene un contenido bastante más restringido que la propia de los bienes de dominio público y en ello radica precisamente la diferencia entre patrimonio indisponible y dicho dominio*”. ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. t. I. Barcelona: Bosch, 1970. p. 432.

³⁰⁰ GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Giuffrè Editore: 2010. p. 61.

3.2.MANICÔMIO TRIBUTÁRIO E O SISTEMA DOS FUNDAMENTOS ÓBVIOS DE ALFREDO AUGUSTO BECKER

Obviedades. Temos o óbvio “naquilo que se presume conhecido porque se supõe óbvio”.³⁰¹ Costumamos aceitar como “óbvio” tudo aquilo que temos diante de nossos olhos. Por exemplo, conto um fato que aconteceu conosco. Dia chuvoso, estava programada uma aula prática de direção de veículo na autoescola. Chegando lá, tiramos o carro da garagem e saímos sem ligar o limpador de para-brisas. Afinal, estávamos acostumados a andar com carros que ligavam automaticamente o limpador em dias chuvosos. Imediatamente, nos foi chamada a atenção: “Está chovendo, precisa ligar o limpador, em dia de prova perderá ponto”. Começamos a buscar pelo botão para ligar o tal limpador de para-brisas, quando, novamente, nos questionaram: “Liga o limpador”. Respondemos que estávamos procurando pelo botão para ligar, perguntamos enfaticamente onde estava o botão. O instrutor, indignado, respondeu que não existia botão, que deveríamos “empurrar” a alavanca que ficava atrás do volante. Fizemos. Ligou. Ainda indignado, o instrutor soltou, em voz alta: “Botão? Botão! Não existe carro que liga o limpador com um botão. Tem muito o que aprender.”. Pois é, mas, existe. Em verdade, essa história não aconteceu conosco. Mas, com ela, podemos compreender melhor a obviedade.

Para o instrutor era óbvio que o limpador acionava por meio da tal “alavanca” no volante. Mas, para o aluno, obviamente que o limpador acionava com um simples toque no botão ou, automaticamente. A obviedade depende do mundo em que vivemos. Depende da nossa realidade, das nossas experiências no decorrer da vida. Podemos aceitar como óbvio algo que, em verdade, nada tem de óbvio. Apenas aceitamos por estar diante de nossos olhos. MARTIN HEIDEGGER falava que somos “projetos” “lançados no mundo”³⁰², lançados dentro de determinado campo de conhecimento. Tudo o que foge desse nosso campo de conhecimento, foge da nossa realidade. O que está dentro do campo de conhecimento, é óbvio. O que não está, deixa de ser óbvio. Eis a razão pela qual não gostamos de utilizar quaisquer termos que remetam ao conceito de obviedade. Argumentos não suscetíveis de dúvidas dentro daquele campo de conhecimento, por exemplo, são tidos como óbvios por serem incontestáveis. Acontece que são incontestáveis apenas dentro

³⁰¹ BECKER, 1998, p. 12.

³⁰² Expressão utilizada por Martin Heidegger. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Edição em alemão e português, tradução e organização por Fausto Castilho. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 307.

daquele determinado campo de conhecimento. Como lecionava ALFREDO AUGUSTO BECKER: “cada contendedor atribuiu um diferente conceito às premissas ‘óbvias’. Esta dualidade de conclusões deixa ambos os contendedores surpresos e perplexos (pois partiram das ‘mesmas’ premissas ‘óbvias’). O instrutor partiu da premissa óbvia de que, empurrar a alavanca ligava o limpador de para-brisas. O aluno partiu da premissa óbvia de que, apertar o botão ligava o limpador de para-brisas. Quem está certo? Por isso a incontestabilidade do que é óbvio “confere uma identidade falsa às premissas”.³⁰³ Conferindo uma identidade falsa ao teor do que é óbvio, a própria obviedade perde a sua característica.

Aplicando ao nosso exemplo, o instrutor nunca acreditará no aluno, simplesmente por não ter contestado o que o aluno estava falando. Poderia ter questionado: “Qual carro possui este botão que está se referindo?”. Uma simples pergunta, tão simples que até uma criança poderia fazer, como bem nos lembra BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS na passagem que destacamos no início deste capítulo: “é necessário voltar às coisas simples, à capacidade de formular perguntas simples, perguntas que, como Einstein costumava dizer, só uma criança pode fazer mas que, depois de feitas, são capazes de trazer uma luz nova à nossa perplexidade.”³⁰⁴

A comodidade de simplesmente seguir e, pior, acatar o que é “óbvio”, segundo ALFREDO AUGUSTO BECKER, é o que leva o Direito Tributário à desgraça: “O Direito Tributário está em desgraça e a razão deve buscar-se – não na superestrutura – mas, precisamente, naqueles seus fundamentos que costumam ser aceitos como demasiado ‘óbvios’ para merecerem a análise crítica”.³⁰⁵ Qualquer entendimento, mesmo que evidentemente “fácil” por estar dentro do campo de conhecimento de determinado ser humano, não deve ser aceito como demasiado “óbvio”. Deve ser analisado, questionado e, se passível de críticas, criticado. Vez que, como nos ensinou José Souto Maior Borges, sempre devemos contar “com a eventualidade do erro”, afinal, são “redes lançadas no mar”, as quais “podem recolher um conteúdo-de-verdade, mas também o erro”.³⁰⁶

Não devemos edificar todo o Direito Tributário, ou parte dele, “sobre um fundamento considerado óbvio que ...nada tem de óbvio.”³⁰⁷ Devemos, sim, edificar o Direito Tributário em análises críticas do “óbvio”, lançando redes no fundo do mar, passando de meras superficialidades.

³⁰³ BECKER, 1998, p. 11.

³⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 15.

³⁰⁵ BECKER, op. cit., p. 10.

³⁰⁶ BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

³⁰⁷ BECKER, 1998, p. 11.

Recolhendo outras verdades que nos dê asas a aventuras pelas críticas mais profundas das noções disseminadas.³⁰⁸

3.2.1. Vagueza de um Termo³⁰⁹

Uma possível verdade recolhida das profundezas do mar.

Saindo da superficialidade, precisamos nos fazer uma pergunta: Quando necessariamente um termo é considerado vago? Para que possamos compreender melhor, como recurso suplementar, passemos à análise do significado da *vagueza de um termo*.

Costumamos pensar que a vagueza está presente quando suscitam dúvidas sobre determinada palavra, sobre as definições léxicas ou informacionais. Errado. A vagueza está presente na ausência de conhecimento do campo de aplicação de determinada palavra, denominada zona de penumbra. GENARO CARRIÓ é quem possui uma bela explicação sobre tal fenômeno. Acontece cada vez que determinada palavra possui como critério importante de aplicação a presença de certa característica ou de certa propriedade, dada sob a forma de processo contínuo. O Autor explica da seguinte forma: i. a idade, ii. a altura ou iii. o número dos cabelos que um homem pode ter. Cortados na continuidade por: i. jovem/velho, ii. alto/baixo, iii. calvo. A zona de penumbra reside na resposta para as seguintes questões: i. Quantos fios de cabelo precisa para alguém não ser calvo? e/ou Com quantos fios exata e verdadeiramente falando um homem deixa sua calvície?; ii. Qual a idade exata para não ser mais jovem? e/ou Em que momento um jovem

³⁰⁸ BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

³⁰⁹ Não temos por intenção, neste momento, esgotar o tema referente aos fenômenos de indeterminação semântica da linguagem. Afinal, além da vagueza, encontramos, também, a ambiguidade e a polissemia. Entretanto, a ambiguidade e a polissemia não foram identificadas dentro dessa proposta. A ambiguidade encontra-se na estrutura da frase, não exatamente em uma palavra. Por exemplo: Meninos e Meninas jovens. Posso compreender que, tanto os meninos, como as meninas são jovens. Ou, ainda, posso compreender que apenas as meninas são jovens. Eis a ambiguidade. Já a palavra polissêmica possui muito mais de um sentido. Como comentamos, é o caso de “interesse público”. Afinal, todos os seus sentidos possuem uma determinada relação semântica. Eis a diferença entre vagueza e polissemia. As possíveis diferenças de interpretação. Caso queira se aprofundar um pouco mais no assunto, recomendamos as leituras: CRYSTAL, David. *Dicionário de lingüística e fonética*. Oxford: Blackwell, 1985; CARSTON, Robyn. Implicature, explicature, and truth-theoretic semantics. In: KEMPSON, Ruth. (ed.) *Mental representation: the interface between language and reality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988; CRUSE, D. A. *Lexical semantics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986; GRICE, H.P. Logic and conversation. William James Lectures. Harvard University, 1967. *Reimpressão*. In: COLE & MORGAN (eds.). *Syntax and Semantics*. Vol.3: Speech Acts. New York: Academic Press, 1975.

deixa de ser jovem?; iii. A partir de qual medida posso estabelecer os parâmetros de “alto” e “baixo”? e/ou Com qual altura alguém deixa de ser baixo e passa a ser considerado alto?.³¹⁰

Como não há como mensurar e delimitar o término do campo de aplicação de palavras como “jovem/velho”, “alto/baixo”, “calvo”, dizemos que há a *vagueza do termo*. Dentro dessa vagueza, GENARO CARRIÓ salienta, em seus estudos, a existência de uma zona em que ocorrerá o momento de transição de “baixo” para “alto”, por exemplo. Como não se sabe quando começa e nem quando termina, ele denominou essa zona como “*zona de penumbra*”. Eis que entra a *vagueza do termo*.³¹¹

3.2.1.1. Da Vagueza do Termo “Disponível” e Obviedade do “Indisponível” Em Relação ao Crédito Tributário

Tentaremos analisar o campo de aplicação do termo “disponível”, buscando identificar o campo de aplicação no tocante ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

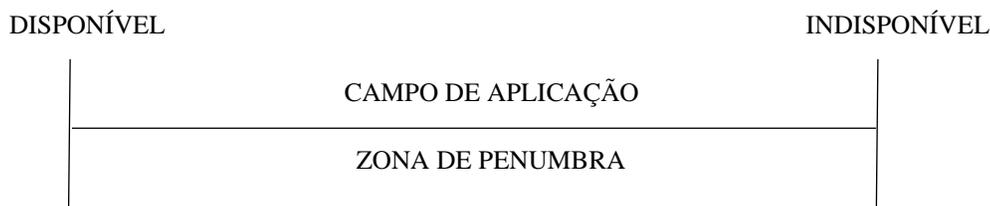


Figura 7

Sabemos que um termo é vago quando existem “*casos limítrofes*” de tal natureza que é impossível determinar se o termo se aplica ou não a eles. IRVING M. COPI proporciona um exemplo: “Os cientistas não foram capazes de decidir se certos vírus são coisas ‘vivas’ ou ‘inanimadas’, não porque ignorem se o vírus tem ou não poderes de locomoção, de reprodução etc., mas porque a palavra ‘vivo’ é um termo muito vago”.³¹² Uma analogia com o caráter “indisponível” do crédito tributário pode, aqui, ser feita. Não se sabe qual o campo correto de aplicação do termo “indisponível”, em que momento algo deixa de ser “disponível” e passa a ser “indisponível”. Se estivessem claro

³¹⁰ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 31-35.

³¹¹ CARRIÓ, 2006, p. 31-35.

³¹² COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed.. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 108.

e bem delineado o início e o término do campo de aplicação, o caráter “indisponível” do crédito tributário não seria, hoje, algo sujeito à falseabilidade. Enunciados básicos passaram a contradizê-lo, deixando de ser uma teoria totalmente válida.³¹³

Se, no Brasil, tivéssemos algum enunciado prescritivo delimitando, por exemplo, que o crédito tributário será considerado indisponível a partir do momento que a autoridade tributária negociar com o contribuinte, teríamos o seguinte esquema:

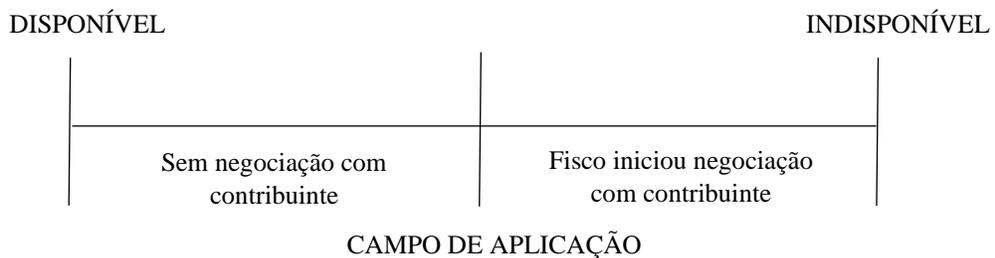


Figura 8

Ou seja, o campo de aplicação de “disponível/indisponível” poderia restar delimitado. Afinal, de acordo com o enunciado prescritivo, poderíamos concluir que o crédito tributário será considerado indisponível a partir do momento que o Fisco inicie negociação com o contribuinte. Entrariam, aqui, outras delimitações, como, por exemplo: Quando efetivamente poderíamos considerar o início dessa negociação? Citação? Caberia citação? Entre outras questões. Por outro lado, permaneceria disponível enquanto não houvesse negociações. O que, parece-nos, confessamos, não fazer muito sentido. Parece-nos que, por mais que haja um enunciado prescritivo estabelecendo sobre a indisponibilidade do crédito tributário no Brasil, o término do seu campo de aplicação continuaria sem delimitação certa.

Realizando conexão com a questão da obviedade, temos a indisponibilidade do crédito tributário como “óbvia”, certo? Mas, levando em consideração que o termo “dispor” não possui um campo de aplicação definitivo, não sabemos exatamente quando algo, por exemplo, é “disponível” e quando passa a ser “indisponível”. Logo, não é óbvio que o crédito tributário possui

³¹³ POPPER, 2013, p. 76.

caráter indisponível. Quando podemos levantar outra premissa que contraponha a premissa óbvia, a premissa contraposta deixa de ter o seu caráter óbvio.

A partir do momento em que há uma segunda verdade, essa hipotética obviedade deve ser analisada, questionada e se passível de críticas, criticada. Da mesma forma, deve acontecer com a “segunda verdade”. Falseado está, “óbvio” não será.³¹⁴

Entretanto, com a colaboração da lógica, verificaremos a desnecessidade de tal discussão sobre o caráter da indisponibilidade estar atrelado ao crédito tributário.

3.3. DISTINÇÃO JUS-FILOSÓFICA DO INTERESSE PÚBLICO

Interesse Público é o “interesse do todo”, do “próprio conjunto social”, de “dimensão pública dos interesses individuais”, dos “interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade”.³¹⁵ São muitas as expressões polissêmicas, não é diferente com “*interesse público*”, claramente expressão vaga³¹⁶ e ambígua³¹⁷.³¹⁸ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua interesse público como “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples facto de o serem”³¹⁹. Podemos resumir que são os interesses que possuem como finalidade a segurança e o bem-estar da sociedade.³²⁰ Mas, estes interesses públicos diferem dos interesses da

³¹⁴ Cf.: POPPER, 2013, p. 76; BECKER, 1998, p. 7.

³¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 59.

³¹⁶ Diz Genaro Carrió: “*Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión*” – *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, p. 31-35; Ademais, expressões vagas são aquelas das quais se originam “*casos de fronteira*”. Esses casos estariam ligados ao que Herbert Hart chama de “*uso aberto do termo*” – *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 20.

³¹⁷ CARRIÓ, *op.cit.*, p. 28-29.

³¹⁸ VALLE, Maurício Dalri Timm do; PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem tributária no Brasil e o interesse público: In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau. *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018. p. 293.

³¹⁹ *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 62.

³²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209. Rio de Janeiro: RDA, jul.set., 1997. p. 81-90.

administração.³²¹ Como lembra RENATO ALESSI,³²² os verdadeiros interesses públicos estão categorizados em primários, e os interesses da administração em interesses públicos secundários.³²³

Em sintonia com RENATO ALESSI estão ALEXANDRE LUIZ MORAES DO RÊGO MONTEIRO e LEONARDO FREITAS CASTRO, eles afirmam que não possuem dúvidas de que “o crédito tributário se encontra na subsespécie dos interesses públicos secundários”, sendo estes interesses públicos secundários, em suas palavras, àqueles “relativos à arrecadação da pecúnia necessária ao investimento em interesses públicos primários, tais como a educação, saúde, segurança, dentre inúmeros outros”. Ou seja, os interesses públicos primários são aqueles que dependem da arrecadação, são os verdadeiramente considerados indisponíveis, sendo indispensável o regime público. Já os interesses públicos secundários instrumentalizam os primários, “resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime”.³²⁴ Eles existem, simplesmente, para que haja a satisfação dos interesses públicos primários. Por isso concordamos com ALEXANDRE LUIZ MORAES DO RÊGO MONTEIRO e LEONARDO FREITAS CASTRO³²⁵ ao afirmarem ser exemplos de interesses públicos secundários os próprios interesses relativos à arrecadação tributária. Afinal, a arrecadação é necessária para a manutenção dos interesses públicos primários. Lembrando, com CASS SUNSTEIN e STEPHEN HOLMES³²⁶, que os nossos direitos possuem um custo e estes custos dependem dos tributos

³²¹ VALLE; PASINATTO, 2018, p. 296.

³²² “Aun pudiéndose concebir un interés secundario de la Administración considerada como aparato organizativo, tal interés no podría se realizado sino en caso de coincidencia con el interés primario, público. Por el contrario, este interés secundario del aparato puede fácilmente encontrarse en conflicto con el interés público, de tal manera que la Administración podría frecuentemente ser impulsada a realizarlo incluso más allá de los límites de la coincidencia con el interés público o en perjuicio de este último. Se impone por lo tanto la necesidad de una garantía de que la acción administrativa se dirija efectivamente a la realización del interés público.” – *Instituciones...*, p. 185-187.

³²³ Direito Tributário e Arbitragem: . a. 17, n. 88. São Paulo: *Revista Tributária e de Finanças*, set-out. 2009. p. 33-34.

³²⁴ Conceitos cf. MOREIRA NETO, 1997, p. 81-90.

³²⁵ “Não temos dúvidas neste ponto, que o crédito tributário encontra-se na subsespécie dos interesses públicos secundários, isto é, relativos à arrecadação da pecúnia necessária ao investimento em interesses públicos primários, tais como a educação, saúde, segurança, dentre inúmeros outros. Trata-se, pois, de receita pública derivada, portanto afeta, via de regra, ao juízo arbitral”. In.: *Direito Tributário e Arbitragem*: . a. 17, n. 88. São Paulo: *Revista Tributária e de Finanças*, set-out. 2009. p. 33-34.

³²⁶ Utilizamos, aqui, a versão espanhola – *El costo de los derechos*: Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veituno Editores, 2011. p. 6. Na apresentação do livro, Roberto Gargarella sintetiza bem o principal argumento dos autores. Diz ele: “*El libro de Sunstein y Holmes sostiene un argumento en extremo relevante para los debates de la actualidad: todos nuestros derechos dependen de los impuestos recaudados por el gobierno. Eso significa que no es posible pedir, al mismo tiempo, que la política reduzca los impuestos y dé garantía plena a nuestros derechos. La libertad de expresión, la seguridad social, el debido proceso, el voto son algunos de los derechos que más valoramos, y no son gratuitos, sino que cuestan dinero. Es decir que requieren la permanente inversión estatal.*”

cobrados, dos valores arrecadados.³²⁷

3.4. A LÓGICA DE CONSIDERAR A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL FRENTE AO EXEMPLO VIGENTE DE PORTUGAL

Costumamos defender a inserção da Arbitragem Tributária no Brasil justificando a disponibilidade do crédito tributário. Entretanto, tal discussão é, de fato, irrisória. Mesmo diante de permissões positivas constitucionais e infraconstitucionais portuguesas, adotou-se a arbitragem em matéria tributária. Está certo que o sistema tributário português é diverso do sistema tributário brasileiro. Este é, de forma complexa, tratado constitucionalmente. Aquele, em sede constitucional, refere-se apenas aos seus impostos com o subsequente delineamento pela legislação infraconstitucional. É, justamente, dentro dessa diferença que duplicamos a desconsideração da discussão sobre a (in)disponibilidade do crédito tributário para fins de inserção da Arbitragem Tributária. Primeiro, pela implementação do meio heterocompositivo mesmo com permissão positiva portuguesa. Segundo, pela permissão negativa constitucional e infraconstitucional brasileira.

Em outras palavras, o objetivo é demonstrar, aqui, que a discussão sobre a (in)disponibilidade do crédito tributário não afetará a inserção do meio heterocompositivo no Brasil. Corroborando com o nosso entendimento, há, entre outros, o Projeto de Lei n. 4.257, 6 de agosto de 2019, do Senador ANTÔNIO ANASTASIA (PSDB/MG), que modifica a Lei de Execuções Fiscais, n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, instituindo a Arbitragem Tributária no Brasil. Para além, em 10 de fevereiro de 2021, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) publicou a

³²⁷ Vejamos, também, o posicionamento de Luís Roberto Barroso: “*O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das sua autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado com o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam [...]*”. ...Prefácio à obra: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 13.

Portaria n. 1.696, estabelecendo condições para a transação de tributos federais não pagos em razão da pandemia do COVID-19. Assim, entre as pesquisas realizadas, partiremos da seguinte fórmula:

$$NxPp (Df.Ps:Os = P^+) = \sim NxO\sim p (Df.Pw = Df.P^-) = 0.0$$

Nesta fórmula, “ $NxPp (Df.Ps:Os = P^+)$ ” refere-se ao Sistema Tributário Português e “ $\sim NxO\sim p (Df.Pw = Df.P^-)$ ” ao Sistema Tributário Brasileiro. O sinal de “=” entre as duas composições significa que o resultado obtido dentro da primeira fórmula, a de Portugal, será igual ao resultado que será obtido dentro da segunda fórmula, a do Brasil. Por mais diferente que seja a composição de cada uma, ao final, prevalecerá o resultado (“=”) “0.0”.

Dentro desse conjunto, concluiremos ainda, como HELENO TAVEIRA TORRES³²⁸ e MARCELO ESCOBAR³²⁹, que não há formulação normativa expressa proibindo a adoção da arbitragem em matéria tributária. Eis a razão pela qual estamos diante de “permissões débeis” ou “permissões negativas” no texto constitucional brasileiro.

3.4.1. Normas e Proposições Normativas

GEORG HENRIK VON WRIGHT conta que levou, aproximadamente, trinta anos para ver a significativa diferença.³³⁰ EUGENIO BULYGIN, por sua vez, menciona que a distinção entre as normas e as proposições normativas não é nova, é “*casi trivial*”. Afinal, os conceitos são claros. Enquanto as normas são usadas para proibir ou permitir determinada conduta, as proposições normativas são afirmações acerca da existência das normas. Elucidando, EUGENIO BULYGIN menciona uma placa escrita “*Proibido Fumar*”. Pode ser interpretada como uma formulação de

³²⁸ HELENO TAVEIRA TORRES diz que “*Não se encontra em nenhum artigo da Constituição qualquer impedimento para a adoção de soluções pactícias em matéria tributária, cabendo à Lei decidir fazê-lo, nos termos e limites que julgar satisfatório*” – Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários, in: *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 305.

³²⁹ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem Tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017.

³³⁰ “*It has taken me nearly thirty years to see its full significance. And not all logicians and philosophers have seen it even now.*” - “Value, Norms, and Action in My Philosophical Writings”. In.: G. Meggle (ed.), *Actions, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*. Berlin-New York: Gruyter, 1999. p. 11-33.

uma norma que simplesmente proíbe fumar ou pode, ainda, ser interpretada como uma proposição normativa que informa a existência de uma norma que proíbe fumar. Então, norma é o que está escrito, proposição normativa refere-se ao que está escrito na norma.³³¹

Apesar de, aparentemente, inexistirem dificuldades nessa delimitação, precisamos recordar que as normas não são verdadeiras ou falsas. Podemos, sim, obedecê-las ou não. Podemos, ainda, qualificá-las como justas ou injustas, válidas ou eficazes. Entretanto, não podemos mencionar que são verdadeiras ou falsas, diferente das proposições normativas. Por exemplo, uma placa escrita “Proibido Cachorro no Elevador”. Pode ser interpretada como formulação de uma norma que proíbe cachorros no elevador. Mas, também, pode ser interpretada como proposição normativa que informa a existência de norma que proíbe cachorros no elevador, sem prescrever nada, sem ser válida ou inválida, não precisando ser obedecida ou violada. Levando a interpretações outras, como, por exemplo, cachorros são proibidos, mas, gatos são permitidos.³³²

Essa última interpretação nos recorda do princípio defendido por HANS KELSEN e por todos os seus seguidores, o Princípio da Proibição. Em outras palavras, tudo o que não está proibido, está, juridicamente, permitido. Para KELSEN, tal princípio embasa toda a ordem jurídica. Afinal, dentro do direito há normas que proíbem certas condutas e permitem as demais; simplesmente por não as proibir de forma expressa. Eliminando, dessa forma, qualquer lacuna normativa, resultando em um ordenamento jurídico completo.³³³

Para EUGENIO BULYGIN, *“este argumento está basado en la confusión entre normas y proposiciones normativas”*. Se uma norma proíbe determinada conduta e, “tacitamente” permite as demais condutas não proibidas, *“entonces es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico, salvo que se sostenga que no es una norma positiva, sino una norma del derecho natural, camino que le está vedado a Kelsen, quien enfáticamente niega que exista derecho natural”*. O Jurista Ucrainiano defende que, dentro da interpretação de *“permissão negativa”* ou *“permissão débil”*, podemos compreender o Princípio da Proibição não como *“o que não está proibido, está permitido”*, mas sim como *“o que não está proibido, não está proibido”*. Com essa

³³¹ BULYGIN, Eugenio. La Importancia de La Distinción entre Normas Y Propositiones Normativas. Disponível em: < http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada17/1_BULYGIN.pdf>. Acesso em: 16 fevereiro 2020.

³³² BULYGIN, Eugenio. La Importancia de La Distinción entre Normas Y Propositiones Normativas. Disponível em: < http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada17/1_BULYGIN.pdf>. Acesso em: 16 fevereiro 2020.

³³³ Recomendamos que veja: KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

concepção, o Princípio da Proibição é “*necesariamente verdadero, pero vacuo, pues nada dice sobre el derecho y es perfectamente compatible con la existencia de lagunas, si por ‘laguna’ se entiende una conducta que no está prohibida, ni permitida en sentido fuerte, es decir, no está regulada por el derecho.*”. Ou seja, como norma, o Princípio da Proibição é contingente e, como proposição normativa é “*bem falso*” ou “*bem necessário*”, mas vago. Não contribuindo, de forma alguma, para eliminar as lacunas, como defendia HANS KELSEN.³³⁴

3.4.2. Sistema de Lógica das Proposições Normativas

Antes de adentrarmos em tal reconstrução, precisamos compreender a palavra lógica³³⁵. Pode ser tanto “uma ciência”, como “*uma estrutura de natureza determinada*” ou, ainda, “*um sistema teórico que recompila, generaliza, abstrai e reconstrói, em fórmulas, as relações aceitáveis entre as proposições, desconsiderando o seu conteúdo, ou seja, de modo formal*”. Não existe “*uma única lógica*”.³³⁶

Segundo CARLOS ALCHOURRÓN, o Sistema de Lógica de Proposições Normativas (Sistema NO) não deve ser considerado como uma nova Lógica Deôntica, ou seja, uma Lógica de Normas (Sistema O). O uso da expressão “*Lógica Deôntica*” identifica as propriedades e as relações lógicas das normas, enquanto a “*Lógica Normativa*” identifica a Lógica das Proposições Normativas. Em resumo, partindo da explicação de CARLOS ALCHOURRÓN, devemos considerar como Lógica de Normas a Lógica Deôntica e a Lógica Normativa como a Lógica das Proposições Normativas.³³⁷

³³⁴ BULYGIN, Eugenio. La Importancia de La Distinción entre Normas Y Proposiciones Normativas. Disponível em: < http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada17/1_BULYGIN.pdf>. Acesso em: 16 fevereiro 2020.

³³⁵ Como afirma JOHN HOSPERS, para que uma palavra seja definida, deve ser indicado o que ela é, o que ela significa: “*2) Estamos informando de lo que la gente en general y, más específicamente, la que usan este lenguaje, significa con ella.[...] En el segundo caso, estamos informando del uso de los demás y tenemos una definición informativa o léxica. Usualmente, cuando formulamos definiciones, formulamos definiciones léxicas, el tipo que generalmente encontramos en un diccionario, que informa de los significados que actualmente se les adscribe a las diferentes palabras de un lenguaje. [...] Geralmente no inventamos nuevos significados para una palabra; informamos de aquellos que tiene ya, esto es, que le han dado los demás.*” HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. 2. ed.. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984. p. 51-52.

³³⁶ VALLE Mauricio Dalri Timm do. *Princípios Constitucionais e Regras-Matrizes de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 58.

³³⁷ “*Este sistema no deve ser considerado como una nueva lógica deôntica, esto es, como una lógica de normas, sino como un sistema de lógica de las proposiciones normativas, es decir, proposiciones que dicen que una norma ha sido*

Com a lógica de proposições normativas é possível: i. detectar algumas ambiguidades no uso de termos como "*obligatorio*" e "*permitido*", especialmente no discurso jurídico; ii. caracterizar algumas propriedades importantes de sistemas normativos como a coerência e a completude que não podem ser formulados adequadamente pela Lógica de Normas (ou Lógica Deontica); e iii. verificar que as modalidades reiteradas da lógica normativa representam conceitos que são frequentemente usados no discurso jurídico.³³⁸

O Sistema O é parecido ao Sistema de GEORG HENRIK VON WRIGHT. A diferença entre o Sistema O e o Sistema de GEORG HENRIK VON WRIGHT é a regra R-4), que foi excluída pelo Princípio que GEORG HENRIK VON WRIGHT denomina de Contradição Deontica.³³⁹ O Sistema NO, em estudo, pressupõe o sistema o no mesmo sentido que o sistema o pressupõe o sistema no. as proposições mais elementares do sistema no são aquelas que dizem se algum agente ditou alguma norma. eis a razão pela qual é necessário introduzir um conjunto de variáveis para os agentes e uma expressão que relacione o agente com a norma ditada. para tanto, o "x" será usado de forma provisória e representará um agente específico. Já para a relação normativa, será introduzido o símbolo "N". Dessa forma, a expressão "NxOp" significará "x ditou uma norma que seja obrigatório que p".³⁴⁰

A estrutura do Sistema NO é a seguinte: i. Signos; ii. Todos os signos do Sistema O; iii. O operador normativo "Nx"; iv. Fórmulas NO que incluem: a. Fórmulas C do Sistema O; b. Fórmulas Deonticas ou chamadas como Fórmulas D do Sistema O; c. Fórmulas Normativas ou

dictada. Uso la expresión 'lógica deontica' para identificar las propiedades y relaciones lógicas de las normas y 'lógica normativa' para identificar la lógica de las proposiciones normativas. La lógica normativa presupone la lógica deontica, pero no es idéntica a ella. Creo que muchas de las dificultades relacionadas con la interpretación y aceptabilidad de varios sistemas de lógica deontica existentes provienen de la falta de distinción entre esas lógicas". ALCHOURRÓN, Carlos. Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas. In.: *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 25-26.

³³⁸ *"Para mostrar sus diferencias presentaré primero en forma más bien dogmática dos sistemas formales: uno para la lógica deontica y otro para la lógica normativa. A continuación daré una justificación intuitiva de lo que llamo 'lógica normativa' y trataré de mostrar que esa lógica hace posible: (1) detectar algunas ambigüedades en el uso de términos tales como "obligatorio", "permitido", etc., en el lenguaje corriente y especialmente en el discurso jurídico; (2) caracterizar algunas propiedades importantes de sistemas normativos tales como coherencia y completitud que no pueden ser formuladas adecuadamente en la lógica deontica (Esto muestra que la lógica normativa puede ser considerada como la lógica de sistemas normativos y como tal es especialmente adecuada para tratar el problema de las llamadas "lagunas del derecho"; (3) mostrar que si bien la interpretación de los operadores reiterados es altamente problemática en la lógica deontica, las modalidades reiteradas en la lógica normativa representan conceptos que son frecuentemente usados en el discurso jurídico".* ALCHOURRÓN, 1991. p. 25-26.

³³⁹ *Logical Studies*. London: Routledge and Kegan Paul, 1957.

³⁴⁰ ALCHOURRÓN, 1991. p. 25-26.

Fórmulas N; entre outras partes da estrutura do Sistema NO que não nos interessa neste momento.³⁴¹

Encontramos, no Sistema NO, tanto os “operadores normativos fortes” (“*strong*”), como os “operadores normativos débeis” (“*weak*”). Enquanto estes negam a existência de um ato normativo, aqueles afirmam a existência de um ato normativo.³⁴² Explicamos. Quando afirmamos que “p está permitido”, estamos mencionando o mesmo que um agente determinado e identificado “permitiu que p”. Em algumas circunstâncias, como ocorre entre os juristas, mencionar que “p está permitido” é tão somente afirmar que uma proposição normativa é verdadeira. Nessas situações em que “p está permitido” significa exatamente o mesmo que mencionar “NxPp”. Seria mais explicativo dizer simplesmente que “x permitiu p”, mas se omite a referência a “x” pelo contexto deixar claro quem é o “x”. Assim, mencionamos apenas “p está permitido”. Toda essa situação acontece, também, com o oposto, ou seja, “p está proibido” ou “p é obrigatório” e com outras expressões normativas. Com a intenção de formalizar tais significados, Carlos Alchourrón introduz as seguintes definições: i. Permissão Forte: Df. Ps: Ps = NxP; e ii. Obrigação Forte: Df. Os: NxO. Segundo Carlos Alchourrón, apesar dos significados serem diferentes, a leitura natural de “Psp” é “está permitido que p”, do mesmo modo como “Pp”. Assim como “Osp” significa “é obrigatório que p”, do mesmo modo como “Op”. Ou seja, há casos em que “p está permitido” não tem o sentido de “NxPp”, mas, sim, de “~NxO~p” – “a autoridade ‘x’ não ditou uma norma obrigando que não ‘p’, ou, ainda, proibindo que ‘p’”.³⁴³ Retomemos a fórmula que estrutura a presente pesquisa, sendo que, “NxPp (Df.Ps:Os = P⁺)” refere-se ao Sistema Tributário Português e “~NxO~p (Df.Pw = Df.P⁻)” ao Sistema Tributário Brasileiro:

$$NxPp (Df.Ps:Os = P^+) = \sim NxO\sim p (Df.Pw = Df.P^-) = 0.0$$

Podemos resumir da seguinte forma: i. estamos diante da chamada “permissão forte” (“*strong permission*”), que ALCHOURRÓN formaliza como Ps e a define da seguinte maneira: Df. Ps: Ps = NxP; e ii. quando o agente não houver ditado norma alguma proibindo “p”, estaremos

³⁴¹ Id., p. 28-31.

³⁴² Como mencionamos em outra oportunidade, quando em coautoria com MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE. Veja: ...Arbitrabilidade da matéria tributária: seria a arbitragem a ferramenta necessária para cortar a última cabeça da Hidra de Lerna?. In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018. p. 314.

³⁴³ ALCHOURRÓN, 1991. p. 28-31.

diante do sentido débil de permissão (“permissão débil” ou “*weak permission*”), formalizada como Pw, definida da seguinte forma: Df. Pw = $\sim N x O \sim$. Como alertamos em outra oportunidade³⁴⁴, alguns autores formalizam a permissão forte não como Ps, e sim como P⁺, chamando-a de “permissão positiva”; e a permissão débil não como Pw, e sim como P⁻, chamando-a de “permissão negativa”.³⁴⁵

3.4.3. Permissões Positivas Encontradas no Sistema Tributário Português que Afirmavam a Existência de atos Normativos que Supostamente Proíbiam a Arbitragem Tributária

Com a intenção de demonstrar que Portugal possuía todas as justificativas para não inserir outra via heterocompositiva de resolução de litígios, analisaremos as permissões positivas encontradas. Tais permissões positivas devem ser consideradas como afirmações sobre a existência de ato normativo proibindo a resolução de conflitos tributários pela arbitragem. Concluindo que, frente a tantas permissões negativas no Brasil, não há tamanha permissão positiva que impeça a inserção de outro meio heterocompositivo, como existia em Portugal.

O Princípio da Indisponibilidade do Crédito Tributário é a principal permissão positiva que podemos encontrar no Direito Tributário Português. Este não é tratado constitucionalmente de forma detalhada e complexa como é tratado o Direito Tributário Brasileiro, mas a previsão da “*ferramenta de espanto*”³⁴⁶ é clara na Lei Geral Tributária (LGT).³⁴⁷ JORGE MANUEL LOPES DE SOUSA explica que o Princípio da Indisponibilidade do Crédito Tributário não está explicitamente

³⁴⁴ PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Dalri Timm do. Arbitrabilidade da matéria tributária: seria a arbitragem a ferramenta necessária para cortar a última cabeça da Hidra de Lerna?. In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018. p. 315.

³⁴⁵ PASINATTO; VALLE, 2018. p. 315.

³⁴⁶ SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária. In.: CELESTE, Isabel (coord.). 2. ed. *Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*. Portugal: Almedina, 2012. p. 115-130.

³⁴⁷ PORTUGAL. Lei Geral Tributária (LGT). Autoridade Tributária e Aduaneira. Última atualização: Lei nº. 13/2016 de 23 de maio. Art. 30: 2 - O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária. Disponível em: <<https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT.pdf>>.

enunciado na Constituição portuguesa, mas é corolário dos princípios da igualdade e da legalidade, que vinculam toda a atividade da administração tributária.³⁴⁸⁻³⁴⁹

Apesar de existirem argumentos contrários, DIOGO CAMPOS era enfático ao mencionar que o Princípio da Indisponibilidade do Crédito Tributário não era permissão positiva. Para o Autor, tal ato normativo não proíbe, de forma alguma, “*o acesso à arbitragem em matérias tributárias*”. Afinal, “*estender que julgar é dispor dos créditos tributários, significa rejeitar a própria função judicial dos juízes do Estado*”.³⁵⁰

Outra permissão positiva encontrada por JORGE MANUEL LOPES DE SOUSA era o art. 209 da Constituição da República Portuguesa (CRP)³⁵¹. Considerada norma geral em que se elencam as várias categorias de tribunais. Entre tais tribunais, estão os tribunais administrativos e os tribunais fiscais. Possibilitando, ainda, em seu n.º. 2, a possibilidade de existirem tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.³⁵²

Mas, como explica JORGE MANUEL LOPES DE SOUSA, se se pretendesse limitar a jurisdição dos tribunais arbitrais a matérias englobadas na jurisdição comum, então os lugares adequados para tal referência aos tribunais arbitrais seriam nos artigos de que tratam das competências dos tribunais judiciais. Não propriamente no art. 209 que diz respeito a todas as categorias de tribunais.³⁵³ JORGE MANUEL LOPES DE SOUSA defende, ainda, que, apesar de aparentemente existir permissão positiva no Direito Constitucional português, “*se os tribunais são reconhecidos como um meio idôneo de produzir decisões jurisdicionais, sem restrição a quaisquer matérias, só doutras normas constitucionais poderá resultar a proibição da arbitragem em matéria tributária.*”³⁵⁴ Portanto, embora levantada a dúvida de inconstitucionalidade, voltada ao art. 209 da CRP, de um tribunal arbitral em matéria tributária, não há fundamentos para tanto.

³⁴⁸ Constituição da República Portuguesa. Art. 266: 2 - Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

³⁴⁹ SOUSA, 2012. p. 115-130.

³⁵⁰ “*Usar esta norma para vedar a arbitragem em matérias tributárias representa um juízo negativo sobre a arbitragem que é de excluir. Os árbitros julgarão conforme a lei, tal como os juízes togados, respeitando, assim, o princípio da legalidade.*”. CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. FERREIRA, Eduardo Paz (com. Org.). A arbitragem em direito tributário: I Conferência Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT)/Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF). Coimbra: Almedina, 2010.

³⁵¹ SOUSA, 2012, p. 115-130.

³⁵² PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Assembleia da República, VII revisão constitucional, 2005. Disponível em: <biblioteka.sejm.gov.pl/wpcontent/uploads/2016/03/Portugalia_port_010116.pdf>.

³⁵³ SOUSA, 2012, p. 115-130.

³⁵⁴ SOUSA, loc. cit.

Ademais, segundo PAULO NÚNCIO, doutrinadores questionavam a competência de o tribunal arbitral julgar matérias de fato e de direito³⁵⁵. Argumentavam que “*a aplicação do direito aos factos considerados provados deverá ser uma competência exclusiva dos tribunais judiciais. No ordenamento jurídico português, nomeadamente ao nível da arbitragem voluntária, a opção legislativa não foi esta*”.³⁵⁶

Existia, ainda, outras questões analisadas como permissões positivas. Por exemplo, se a administração fiscal teria a competência exclusiva na elaboração da lista de profissionais que estariam aptos a realizar a função de árbitro. E, mais, se não for competência da administração, se a elaboração dessa lista deve ser uma responsabilidade da própria Ordem dos Advogados ou de algum organismo público, nomeadamente do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.³⁵⁷ Era, também, colocado em causa o princípio da imparcialidade e a regra da irrecorribilidade das decisões arbitrais.³⁵⁸

³⁵⁵ “*Questão de facto é, seguramente, tudo o que se reporta ao apuramento de ocorrências da vida real (queda de um muro) e de quaisquer mudanças ocorridas no mundo exterior, bem como à averiguação do estado, qualidade ou situação real das pessoas ou das coisas (capacidade económica ou atividade profissional de uma pessoa). Além dos factos reais e dos factos externos, a doutrina também considera matéria de facto os factos internos (as dores físicas ou morais originadas por um acidente, o dolo, os motivos determinantes da vontade), isto é, aqueles que respeitam à vida psíquica e sensorial do indivíduo, e os factos hipotéticos (lucros cessantes), ou seja, os que se referem a ocorrência virtuais. São claramente de classificar como matéria de direito as actuações respeitantes à escolha das normas aplicáveis ao caso concreto, à sua interpretação, à determinação do seu valor, à sua legalidade e constitucionalidade, à integração das lacunas da lei e à sua aplicação aos factos, bem como o apuramento dos efeitos derivados dessa aplicação.*” – ARAÚJO, Henrique. *A Matéria De Facto No Processo Civil (da petição ao julgamento)*. Tribunal da Relação do Porto. Disponível em: <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf>. Acesso em 15 janeiro 2020.

³⁵⁶ NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

³⁵⁷ NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

³⁵⁸ Assim como no Brasil, em Portugal a decisão arbitral é, em regra, irrecorrível. A única exceção era: Lei n.º. 3-B/28 de abril de 2010: “*Art. 124, n.º. 4 - O âmbito da autorização prevista no presente artigo compreende, nomeadamente, as seguintes matérias: alínea h - A consagração, como regra, da irrecorribilidade da sentença proferida pelo tribunal arbitral, prevendo a possibilidade de recurso, para o Tribunal Constitucional, apenas nos casos e na parte em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. Neste mesmo plexo há o Decreto-Lei n.º. 10/2011 que prevê, além do que estabelece o art. 124 da Lei n.º. 3-B/28 de abril de 2010, a susceptibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo, em seu art. 25, n.º. 2, quando: A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda susceptível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo; bem como que a decisão arbitral pode ser anulada pelo Tribunal Central Administrativo, conforme art. 27 e pode ser impugnada, conforme art. 28, n.º. 1, com fundamento na: a) Não especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; b) Oposição dos fundamentos com a decisão; c) Pronúncia indevida ou na omissão de pronúncia; d) Violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes [...]*”.

3.4.4. Permissões Negativas Constitucionais e Infraconstitucionais Brasileiras que Negam a Existência de Atos Normativos que Proíbam a Arbitragem Tributária

Corroborando com a conclusão de que estamos diante de uma “permissão negativa”, além de estar tramitando o Projeto de Lei nº. 4.257, 6 de agosto de 2019, do Senador Antônio Anastasia (PSDB/MG), podemos mencionar outras três permissões negativas: i. a do princípio da inafastabilidade de jurisdição; ii. a do preenchimento do requisito da disponibilidade previsto pela arbitrabilidade objetiva; e iii. a do preenchimento do requisito de partes capazes previsto pela arbitrabilidade subjetiva.

Com relação ao Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição, é possível dizer estarmos diante de uma faculdade, que não impede a utilização da via arbitral. Quanto à possibilidade da utilização da arbitragem, também estamos diante de uma faculdade. Não existe, no Brasil, a arbitragem obrigatória. Foi abolida no ano de 1866. A arbitragem brasileira é voluntária, ou, “*facultativa*”, nas palavras de CARLOS ALBERTO CARMONA.³⁵⁹

As duas últimas permissões negativas identificadas tratam sobre a viabilidade da Arbitragem Tributária na Lei de Arbitragem brasileira (LArb.) – Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Logo em seu primeiro artigo, a LArb elenca tanto a arbitrabilidade subjetiva, como a arbitrabilidade objetiva. Conforme escrevemos em outra oportunidade³⁶⁰, CARLOS ALBERTO DE SALLES define “arbitrabilidade” como o termo utilizado com o intuito de verificar a possibilidade de a matéria em questão ser submetida à arbitragem.³⁶¹ Definição parecida faz ANTÔNIO SAMPAIO CAMELO, afirmando ser a aptidão de um litígio para ser submetido à arbitragem.³⁶²

Como trataremos sobre a arbitrabilidade no Capítulo IV da presente pesquisa³⁶³, temos, resumidamente, que a arbitrabilidade trata da capacidade de um determinado litígio ser resolvido

³⁵⁹ *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/1996*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

³⁶⁰ ANA PAULA PASINATTO e MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE. Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira, in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3 (2017), nº 6, p. 1041-1073. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/tjlb/2017/6/2017_06_1041_1073.pdf>.

³⁶¹ *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 10-300.

³⁶² *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade de litígio*. Portugal: Ordem dos Advogados, 2009. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=54103&ida=54123>.

³⁶³ Especificamente nos pontos 4.2.1 e 4.2.2 do Capítulo IV, respectivamente sobre a arbitrabilidade subjetiva e a arbitrabilidade objetiva.

mediante a arbitragem.³⁶⁴ Sendo necessário, para que essa arbitrabilidade reste completamente configurada, o preenchimento tanto do requisito subjetivo, quando do objetivo. Respectivamente, “*quem*” pode se valer da arbitragem e “*qual*” matéria pode a ela ser submetida.

³⁶⁴ “*Even if a dispute exists, this may not be sufficient. It must be a dispute which, in the words of the New York Convention, is ‘capable of settlement by arbitration’. [...] Arbitrators are - or should be - just as ‘capable’ of determining a dispute as judges.*”. BLACKABY, Nigel et al. 5. ed. Student Version. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1/83. Recomenda-se, também: HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. Kluwer Law International, 2006.

CAPÍTULO IV - A EXPERIÊNCIA DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL E A SUA INSERÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

*"O que neste apanhado de estudos se contém são propostas à reflexão e à prudente busca de soluções [...]. Ousar sem o açodamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema."³⁶⁵
(Cândido Rangel Dinamarco)*

Mundo das Ideias. Simples seria se, tudo o que o legislador imaginou perdurasse por anos, sem necessidades maiores de intervenções, sejam elas quais forem. Contudo, a vida é mais do que o Mundo das Ideias. MARTIN HEIDEGGER³⁶⁶ já mencionava, somos seres jogados em determinado mundo. Neste mundo, colhemos verdades e não verdades, alimentamos a nossa existência com a fome de viver todos os dias não idênticos.

Pode ser que, em outro mundo, as verdades e não verdades sejam distintas daquele mundo, outrora, conhecido. Em verdade, supostamente conhecido. Mudanças são constantes. Não só na vida, mas, também, no que permeia a nossa existência. Como retrata CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo”.³⁶⁷ Não por culpa da imaginação do legislador, longe disso. Mas, pela zona de penumbra existente entre a experiência de vida do legislador naquele seu determinado mundo e a riqueza da vida no geral. Algumas vezes, pelo simples fato de não serem previstas. Eis que surgem as “lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis”.³⁶⁸

Não estamos mencionando que traremos teorias jurídicas para a presente pesquisa. Apesar de sua importância, acaba por não ser o nosso foco. O que buscaremos mostrar neste capítulo, sem desprezar os pilares do sistema, é o outro mundo. Aquele, ainda, pouco explorado. Aquele que merece ser estudado. Afinal, por enquanto, lá estão algumas das soluções necessárias para as situações emergentes com a riqueza da vida.

³⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2003. p. 21.

³⁶⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Edição em alemão e português, tradução e organização por Fausto Castilho. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 307.

³⁶⁷ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 21.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 21.

4.1. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL

O Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), com sede em Lisboa, é o local em que são constituídos os tribunais arbitrais, onde acontece a Arbitragem Tributária. Foi por meio do Despacho n.º 5.097, de 12 de fevereiro de 2009, de responsabilidade do Secretário de Estado da Justiça (*in* Diário da República, n.º 30, 2ª série), que o CAAD restou autorizado a promover a resolução dos conflitos tanto em matéria administrativa, como em matéria tributária. Neste, o CAAD passou a atuar no ano de 2011, com o Decreto-Lei n.º 10, de 20 de janeiro. Naquele, a atuação do CAAD acontece desde o ano de 2009.³⁶⁹ Após a aceitabilidade, com o reconhecimento dos benefícios, o número de resolução de conflitos disparou.

FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS retrata a Arbitragem Tributária como “potenciadora de uma maior aquisição do sentimento de Justiça para os contribuintes”. Para ele, há três pontos especiais sobre o conceito de Arbitragem Tributária, são eles: “i. a resolução da controvérsia de acordo com o sistema normativo vigente; ii. a natureza voluntária da opção pelo meio de resolução de litígios e iii. o carácter definitivo da decisão arbitral.”³⁷⁰ Lembrando que, sobre este último ponto, “existem algumas hipóteses marginais em que é possível recorrer”, sendo a decisão arbitral tendencialmente definitiva.³⁷¹ CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS busca verificar se o conceito de

³⁶⁹ “[...] entidade autorizada pelo Despacho n.º 5097/2009, do Secretário de Estado da Justiça (*in* Diário da República, n.º 30, 2.ª série, de 12 de fevereiro), com competência para promover a resolução de litígios em matéria administrativa e tributária. Em matéria administrativa, o CAAD promove, desde 2009, a resolução por via arbitral de litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, de emprego público e de contratos celebrados por entidades públicas, encontrando-se pré-vinculados à jurisdição dos tribunais os Ministérios da Justiça, da Cultura, da Educação e do Ciência e várias Instituições do Ensino Superior Universitário e Politécnico. Em matéria tributária, o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, veio disciplinar a arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária, funcionando todos os tribunais arbitrais tributários sob a organização do CAAD, encontrando-se vinculada à jurisdição dos tribunais arbitrais tributários a Autoridade Tributária e Aduaneira. Mais do que um centro de arbitragem, o CAAD apresenta-se hoje como um centro de divulgação e conhecimento em matéria arbitral pública, ao serviço do Estado, dos cidadãos e das empresas, uma instituição precursora de um tipo de arbitragem inovadora, que vem merecendo grande atenção a nível nacional e internacional.” Cf.: Centro de Arbitragem Administrativa. CAAD. Apresentação. Disponível em: <<https://www.caad.org.pt/>>. Acesso em: 20 dezembro 2020.

³⁷⁰ “..., a decisão arbitral tem natureza definitiva e, como tal, entendemos que esta só poderá ser objecto de controlo judicial perante regras claramente definidas na lei. Assim, em primeiro lugar, devem constituir fundamento de impugnação, não só um conjunto de erros de natureza formal que o tribunal arbitral incorreu, quer no decurso da tramitação processual, como também no seu resultado final, a decisão arbitral.”. DOMINGOS, 2016, pg. 451 e pgs. 474-475.

³⁷¹ DOMINGOS, 2016, p. 475.

arbitragem em matéria tributária existente em Portugal é igual ao do ordenamento jurídico-privado. Se a arbitragem, propriamente dita, é a mesma da matéria de Direito Privado:

Da análise da doutrina citada, quer no domínio privado, quer no domínio tributário, bem como dos diplomas instituidores da arbitragem no nosso ordenamento jurídico, particularmente do regime que institui a arbitragem em matéria tributária, pode, em nosso entendimento, concluir-se que as características da arbitragem, no geral, são essencialmente, as mesmas características que apresenta a arbitragem no domínio do Direito Tributário. Parece-nos, assim, que se poderá concluir que as fontes de Direito Processual Tributário não apresentam uma definição específica neste domínio, sendo que os aspetos básicos que se apontam à figura no seio do Direito Privado são, em tudo, semelhantes aos que se apontam à figura no Direito Tributário.³⁷²

As características essenciais da Arbitragem Tributária para a AUTORA são, portanto, três: i. a voluntariedade; ii. a alternatividade e; iii. a executoriedade.³⁷³ Sendo que os três principais objetivos da AT estão elencados no Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011, que regulamenta o instituto em Portugal. O primeiro deles é o foco em “reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos”, tanto com árbitros especializados na matéria em questão, como no sentido de os contribuintes passarem a ter outra via de acesso à resolução de seus conflitos em matéria tributária. O segundo objetivo prescrito é “imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo”. Assim como o Brasil possui a tradicional elevada taxa de morosidade e de congestionamento, Portugal também. Apesar de concordarmos com CARLA CASTELO TRINDADE e SERENA CABRITA NETO, quando mencionam que a morosidade da justiça nos tribunais portugueses dispensa comentários³⁷⁴, o terceiro e último objetivo também diz respeito à celeridade e à morosidade: “reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos fiscais”. Eis a razão pela qual iniciaremos este subtópico tratando, mesmo que de forma breve, sobre os processos portugueses antes da inserção da Arbitragem Tributária, meio de acesso à Justiça.

³⁷² FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Justiça Tributária*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 305.

³⁷³ FIGUEIRAS, 2018. p. 305.

³⁷⁴ CABRITA NETO, Serena; TRINDADE, Carla Castelo. *Contencioso Tributário: Processo, Arbitragem e Execução*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2017. p 428.

4.1.1. O Estado dos Processos Portugueses Antes da Lei n. 63/2011 Que Autorizou a Arbitragem em Matéria Tributária

Tivemos oportunidade de verificar a morosidade do Judiciário brasileiro e termos tal oportunidade, também, com a morosidade do Judiciário português³⁷⁵, tal como já fizemos em outra oportunidade³⁷⁶. Tal congestão afeta a sociedade como um todo. Entretanto, Portugal tem, constantemente, entrado em combate com ela. Os dados não negam, os resultados são positivos. A cada ano o número de pendências diminui. Grande vitória para toda a sociedade portuguesa.

Antes a inserção da arbitragem em matéria tributária, a arbitragem já havia sido autorizada para resolver conflitos relacionados à administração pública. Frise-se: É este o patamar que nos encontramos no Brasil, desde a promulgação da Lei brasileira n. 13.129, de 26 de maio de 2015.

Conforme dados retirados da Direção-Geral da Política de Justiça, “Estatísticas da Justiça”³⁷⁷, a pendência das ações executivas cíveis não parou de diminuir a partir do ano de 2012:

Tabela I: Diminuição das Ações Executivas Cíveis Pendentes³⁷⁸

ANO	Ações Executivas Cíveis Pendentes
2010	1.186.269

³⁷⁵ Com base nos seguintes sítios de dados: *Conselho Superior dos Tribunais Administrativos – PORTUGAL*. Conselho Superior dos Tribunais Administrativos. *Relatório Anual de 2019, ano-base 2018*. Disponível em: <http://www.cstaf.pt/documentos/Relat%C3%B3rio_CSTAF_2018.pdf>. Acesso em: 10 dezembro 2020; Base de Dados Portugal Contemporâneo – PORTUGAL. Base de Dados Portugal Contemporâneo. *Retrato de Portugal*. Resumo de indicadores da sociedade portuguesa contemporânea desde 1960 até ao último ano disponível. Disponível em: <<https://www.pordata.pt/Retratos/2020/Retrato+de+Portugal-85>>. Último acesso em: 14 dezembro 2020 e; Direção-Geral da Política de Justiça. PORTUGAL. *Panorama Justiça Cível (1ª Instância) – 2019*. Disponível em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Panorama_Justica_Civel.aspx>. Último acesso em: 13 dezembro 2020.

³⁷⁶ Recomendamos a leitura sobre a Arbitragem Tributária em Portugal: PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem Tributária: Breves Considerações sobre o Regime Português. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte, ano 17, n. 101, p. 77-97, set./out. 2019.

³⁷⁷ “O Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça abrange diversas áreas, nomeadamente, a dos tribunais, a dos registos e notariado, a das polícias e entidades de apoio à investigação, a dos organismos de resolução alternativa de litígios e a da reinserção e da execução de penas e medidas.”. PORTUGAL. Direção-Geral da Política de Justiça. *Estatísticas da Justiça – Os números da Justiça em Portugal*. Disponível em: <<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt>>. Último acesso em: 13 dezembro 2020.

³⁷⁸ Adaptada pela Autora. Fonte: PORTUGAL. Direção-Geral da Política de Justiça. *Estatísticas da Justiça – Os números da Justiça em Portugal*. Disponível em: <<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt>>. Último acesso em: 13 dezembro 2020.

2011	1.231.782
2012	1.252.894
2013	1.101.196
2014	1.015.389
2015	939.205
2016	804.190
2017	698.760
2018	602.079
2019	523.549

Acreditamos que os processos tributários que demandavam tempo dos magistrados passaram a ser resolvidos por tribunais especializados na arbitragem. Consequentemente, os magistrados tiveram mais tempo para resolver os demais conflitos. Inclusive JESUÍNO ALCÂNTARA MARTINS e JOSÉ COSTA ALVES destacam as razões que costumavam justificar a morosidade do sistema de justiça tributária de Portugal: i. falta de recursos humanos e meios tecnológicos; ii. falta de juízes; iii. ausência de especialização dos magistrados; iv. inexistência de assessores técnicos.³⁷⁹

Portugal, no cenário em que se encontrava antes do ano de 2012, com números que excediam em volume monetário 13 milhões de euros³⁸⁰, recrutou 28 novos juízes para que fosse reduzida a quantidade de processos distribuída a cada juiz, “beneficiando alguns deles de profunda experiência na área de direito fiscal”.³⁸¹ Apesar de este recrutamento atingir seu objetivo inicial, deixando cada magistrado com a metade dos processos de que tinham anteriormente, não alcançou o seu objetivo final, de diminuir as pendências judiciais.³⁸²

Segundo JESUÍNO ALCÂNTARA MARTINS e JOSÉ COSTA ALVES, era de se esperar que a situação dos tribunais tributários melhorasse com a admissão de juízes para os tribunais tributários. Equipes extraordinárias³⁸³ de juízes foram criadas para a resolução de determinados processos

³⁷⁹ MARTINS, Jesuíno Alcântara; ALVES, José Costa. *Procedimento e Processo Tributário - Uma perspectiva prática*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 206. Jesuíno Alcântara Martins é especialista em Direito Fiscal e Fiscalidade, em Portugal; José Costa Alves é Jurista na Administração Tributária Portuguesa.

³⁸⁰ NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

³⁸¹ MARTINS; ALVES, *op. cit.*, p. 206.

³⁸² *Ibid.*, p. 63-71.

³⁸³ Salientamos que essas equipes extraordinárias são conhecidas por equipes de recuperação de pendências e, ainda, existem em Portugal. Por exemplo, em 1 de janeiro de 2019, 40 magistrados tomaram posse. No mesmo mês, 29 juízes foram destacados para atuarem nas equipes de recuperação de pendências. PORTUGAL. Conselho Superior dos

tributários. Entretanto, nada melhorou. Nas palavras dos autores, a morosidade da justiça tributária continuou em Portugal, registrando momentos inaceitáveis de crise. Reforçando “o que tem sido a nossa linha de evolução em direção da arbitragem tributária.”³⁸⁴

O relatório anual, o mais atualizado disponível, do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, foi entregue no dia 19 de julho de 2019, relativo ao ano de 2018.³⁸⁵ Sua análise demonstra que o número de processos entrados, tanto no contencioso tributário, quanto no contencioso administrativo, é menor que o número de processos findos. Ao passo que, a pendência dos processos é elevada. Em números, temos 14.889 de processos entrados, 16.826 de processos findos e 45.978 de processos pendentes no contencioso tributário de 1ª instância. No contencioso administrativo de 1ª instância temos 9.483 de processos entrados, 10.220 de processos findos e 22.764 de processos pendentes. Os indicadores de 2018, na 1ª instância, indicam que há uma taxa de resolução processual (n. de processos findos por n. de processos entrados) de 107,77% no contencioso administrativo e 113,01% no contencioso tributário. Entretanto, a taxa de congestão processual (n. de processos pendentes por n. de processos findos) é de 229,84% no contencioso administrativo e 284,41% no contencioso tributário.

Por sua vez, o Retrato de Portugal feito pelo PORDATA³⁸⁶ demonstra que há, no Judiciário, 689.553 processos entrados e 783.997 processos finalizados, enquanto 766.793 processos estão pendentes de resolução. Ou seja, o número de processos entrados é menor que o número de processos finalizados na jurisdição comum³⁸⁷, parece-nos que eis a razão pela qual a pendência processual tem a possibilidade de diminuir. No Brasil, é o contrário, o número de processos entrados é maior que o número de processos finalizados. Conseqüentemente, a nossa pendência só aumenta.

Tribunais Administrativos. *Relatório Anual de 2019, ano-base 2018*. Disponível em: <http://www.cstaf.pt/documentos/Relat%C3%B3rio_CSTAF_2018.pdf>.

³⁸⁴ MARTINS, Jesuino Alcântara; ALVES, José Costa. *Procedimento e Processo Tributário - Uma perspectiva prática*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 206.

³⁸⁵ “Este relatório é enviado anualmente à Assembleia da República em cumprimento do artigo 156.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, aplicável por força do artigo 7.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).”. Disponível em: <http://www.cstaf.pt/index.php?topic=rel_anual>. Último acesso em: 13 dezembro 2020.

³⁸⁶ PORTUGAL. Base de Dados Portugal Contemporâneo. *Retrato de Portugal*. Resumo de indicadores da sociedade portuguesa contemporânea desde 1960 até ao último ano disponível. Disponível em: <<https://www.pordata.pt/Retratos/2020/Retrato+de+Portugal-85>>. Último acesso em: 14 dezembro 2020.

³⁸⁷ Em Portugal tem-se, além da jurisdição comum, uma jurisdição especializada para a litigância tributária – designada por administrativa e fiscal.

PORDATA apresenta-nos, ainda, que a taxa de congestionamento (ou “taxa de congestão”) dos Tribunais Judiciais chega à margem de 110%. Essa margem está em processo de descenso desde, aproximadamente, o ano de 2010, quando chegava à margem de 220%.³⁸⁸

NUNO VILLA-LOBOS enfatiza o crescimento de pendências judiciais nos tribunais tributários antes da implantação da arbitragem tributária em Portugal. O número de processos entrados, segundo ele, superava largamente, o número de processos findos. Logo, a pendência aumentava. Como é o caso do Brasil. Por sua vez, o aumento do número de processos para cada magistrado era constante, repercutindo negativamente na celeridade processual.³⁸⁹ Tal repercussão prejudicava não apenas a Administração Fiscal como, também, os contribuintes.³⁹⁰

Dentro deste cenário, e perante as vantagens da arbitragem em matéria tributária, foi revogada, no ano de 2011, a Lei de Arbitragem Voluntária de 1986, restando vigente a Lei nº 63/2011.³⁹¹ Sendo inserida, então, a Arbitragem Tributária, juntamente com o Decreto-Lei nº 10/2011 que passou a regular o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária³⁹²:

No ano 2011, face ao desequilíbrio entre oferta e procura, havendo nesse ano 47 mil processos pendentes, correspondentes a cerca de 7 mil milhões de euros, foram concebidas várias medidas visando, em síntese, desbloquear a justiça fiscal portuguesa, tendo sido a arbitragem tributária uma dessas medidas, contributo que veio a ser sublinhado no Memorando de Entendimento entre o Governo e o conjunto FMI/BCE/CE.³⁹³

JESUÍNO ALCÂNTARA MARTINS e JOSÉ COSTA ALVES contam que não eram favoráveis ao meio da Arbitragem Tributária. Seu posicionamento contrário não era nem tanto pela suposta ofensa aos princípios da legalidade, da igualdade ou da disponibilidade dos créditos tributários. Era, sim, “por razões conexas com a natureza pública da relação jurídica tributária ser, a nosso ver,

³⁸⁸ PORTUGAL. Base de Dados Portugal Contemporâneo. *Retrato de Portugal*. Resumo de indicadores da sociedade portuguesa contemporânea desde 1960 até ao último ano disponível. Disponível em: <<https://www.pordata.pt/Retratos/2020/Retrato+de+Portugal-85>>. Último acesso em: 14 dezembro 2020.

³⁸⁹ Estes referidos dados referem-se a todos os tribunais. No caso, não apenas aos processos tributários.

³⁹⁰ VILLA-LOBOS, Nuno. *Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal*. Desafios Tributários. Lisboa: Vida Económica, ago./2015. p. 193-212.

³⁹¹ Lembramos que há um regime específico da arbitragem tributária, que é o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT). As disposições da Lei de Arbitragem Voluntária aplicam-se tão somente nos casos omissos do RJAT.

³⁹² PORTUGAL. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária* (RJAT). Disponível em: < <https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/codigos/rjat.html>>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

³⁹³ NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

uma relevante manifestação de funções de soberania.”.³⁹⁴ O que levou os autores a mudarem, efetivamente, a concepção sobre o instituto foi apenas a vivência e experiência “das actividades de justiça tributária no domínio do procedimento tributário e do processo judicial tributário”, contribuindo para serem convictos adeptos da Arbitragem Tributária.³⁹⁵

Aliás, como bem nos recorda DIOGO LEITE DE CAMPOS, os cidadãos são livres do poder do Estado. Dentro dessa perspectiva, a sociedade civil “tem vindo a entender que, tendo legitimidade para criar as suas próprias relações intersubjectivas, para criar o seu próprio Direito para além do Direito legislado, também deve ter legitimidade para resolver os seus próprios conflitos”³⁹⁶. Especialmente por meio do diálogo consigo mesma. Afinal, “o aumento da conflitualidade, o crescimento da densidade técnica dos problemas e a incapacidade do sistema judicial para lhes responder”³⁹⁷ cada vez mais incentivam a busca pela resolução dos conflitos fora dos tribunais judiciais.

4.1.2. Ideologias Opostas a Conveniência da Arbitragem Tributária em Portugal

Portugal não cedeu facilmente à Arbitragem Tributária, por mais que fosse a melhor solução. A doutrina majoritária valia-se de numerosos argumentos quando comparados com os argumentos favoráveis à inserção da AT, tais como: i. o princípio da indisponibilidade do crédito tributário; ii. a competência dos Tribunais Arbitrais sobre as questões de fato e de direito; iii. a (Ir)recorribilidade da decisão de um Tribunal Arbitral; iv. a nomeação dos árbitros portugueses.

O princípio da indisponibilidade do crédito tributário, tal qual no Brasil, era visto como “*ferramenta de espanto*”. Elencado na Lei Geral Tributária (LGT)³⁹⁸ e, embora não explicitamente

³⁹⁴ MARTINS; ALVES, 2015, p. 206.

³⁹⁵ MARTINS; ALVES, 2015, p. 207.

³⁹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. Certeza e segurança no Direito Tributário: A arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*. Ano 2005. Vol. II. Set. 2005. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/diogo-leite-de-campos-certeza-e-seguranca-no-direito-tributario-a-arbitragem/>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

³⁹⁷ Id.

³⁹⁸ PORTUGAL. *Lei Geral Tributária (LGT)*. Autoridade Tributária e Aduaneira. Última atualização: Lei n.º 13/2016 de 23 de maio. “Art. 30: 2 - O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária.” Disponível em: <<https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT.pdf>>.

na Constituição portuguesa, é um corolário dos princípios da igualdade e da legalidade, que vinculam toda a atividade da administração tributária.³⁹⁹⁻⁴⁰⁰ Melhor dizendo, acreditava-se que, caso julgado o princípio da indisponibilidade do crédito tributário por um juiz não togado, ele estaria posto em *xequê*. Concordamos com DIOGO LEITE DE CAMPOS:

Quando me falam de indisponibilidade de direitos, que a arbitragem não pode tratar dos direitos indisponíveis, lembra-me o tempo em que se dizia que os tribunais administrativos e fiscais, sobretudo os tribunais fiscais, não podiam intrometer-se na competência da administração, porque a administração fiscal obedecia a exigências técnicas demais para os tribunais. Havia que respeitar a separação dos poderes. Portanto os tribunais não podiam anular actos da administração. Isto é o século CIC, é napoleónico.⁴⁰¹

Afirma o AUTOR que os tribunais arbitrais não irão dispor dos direitos, muito pelo contrário, estarão “a reconhecer os direitos: ‘o seu, a seu dono’”. Usar o princípio da indisponibilidade do crédito tributário para barrar a arbitragem em matéria tributária é, no mínimo, excluir um direito dos cidadãos. Assim como os juízes togados, os árbitros julgarão conforme o direito aplicado ao caso concreto.⁴⁰²

Outra ideologia oposta era de os tribunais arbitrais não julgarem matérias de direito.⁴⁰³ Argumentavam que “um tribunal arbitral em matéria fiscal terá, eventualmente, capacidade para

³⁹⁹ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. “Art. 266: 2 - Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

⁴⁰⁰ SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária. In.: CELESTE, Isabel (coord.). 2. ed. *Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*. Portugal: Almedina, 2012. p. 115-130.

⁴⁰¹ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. FERREIRA, Eduardo Paz (com. Org.). In.: *A arbitragem em direito tributário: I Conferência Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT)/Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF)*. Coimbra: Almedina, 2010. p.39-40.

⁴⁰² CAMPOS, 2010, p. 40.

⁴⁰³ “*Questão de facto é, seguramente, tudo o que se reporta ao apuramento de ocorrências da vida real (queda de um muro) e de quaisquer mudanças ocorridas no mundo exterior, bem como à averiguação do estado, qualidade ou situação real das pessoas ou das coisas (capacidade económica ou atividade profissional de uma pessoa). Além dos factos reais e dos factos externos, a doutrina também considera matéria de facto os factos internos (as dores físicas ou morais originadas por um acidente, o dolo, os motivos determinantes da vontade), isto é, aqueles que respeitam à vida psíquica e sensorial do indivíduo, e os factos hipotéticos (lucros cessantes), ou seja, os que se referem a ocorrência virtuais. São claramente de classificar como matéria de direito as actuações respeitantes à escolha das normas aplicáveis ao caso concreto, à sua interpretação, à determinação do seu valor, à sua legalidade e constitucionalidade, à integração das lacunas da lei e à sua aplicação aos factos, bem como o apuramento dos efeitos derivados dessa aplicação.*”. ARAÚJO, Henrique. *A Matéria De Facto No Processo Civil (da petição ao julgamento)*.

decidir sobre a factualidade em disputa, mas a aplicação do direito aos factos considerados provados deverá ser uma competência exclusiva dos tribunais judiciais.”⁴⁰⁴ Entretanto, tal pensamento faz pouco sentido tanto para FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS, como para JORGE MANUEL LOPES DE SOUSA e para PAULO NÚNCIO. O art. 209 da Constituição da República Portuguesa (CRP) é considerado norma geral. Esta elenca inúmeras categorias de tribunais e, entre elas, os tribunais administrativos e os tribunais fiscais. Em seu n.º. 2 há prescrição, inclusive, de tribunais arbitrais e julgados de paz.⁴⁰⁵ FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS é enfático ao mencionar que “o art. 209.º da CRP legitima a constituição de tribunais arbitrais, sem referir a exclusão destes de qualquer matéria”.⁴⁰⁶

JORGE MANUEL LOPES DE SOUSA alude que se a pretensão fosse restringir a jurisdição dos tribunais arbitrais àquelas matérias a cargo da jurisdição comum, então o lugar adequado para tal referência aos tribunais arbitrais seria no artigo que tratam das competências dos tribunais judiciais e não propriamente no artigo 209, que diz respeito a todas as categorias de tribunais.⁴⁰⁷

Para PAULO NÚNCIO, não há qualquer razão que, de fato, justifique a impossibilidade de o tribunal arbitral decidir matéria de direito. Afinal, a lei estaria limitando a competência do tribunal arbitral a matérias de fato. Logo, seria como desconsiderar a Constituição portuguesa que prolata a equiparação do tribunal arbitral aos outros tribunais judiciais.⁴⁰⁸

Outra questão controversa que surgia era a respeito da escolha dos árbitros, buscando evitar qualquer parcialidade, prezando pelo princípio da imparcialidade. Pairavam dúvidas se a administração fiscal deveria deter competência exclusiva na elaboração da lista de profissionais que estariam aptos a realizar a função de árbitro. Se a elaboração da lista deveria ser de responsabilidade exclusiva da Ordem dos Advogados ou algum outro organismo público, nomeadamente o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.⁴⁰⁹ Sobre tal questão, deve existir “um tratamento igual entre as partes e que a administração fiscal não deverá usufruir

<http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf>). Último acesso em: 30 janeiro 2021.

⁴⁰⁴ NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

⁴⁰⁵ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Assembleia da República, VII revisão constitucional, 2005. Disponível em: <biblioteca.sejm.gov.pl/wpcontent/uploads/2016/03/Portugalia_port_010116.pdf>. Último acesso em: 22 janeiro 2021.

⁴⁰⁶ DOMINGOS, 2016, p. 438.

⁴⁰⁷ SOUSA, 2012, p. 115-130.

⁴⁰⁸ NÚNCIO, 2010, p. 63-71. Observe-se que, no Brasil, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.

⁴⁰⁹ NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

de um regime diferente em matéria de nomeação de árbitros face ao que é aplicável ao contribuinte.”⁴¹⁰

Questionavam, ainda, se os árbitros⁴¹¹ deveriam ser apenas juristas ou poderiam atuar em outras áreas. PAULO NÚNCIO defendia a ideia de que a lista de árbitros deveria ter o âmbito mais abrangente possível, incluindo outros profissionais ligados à área da fiscalidade, que não apenas juristas. Com a ressalva de possuírem capacidade para realizar a análise de matérias técnicas complexas, com elevado grau de especialização.⁴¹²

A (Ir)recorribilidade da decisão de um tribunal arbitral em matéria tributária foi muito suscitada. Sabemos que as decisões arbitrais, em regra⁴¹³, são irrecorríveis. A partir do momento

⁴¹⁰ Ibid., p. 63-71.

⁴¹¹ A título de curiosidade a respeito da remuneração dos árbitros e da convenção de arbitragem em tribunal arbitral tributário: (i) *Remuneração dos árbitros*: Paulo Nuncio, em seus estudos, destaca se devem, ou não, serem fixados limites às remunerações dos árbitros. Nesse sentido diz, em suma, que é defendido que a remuneração a pagar não deve representar um esforço desmesurado para o Estado, uma vez que já suporta o custo do funcionamento dos tribunais judiciais. Ao passo que, para ele, faz sentido serem fixados limites mínimos e limites máximos às remunerações a auferir, mas esses limites não devem impedir que os melhores fiscalistas dessem o seu contributo aos tribunais arbitrais. Para ele, a remuneração deve ser uma remuneração justa de forma a atrair os melhores profissionais para a área da arbitragem fiscal. E honorários? Devem ser pagos pela parte vencida ou devem ser repartidos por ambas as partes? O autor considera que, como não deve, também aqui, haver tratamentos desiguais entre o contribuinte e o Estado, não há que concordar com o concedido à administração fiscal de, no caso de ser parte vencida, optar pelas custas judiciais que seriam devidas caso o contribuinte tivesse recorrido à impugnação judicial e não ao tribunal arbitral.

Resume NÚNCIO em poucas palavras a este respeito: "(i) *Ou os árbitros recebem uma remuneração menor e 'são prejudicados' sempre que a administração fiscal é parte vencida; ou (ii) o contribuinte, ainda que tenha tido pleno ganho de causa na acção, irá ter que suportar parte dos honorários.*". Bom, isto foi regulamentado pelo Regulamento da Arbitragem Tributária, criado após as alterações das leis necessárias (como, por exemplo, a Lei de Arbitragem Voluntária) e não teve um resultado tão radical como o resumido por Nuncio. Em novo resumo: taxa de arbitragem. Esta taxa de arbitragem depende do (i) o valor da causa e (ii) modo de designação dos árbitros. Em relação ao (i), assim que determinado o valor da causa, a taxa de arbitragem devida será a que resultar das tabelas existentes no Regulamento criado para a arbitragem tributária. Já o (ii) dependerá se foi designado pelo sujeito passivo ou pelo - já conhecido por nós - CAAD. Assim, o montante das custas finais e o modo como far-se-á (sua repartição pelas partes, por exemplo) será fixada na decisão arbitral. Recomenda-se a leitura não apenas de Paulo Nuncio, mas também do VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mônica Brito; SOUSA, Jorge Lopes (coord.). *Guia da Arbitragem Tributária*: comentários ao regime jurídico da arbitragem tributária, Tania Carvalhais Pereira nos seus aspectos práticos. Lisboa: CAAD, 2013.

(ii) *Convenção de arbitragem*: Paulo Nuncio diz que a autorização legislativa vai no bom sentido ao apontar o recurso aos tribunais arbitrais como um "direito potestativo do sujeito passivo", pois não violar-se-ia o princípio da generalidade, o da igualdade e nem o do livre acesso à justiça arbitral por parte de todos os contribuintes.

⁴¹² NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

⁴¹³ Exceção: Lei n.º 3-B/28 de abril de 2010: "Art. 124, n.º 4 - O âmbito da autorização prevista no presente artigo compreende, nomeadamente, as seguintes matérias: alínea h - A consagração, como regra, da irrecorribilidade da sentença proferida pelo tribunal arbitral, prevendo a possibilidade de recurso, para o Tribunal Constitucional, apenas nos casos e na parte em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada." Neste mesmo plexo há o Decreto-Lei n.º 10/2011 que prevê, além do que estabelece o art. 124 da Lei n.º 3-B/28 de abril de 2010, a susceptibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo, em seu art. 25, n.º 2, quando: "A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda susceptível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com

em que o contribuinte opta resolve seu conflito por meio da arbitragem, automaticamente está acatando pela impossibilidade de recorrer da sentença arbitral, mesmo que receba decisão desfavorável. Concordamos com FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS ao lecionar que:

Assim, a irrecorribilidade, por via de regra, das decisões arbitrais não é inconstitucional, pois a utilização da arbitragem tributária envolve uma renúncia, ainda que limitada, ao direito à tutela jurisdicional efetiva, quando o legislador o consagra, como é disso exemplo, o artigo 25.º do RJAT.

Isto é, a renúncia a direitos fundamentais só é admissível quando o legislador o admita e para o concatenar com outro direito com a mesma dignidade. Ora, na arbitragem tributária é admissível limitar, em parte, o direito à tutela jurisdicional efetiva, na dimensão do direito ao recurso, para assegurar outra dimensão do mesmo direito, v.g. a obtenção de uma decisão jurisdicional em prazo razoável[iiii].⁴¹⁴

Inclusive, essa tese de FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS foi acatada pelo Supremo Tribunal Administrativo:

[o]utro dos traços marcantes da arbitragem tributária é o de que envolve uma renúncia, ainda que limitada, ao direito à tutela jurisdicional, renúncia essa em tese admissível, quando o legislador a consagre, como sucede no regime jurídico previsto no RJAT (Vide Francisco Nicolau Domingos, *Os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos Tributários*, ed. Núria Fabris, págs. 474/478). Note-se que o tribunal arbitral é uma opção do contribuinte.⁴¹⁵

Ou seja, a mencionada irrecorribilidade não viola qualquer princípio constitucional.⁴¹⁶ Ao contrário, fortalece a questão da celeridade:

acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo”; bem como que a decisão arbitral pode ser anulada pelo Tribunal Central Administrativo, conforme art. 27 e pode ser impugnada, conforme art. 28, nº. 1, com fundamento na: i. Não especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; ii. Oposição dos fundamentos com a decisão; iii. Pronúncia indevida ou na omissão de pronúncia; iv. Violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes.

⁴¹⁴ DOMINGOS, Francisco Nicolau. *É Possível Limitar O Direito Ao Recurso Na Arbitragem Tributária? - Irrecorribilidade*, por via de regra, das decisões arbitrais não é inconstitucional. *Jota*. 28/04/2020. Disponível em: <<https://institutoconcilia.com.br/post/4/-e-possivel-limitar-o-direito-ao-recurso-na-arbitragem-tributaria?---irrecorribilidade,-por-via-de-regra,-das-decisoes-arbitrais-nao-e-inconstitucional.>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

⁴¹⁵ PORTUGAL. Processo n.: 0164/18.7BALS do Supremo Tribunal Administrativo. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3a440761d7e89c5780258359004e9cd4?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

⁴¹⁶ “A irrecorribilidade das decisões arbitrais não violará princípios constitucionais. Com efeito, não obstante este regime subtrair à jurisdição dos tribunais judiciais as questões julgadas por tribunais arbitrais – que, de outra forma e por via do recurso, teriam sempre a possibilidade de se pronunciar sobre as mesmas – a consagração plena e não subsidiária dos tribunais arbitrais na Constituição impedirá, no meu ponto de vista, juízos de inconstitucionalidade deste regime”. NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

[...]se é certo que as restrições à impugnação e recurso de decisões dos tribunais arbitrais tem subjacente o interesse da celeridade, imprescindível para assegurar a tutela judicial efectiva, também o é que não deixa de ser viável que as partes apresentem recursos e impugnações mesmo sem a verificação dos respectivos requisitos, tendo sempre efeito suspensivo⁴¹⁷, o que pode protelar a obtenção de uma decisão definitiva.⁴¹⁸

Dois dos três objetivos do RJAT é, justamente, combater a morosidade do Judiciário de Portugal. Eis a razão pela qual acreditamos que tal irrecorribilidade das sentenças arbitrais está implícita no interesse da celeridade. A decisão arbitral ou sentença, não impugnáveis, segundo a lei ou as normas processuais, terão a força de uma decisão judicial final. Seu reconhecimento poderá ser exigido da mesma maneira que as sentenças proferidas por tribunais ordinários nacionais ou estrangeiros.⁴¹⁹

4.1.3. Ideologias Favoráveis à Inserção da Arbitragem Tributária em Portugal

Com a utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias tributárias, veio à tona, com todos os seus vieses, as vantagens que, desde o princípio, eram salientadas pelos poucos otimistas. Tal percepção está relacionada com as boas práticas de política legislativa, que exigem a avaliação prévia e sucessiva do impacto normativo da atuação pública. Antecipando ou comprovando, consoante os casos, os correspondentes custos e benefícios, como bem apresenta FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS ao enumerar argumentos “que podem ser mobilizados em defesa da arbitragem para dirimir controvérsias de índole tributária”: i. a celeridade; ii. a economia processual; iii. a especialização e experiência profissional dos membros do tribunal arbitral.⁴²⁰

⁴¹⁷ Decreto-Lei n.º 10/2011: “Art. 26, efeitos do recurso da decisão arbitral, n.º 1 - O recurso tem efeito suspensivo, no todo ou em parte, da decisão arbitral recorrida, dependendo do objecto do recurso.”; “Art. 28, n.º 2 - A impugnação da decisão arbitral tem os efeitos previstos no artigo 26.”.

⁴¹⁸ SOUSA, 2012, p. 115 – 130.

⁴¹⁹ BLACKABY, 2009, p. 621-679.

⁴²⁰ DOMINGOS, 2016, p. 436.

Com relação à celeridade⁴²¹, o tempo previsto para a resolução da conflitualidade é de seis meses (prorrogável por apenas mais seis meses).⁴²² Porém, a duração média é “de, apenas, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias”.⁴²³ Proporcionando, conseqüentemente, a diminuição dos custos de litigância para o Estado e para o contribuinte⁴²⁴ e a garantia de que os litígios que opõem os contribuintes “serão rapidamente resolvidos com aforro em recursos do Estado”.⁴²⁵

A economia processual está interligada com a simplicidade. É fundamental simplificar a tramitação processual “para alcançar os fins subjacentes ao recurso à arbitragem”.

A terceira importante vantagem é ter profissionais especializados na matéria do litígio, proporcionando melhor decisão técnica. Concordamos com FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS ao defender ser esta a mais-valia que a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos tributários envolve. Afinal, nas palavras do AUTOR: “Numa economia globalizada em que os problemas por ela gerados são cada vez mais complexos, exigir-se-á uma resposta jurídica adequada, ou seja, profissionais altamente qualificados para dirimir os litígios daí emergentes”.⁴²⁶

NUNO VILLA-LOBOS enumera outras vantagens, tais como: i. a democratização do acesso à justiça arbitral tributária, acessível a todos os contribuintes, sendo em regra o valor pago ao final pela parte vencida idêntico ao que seria devido nos tribunais tributários; ii. a devolução do valor integral da taxa de arbitragem para o contribuinte em caso de procedência total do pedido; iii. a atração de investimentos econômicos pela previsibilidade de custos e do tempo de decisão dos litígios; iv. a arbitragem tributária em Portugal está elevando a importância da jurisprudência arbitral tributária com efeitos na atuação fiscal do Estado e dos contribuintes; v. a “antecipação da arrecadação definitiva da receita fiscal pelo Estado; ou, na hipótese de procedência do pedido, redução de custos no valor da indemnização a pagar em juros, mais encargos com a prestação de garantia e o patrocínio; redução de custos financeiros dos contribuintes.”⁴²⁷

⁴²¹ No Brasil, tal celeridade é fortificada pela irrecorribilidade das sentenças arbitrais: “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.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Último acesso em: 31 janeiro 2021.

⁴²² NÚNCIO, 2010, p. 64.

⁴²³ 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.

⁴²⁴ VILLA-LOBOS, Nuno (coord. e Presidente do CAAD). Nota de abertura. A Prova das Nove Vantagens. *Revista de Arbitragem Tributária*. n. 4. Lisboa: CAAD, jan., 2016.

⁴²⁵ DOMINGOS, 2016, p. 436.

⁴²⁶ DOMINGOS, 2016, p. 437.

⁴²⁷ VILLA-LOBOS, Nuno (coord. e Presidente do CAAD). Nota de abertura. A Prova das Nove Vantagens. *Revista de Arbitragem Tributária*. n. 4. Lisboa: CAAD, jan., 2016.

Para concluir, os três objetivos da Arbitragem Tributária mencionados no início do presente subtópico partilham um “valor” estabelecido na Constituição Portuguesa que, diga-se de passagem, aproxima-se⁴²⁸ ao da Constituição Federal brasileira. Segundo NUNO VILLA-LOBOS, este “valor” trata-se da “garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, o que pressupõe uma decisão em prazo razoável e contribui para a consequente diminuição das pendências”, bem como que, em resumo, a introdução deste instituto visa:

Aumentar a capacidade de resposta da Justiça Fiscal, apetrechando-a com um novo meio, complementar de resolução jurisdicional de litígios de natureza tributária, reforçando-se assim as garantias efetivas dos cidadãos. Objetivo que, na verdade, é o desígnio principal desta medida legislativa inovadora, e que entronca numa perspectiva da função judicial focada nas pessoas e na garantia efetiva dos seus direitos e liberdades, devendo, por conseguinte, a jurisdição ser percebida como uma garantia dos cidadãos e não apenas como um poder do Estado.⁴²⁹

Os fitos específicos estão, assim como no Brasil, na Constituição Portuguesa.⁴³⁰ Em outras palavras, a efetividade, a razoabilidade e a celeridade estão enraizadas na própria ideia de dever do Estado, no sentido de assegurar a tutela efetiva dos cidadãos. Ademais, como também pondera VILLA-LOBOS, “o acesso à justiça é uma condição essencial ao desenvolvimento econômico de qualquer país, representando um eixo estruturante da competitividade da economia e da atração do investimento estrangeiro”. Como exemplo, temos os relatórios internacionais anuais, denominados Doing Business, do Banco Mundial, que avaliam o ambiente regulatório oferecido por cada Estado em matéria de negócios.⁴³¹ Um dos parâmetros centrais dessa análise do Banco Mundial é a “eficiência do sistema judicial (além de custos exagerados, carência de meios e falta de

⁴²⁸ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional, 2005. Art. 20º. (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva): 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos; 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. c/c *Constituição Federal do Brasil*. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴²⁹ VILLA-LOBOS, jun, 2015, p. 4.

⁴³⁰ Cf.: Nota 401 deste subtópico.

⁴³¹ VILLA-LOBOS, jun, 2015, p. 4.

especialização)”. Em resumo, como destaca o AUTOR, “problemas que de alguma forma colocam a Justiça em contraciclo com as exigências atuais das sociedades globalizadas”.⁴³²

Não deve, dessa forma, ser considerada a instituição da arbitragem no Direito Fiscal como enorme alteração, pois, não é.⁴³³ Os próprios mecanismos de arbitragem já estão, desde logo, previstos no Direito Fiscal Internacional.⁴³⁴ Assim como não devemos ver a irrecorribilidade das decisões arbitrais como desvantagem. É, em verdade, vantagem para a celeridade. De igual modo, olhar a indisponibilidade do crédito tributário como barreira para a arbitragem é, no mínimo, compreender que julgar é dispor do crédito tributário, questionando a função dos juízes togados.

4.1.4. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT)

Neste momento, como o nosso intuito é vislumbrar a Arbitragem Tributária no Brasil, falaremos sobre o RJAT pela sua intenção ser a de assegurar o bom funcionamento da Arbitragem Tributária em Portugal. É bem verdade que, dependendo da ótica, fugiremos do padrão de uma pesquisa científica. Afinal, não analisaremos de forma crítica o Decreto-Lei n. 10, de 20 de janeiro de 2011, veremos o que consta nele. O nosso intuito é mostrar, com ele, como funciona a Arbitragem Tributária em Portugal para que, assim, possamos estudar a Arbitragem Tributária no Brasil e, então, realizar análise crítica dos Projetos de Lei existentes sobre o tema.

Com isso em mente, sabendo que se aplica ao RJAT, subsidiariamente, o disposto em seu art. 29⁴³⁵, destacamos que o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária de Portugal busca: i.

⁴³² Ibid., p. 4.

⁴³³ FEIO, 2008, p. 96-107.

⁴³⁴ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estimula a utilização de meios alternativos como a arbitragem para a solução de litígios tributários, igualmente a *International Fiscal Association* e Câmara de Comércio Internacional (CCI) e a Assembleia Geral das Nações Unidas recomendou a todos os seus Estados-Membros.

⁴³⁵ “TÍTULO II. Disposições finais. Artigo 29. Direito subsidiário 1 – São de aplicação subsidiária ao processo arbitral tributário, de acordo com a natureza dos casos omissos: a) As normas de natureza procedimental ou processual dos códigos e demais normas tributárias; b) As normas sobre a organização e funcionamento da administração tributária; c) As normas sobre organização e processo nos tribunais administrativos e tributários; d) O Código do Procedimento Administrativo; e) O Código de Processo Civil. 2 – O disposto no número anterior não dispensa, nem prejudica, o dever de o tribunal arbitral definir a tramitação mais adequada a cada processo especificamente considerado, nos termos do disposto nos artigos 18.º e 19.º e atendendo aos princípios da celeridade, simplificação e informalidade processuais.”. PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 10, de 20 de janeiro de 2011. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT)*. Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/pwcinfisco/codigos/rjat.html>>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

assegurar a celeridade estabelecendo um prazo de 6 meses para a emissão da sentença arbitral tributária, prorrogável por mais seis meses apenas; ii. delimitar a competência para proferir a sentença arbitral tributária apenas os tribunais arbitrais organizados pelo CAAD; iii. fixar as matérias que podem ser solucionadas pela AT; iv. acolher, como regra geral, a impossibilidade de recurso da sentença arbitral tributária, sem prejudicar a possibilidade de recurso ao Tribunal Constitucional, ao Supremo Tribunal Administrativo ou a possibilidade de anulação pelo Tribunal Central Administrativo; v. fixar as regras sobre os profissionais que poderão atuar como árbitros dos conflitos tributários; vi. estabelecer a possibilidade de os contribuintes irem para a AT nos casos em que os seus processos estão pendentes de sentença há mais de 2 anos, com o incentivo de isenção do pagamento das custas judiciais e; vii. vedar o recurso à equidade. Dentro de tal cenário, para a nossa apresentação, utilizaremos a mesma sequência do RJAT.

4.1.4.1. Competência Dos Tribunais Arbitrais e o Direito Aplicável

É de competência da Arbitragem Tributária a apreciação de pretensões relacionadas com a declaração de ilegalidade dos seguintes atos:

- a. De liquidação de tributos cuja administração seja cometida à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) (alínea a) do n.º 1 do artigo 2º do RJAT, e corpo do artigo 2º em n.º 1 do artigo 3º, ambos da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março de 2011;
- b. De autoliquidação, retenção na fonte e pagamento por conta de tributos cuja administração seja cometida à AT, desde que tenham sido precedidos de recurso à via administrativa prévia necessária, prevista nos termos dos artigos 131º a 133º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) (alínea a) do n.º 1 do artigo 2º do RJAT, e corpo e alínea a) do artigo 2º e n.º 1 do artigo 3º, ambos da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março de 2011;
- c. De fixação da matéria tributável sem recurso a métodos indiretos, quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo (alínea b) do n.º 1 do artigo 2º do RJAT, e alínea b) do artigo 2º, *a contrario*, da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março de 2011;
- d. De determinação da matéria coletável de imposto cuja administração seja cometida à AT, sem recurso a métodos indiretos (alínea b) do n.º 1 do artigo 2º do RJAT e alínea b) do artigo 2º, *a contrario*, da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março de 2011;
- e. De fixação de valores patrimoniais, para efeitos de imposto, cuja administração seja cometida à AT (alínea b) do n.º 1 do artigo 2º do RJAT, e corpo do artigo 2º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março;
- f. De liquidação de direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente sobre exportação de mercadorias (alínea a) do n.º 1 do artigo 2º do RJAT, alínea c) do artigo 2º, *a contrario*, da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, primeiro travessão do n.º 11 do

artigo 4º, e artigos 161º, 162º e 211º, todos do Código Aduaneiro Comunitário, aprovado pelo Regulamento (CEE) nº. 2.913/92, do Conselho, de 12 de outubro de 1992;

g. As pretensões relativas a imposições à exportação instituídas no âmbito da política agrícola comum (PAC) ou no âmbito de regimes específicos aplicáveis a determinadas mercadorias resultantes de transformação de produtos agrícolas (alínea a) do nº. 1 do artigo 2º do RJAT, segundo travessão do nº. 11 do artigo 4º Código Aduaneiro Comunitário; e

h. De liquidação de imposto sobre o valor acrescentado (IVA), impostos especiais sobre o consumo (IEC'S) e outros impostos indiretos sobre mercadorias que não sejam sujeitas a direitos de importação (alínea a) do nº. 1 do artigo 2º do RJAT, e alínea d) do artigo 2º, *a contrario*, da Portaria nº. 112-A/2011, de 22 de março de 2011.⁴³⁶

Lembrando que em quaisquer das possibilidades os litígios não podem ultrapassar de 10.000.000,00 de euros, é o limite da competência dos Tribunais Arbitrais em matéria tributária.⁴³⁷ Causas relacionadas à declaração de ilegalidade da liquidação, o valor da causa vai corresponder à quantia da anulação que se pretende. Já as causas relacionadas à declaração de ilegalidade do ato de fixação da matéria coletável, o valor da causa corresponderá ao valor contestado, assim como as causas relacionadas à declaração de ilegalidade do ato de fixação dos valores patrimoniais. Quando não era possível deduzir o valor da causa, o valor poderia ser fixado pelo próprio magistrado, mas, tal enunciado prescritivo encontra-se revogado.⁴³⁸

⁴³⁶ p. 107-108.

⁴³⁷ PORTUGAL. Portaria n. 112-A, de 22 de março de 2011. “Art. 3º: 1 - A vinculação dos serviços e organismos referidos no artigo 1.º está limitada a litígios de valor não superior a (euro) 10 000 000. 2 - Sem prejuízo dos requisitos previstos no Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, a vinculação dos serviços referidos no artigo 1.º está sujeita às seguintes condições: a) Nos litígios de valor igual ou superior a (euro) 500 000, o árbitro presidente deve ter exercido funções públicas de magistratura nos tribunais tributários ou possuir o grau de mestre em Direito Fiscal; b) Nos litígios de valor igual ou superior a (euro) 1 000 000, o árbitro presidente deve ter exercido funções públicas de magistratura nos tribunais tributários ou possuir o grau de doutor em Direito Fiscal. 3 - Em caso de impossibilidade de designar árbitros com as características referidas no número anterior cabe ao presidente do Conselho Deontológico do CAAD a designação do árbitro presidente.”. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1415&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2021.

⁴³⁸ PORTUGAL. Código de Procedimento e Processo Tributário. Decreto-Lei nº. 433, de 26 de outubro de 1999. “Art. 97º.A. 1 - Os valores atendíveis, para efeitos de custas ou outros previstos na lei, para as acções que decorram nos tribunais tributários, são os seguintes: a) Quando seja impugnada a liquidação, o da importância cuja anulação se pretende; b) Quando se impugne o acto de fixação da matéria colectável, o valor contestado; c) Quando se impugne o acto de fixação dos valores patrimoniais, o valor contestado; d) No recurso contencioso do indeferimento total ou parcial ou da revogação de isenções ou outros benefícios fiscais, o do valor da isenção ou benefício; e) No contencioso associado à execução fiscal, o valor correspondente ao montante da dívida exequenda ou da parte restante, quando haja anulação parcial, exceto nos casos de compensação, penhora ou venda de bens ou direitos, em que corresponde ao valor dos mesmos, se inferior. 2-Revogado. 3-Quando haja apensação de impugnações ou execuções, o valor é o correspondente à soma dos pedidos.”. Disponível

FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS considera sem sentido a limitação imposta pelo legislador no tocante à dez milhões de euros. Para o AUTOR “não deve ser imposta qualquer limitação quantitativa à vinculação da administração tributária”. Afinal, um dos objetivos da Arbitragem Tributária é a celeridade e a elevada especialização dos membros do tribunal arbitral. Logo, “nenhum sentido faz limitar a vinculação da administração às disputas com valor inferior a E 10.000.000,00”. Até mesmo pelo fato de os litígios com valor mais elevado serem complexos tanto quanto os que são analisados pela Arbitragem Tributária.⁴³⁹

4.1.4.2. Tribunais Arbitrais

Costumam funcionar com árbitro singular ou com três árbitros. Tudo dependerá do valor da causa e do que o contribuinte optará. Se optará por designar um árbitro ou um coletivo de três árbitros. Quando o contribuinte escolher designar um árbitro, o tribunal arbitral será composto automaticamente por um coletivo de três árbitros. Nesse caso, cada parte irá designar um profissional para atuar como árbitro, cabendo aos árbitros escolhidos designarem o árbitro presidente. Se não houver consenso entre os árbitros, a designação se dará por sorteio público, pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, mediante o requerimento de um ou dos dois árbitros.⁴⁴⁰ Por outro lado, se o contribuinte optar por não designar nenhum árbitro, o tribunal funcionará com árbitro singular. Nesses casos, o árbitro será designado pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, por sorteio público, entre a lista de árbitros que compõem o CAAD.⁴⁴¹

A recente alteração legislativa de n. 7, publicada no Diário da República n. 40/2021, série I, de 26 de fevereiro de 2021, incluiu novidade no art. 7º e no art. 10º do RJAT. Agora, no art. 7º, entre outras alterações, há previsão expressa determinando que os árbitros integrantes da lista de

em: < <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/134920077/202102040504/73828670/diploma/indice>>. Último acesso: 30 janeiro 2021.

⁴³⁹ DOMINGOS, Francisco Nicolau. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, Escolha dos Árbitros e Limites Institucionais. In.: PISCITELLI, Tathiane; et.al. *Arbitragem Tributária: Desafios Institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 73.

⁴⁴⁰ Art. 6, n. 2, b) RJAT

⁴⁴¹ Art. 6, n. 1, RJAT

árbitros presidente não podem ser designados pelas partes. Já no art. 10º, houve a inclusão do n. 4, determinando que todas as notificações são efetuadas por meio do sistema de gestão processual do CAAD (virtualmente). Devendo o próprio CAAD certificar a data da elaboração da notificação. Para tanto, seguirá os termos da lei processual civil portuguesa, com as devidas adaptações. Ou seja, será presumida a data de elaboração da notificação como sendo o 3º dia posterior ao da sua feitura, ou o 1º dia útil seguinte.

Vale lembrarmos que, se o valor do pedido ultrapassar 60.000 euros, o tribunal arbitral será formado obrigatoriamente por três árbitros, prezando pela especialidade do corpo de árbitros para a melhor resolução do conflito tributário em questão. Agora, se o valor do pedido for menor que 60.000 euros, não há necessidade de se ter três árbitros.⁴⁴² Em resumo, temos:

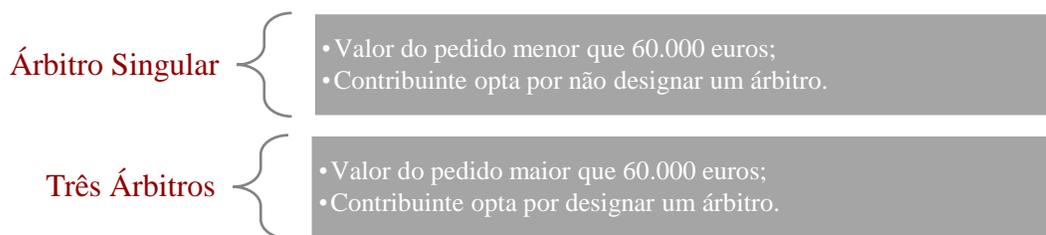


Figura 9

Há a possibilidade de haver a designação de profissionais fora do âmbito do Direito para atuarem como árbitros. Podem ser licenciados em economia ou gestão. Entretanto, não poderão, estes profissionais, atuarem como árbitro-presidente. Inclusive, nesses casos, o tribunal arbitral deverá ser necessariamente formado por três árbitros e a matéria em questão deverá ter elevado grau de complexidade a ponto de ser fundamental conhecimento específico de área não jurídica para a resolução da controvérsia.

Para que os profissionais possam atuar como árbitro-presidente, deverão cumprir alguns requisitos, tais como: i. ser sempre jurista; ii. com, pelo menos, 10 anos de experiência profissional na área do Direito Tributário; iii. experiência deve ser comprovada.⁴⁴³

⁴⁴² RJAT

⁴⁴³ Art. 7, n. 3. PORTUGAL. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária* (RJAT). Disponível em: < <https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/codigos/rjat.html>>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

4.1.4.3. Requisitos, Impedimentos e Deveres dos Árbitros

Segundo o art. 7º do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, há três principais requisitos na escolha das pessoas para atuarem como árbitros: i. idoneidade moral; ii. comprovada capacidade técnica e; iii. sentido de interesse público.

A comprovada capacidade técnica refere-se a 10 anos de experiência profissional na área do Direito Tributário. Seja por meio de anos de trabalho em funções públicas, como a magistratura, seja pela advocacia, consultoria, investigação, serviços na administração tributária ou, ainda, trabalhos científicos relevantes dentro do Direito Tributário. No caso dos magistrados, se aposentados, podem atuar como árbitros desde que façam uma declaração de renúncia à condição de aposentados. Ou, ainda, solicitem a suspensão temporária da aposentadoria, por período mínimo de um ano com renovação.

Aplica-se tal comprovação da capacidade técnica, inclusive, para os árbitros não presidentes designados a atuarem em causas especiais que envolvam economia e gestão. Sendo, eles, licenciados não na área jurídica, mas, sim, em Economia ou Gestão, com 10 anos de experiência profissional na área.

Em três números seguidos, o art. 8º do RJAT elenca os impedimentos dos árbitros. No primeiro número, busca tratar da impedição dos profissionais que, nos dois anos anteriores ao da nomeação como árbitro, tenham tido quaisquer vínculos com as partes. Como, por exemplo, tenha sido designado “dirigente, funcionário ou agente da administração tributária, membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor ou consultor do sujeito passivo que seja parte no processo, de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio”, ou, ainda, “de pessoa ou entidade que tenha interesse próprio na procedência da pretensão.”⁴⁴⁴ Há, também, a impossibilidade do profissional que tenha sido designado “trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo”.⁴⁴⁵ Se acontecer quaisquer desses casos, o profissional designado deverá rejeitar a indicação, prezando pela sua imparcialidade e independência.⁴⁴⁶ Se o profissional não rejeitar a

⁴⁴⁴ Art. 8, RJAT, n. 1, alínea a).

⁴⁴⁵ Art. 8, RJAT, n. 1, alínea b).

⁴⁴⁶ Art. 8, RJAT, n. 2

indicação e decidir prosseguir, caberá ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa a exoneração.

Lembrando que este prazo de dois anos deveria ser aumentado para, no mínimo, cinco anos. Concordamos com RUI RIBEIRO PEREIRA⁴⁴⁷ e JORGE LOPES DE SOUSA⁴⁴⁸ no sentido de que o distanciamento de dois anos não é eficaz para a suspeição de não ofensa ao princípio da imparcialidade. Princípio este elencado juntamente com o princípio da independência no art. 9º do RJAT, que trata dos deveres dos árbitros. Consta que os profissionais atuantes como árbitros estarão sujeitos aos princípios da imparcialidade, da independência e ao dever de sigilo fiscal imposto aos dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária.⁴⁴⁹

Se não estiver ao alcance do árbitro cumprir com os deveres estabelecidos pelo art. 9º do RJAT, deverá haver a sua substituição. Em últimos casos, ouvidos os demais árbitros e sem a oposição das partes litigantes, a alteração da composição do tribunal arbitral. Em quaisquer dessas hipóteses, o tribunal arbitral deverá decidir “se algum ato processual deve ser repetido em face da nova composição do tribunal”, considerando o estado da lide.⁴⁵⁰

4.1.4.4. Processo Arbitral Tributário

O processo arbitral se inicia quando da constituição do tribunal arbitral e está descrito no Capítulo III do RJAT, composto pela Secção I e sete artigos. Neste momento, onze princípios que constituem o processo arbitral devem ser levados em consideração: i. o princípio do contraditório; ii. o princípio da igualdade das partes; iii. o princípio da autonomia; iv. o princípio da oralidade e da imediação; v. o princípio da livre apreciação; vi. o princípio da cooperação; vii. o princípio da boa-fé processual; viii. o princípio da publicidade; ix. o princípio da celeridade; x. o princípio da simplificação processual; xi. o princípio da informalidade processual.⁴⁵¹

⁴⁴⁷ 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.

⁴⁴⁸ 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.

⁴⁴⁹ Art. 9, n. 1 do RJAT.

⁴⁵⁰ Art. 9, n. 2 e 3 do RJAT.

⁴⁵¹ Art. 16 e art. 29, n. 2, ambos do RJAT.

O princípio do contraditório é assegurado por meio da possibilidade de as partes se pronunciarem sobre as questões de fato ou de direito da lide.⁴⁵² Na primeira reunião⁴⁵³ do tribunal arbitral, conforme prescreve o art. 18, n. 1, alínea b) do RJAT, as partes serão ouvidas com relação ao que julguem necessário para apreciar e decidir antes do pedido ser conhecido. Quando violado este princípio, pode a sentença arbitral ser impugnada.⁴⁵⁴ Entretanto, por ser uma faculdade das partes, caso elas não queiram, não há obrigatoriedade. Logo, o princípio do contraditório pode ser dispensado. O art. 3º, n. 3 do Livro I, Título I, do Código de Processo Civil português de 1961, com as atualizações da Lei n. 41, de 26 de junho de 2013, prevê tal dispensa em razão de “*manifesta desnecessidade*”. Segundo o Direito Processual português:

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.⁴⁵⁵

Essa dispensa não deixa de ser o princípio da limitação dos atos, elencado no art. 137 do Código de Processo Civil português, que menciona não ser lícito “realizar no processo atos inúteis”.⁴⁵⁶ Logo, se as partes não fazem questão de se pronunciarem, de se valerem do princípio do contraditório, não há razão de qualquer obrigatoriedade sobre a questão. Obrigatoriedade, nesse sentido, estaria incorrendo em ilicitude.

O princípio da igualdade das partes preserva o equilíbrio processual, sendo de extrema relevância dentro da Arbitragem Tributária. Significa o mesmo reconhecimento do estatuto para ambas as partes, seja para o exercício de suas faculdades ou de seus meios de defesa. Este princípio consta, também, no Código de Processo Civil português, atual art. 4º: “O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções

⁴⁵² Art. 16, alínea a), RJAT.

⁴⁵³ Salientamos que os tribunais constituídos sob a égide do CAAD, muitas vezes, dispensam tal reunião, especialmente quando não há matéria de fato controvertida, por exemplo.

⁴⁵⁴ Art. 28, n. 1, alínea d) do RJAT.

⁴⁵⁵ PORTUGAL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Último acesso em: 3 fevereiro 2021.

⁴⁵⁶ Id.

processuais.”. A Lei Geral Tributária reforça a igualdade dos meios processuais em seu art. 98, prescrevendo: “As partes dispõem no processo tributário de iguais faculdades e meios de defesa”.⁴⁵⁷ Inclusive, qualquer erro ou omissão que a secretaria pratique, não pode e não deve prejudicar as partes.⁴⁵⁸

O princípio da autonomia refere-se à autonomia do tribunal arbitral tanto na condução do processo, como na determinação das regras a serem observadas se houver pronúncia de mérito sobre as pretensões, atentando-se ao prazo razoável previsto no Regimento Jurídico da Arbitragem Tributária. Este princípio não deixa de estar em harmonia com o princípio da livre condução do processo, previsto pelo art. 19 do RJAT.⁴⁵⁹ Em resumo, ele retrata a necessidade da cautela dos árbitros com relação à celeridade do conflito. Apesar de o art. 29 do RJAT prever o direito subsidiariamente aplicável⁴⁶⁰, nem sempre o direito aplicável será o mesmo que seria aplicado nos processos judiciais em matéria tributária. Seja pela necessidade de melhor especialização, seja outra necessidade que interfira na melhor resolução da questão tributária posta diante dos olhos do tribunal arbitral.

O princípio da oralidade e da imediação opera a discussão das matérias de facto e de direito. Isto, pois, considera-se que este princípio estrutura uma rápida e eficiente decisão. Acontece que, no contencioso tributário de Portugal, em regra, para as matérias de fato, as provas documentais se tornam mais frequentes e, conseqüentemente, mais relevante. Logo, o princípio da oralidade acaba

⁴⁵⁷ PORTUGAL. Lei Geral Tributária. Disponível em: <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/Pages/lgt98.aspx>. Último acesso em: 3 de fevereiro de 2021.

⁴⁵⁸ “*Atos da secretaria. Omissão. Irregularidade. A omissão de acto de secretaria, traduzida na falta de notificação de um despacho convite ao complemento de requerimento da parte, constitui uma irregularidade de conhecimento oficioso, porque impede a parte de praticar o acto, e a parte não pode ser prejudicada (artº 157º nº6 CPC ex vi artº 4º CPC)*”. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo n. 4.316/14.0TDPRT-A.P1 de 21.03.2018. e; Art. 157, n. 6, CPC. PORTUGAL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Último acesso em: 3 fevereiro 2021.

⁴⁵⁹ “*Artigo 19.º Princípio da livre condução do processo 1 – A falta de comparência de qualquer das partes a ato processual, a inexistência de defesa ou a falta de produção de qualquer prova solicitada não obstatam ao prosseguimento do processo e à consequente emissão de decisão arbitral com base na prova produzida, de acordo com o princípio da livre apreciação de prova e da autonomia do tribunal arbitral na condução do processo. 2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, o tribunal arbitral pode permitir a prática de ato omitido ou a repetição de ato ao qual a parte não tenha comparecido, bem como o respetivo adiamento.*”. PORTUGAL. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária* (RJAT). Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/pwcinforsisco/codigos/rjat.html>>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

⁴⁶⁰ “*a) As normas de natureza procedimental ou processual dos códigos e demais normas tributárias; b) As normas sobre a organização e funcionamento da administração tributária; c) As normas sobre organização e processo nos tribunais administrativos e tributários; d) O Código do Procedimento Administrativo; e) O Código de Processo Civil.*” PORTUGAL. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária* (RJAT). Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/pwcinforsisco/codigos/rjat.html>>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

por não ter atenção. Mas, essa falta de atenção pode não ser vista de forma negativa. Algumas vezes, agendar reuniões (para os atos orais), coincidindo a agenda de três árbitros, dos advogados das partes e dos serviços do CAAD acaba por interferir na celeridade da Arbitragem Tributária.⁴⁶¹ Por isso, a falta de atenção a este princípio acaba sendo vista de forma positiva.⁴⁶² Conciliar tudo para assegurar o princípio da oralidade poderia recair na ofensa ao corolário da Arbitragem Tributária, ao motivo de sua criação, que é a celeridade⁴⁶³.⁴⁶⁴

O princípio da livre apreciação dos fatos e a livre determinação das diligências, como a produção de provas necessárias para os litígios em questão, está em harmonia com o princípio do inquisitório estabelecido pelo art. 99, n. 1, da Lei Geral Tributária: “O tribunal deve realizar ou ordenar oficiosamente todas as diligências que se lhe afigurem úteis para conhecer a verdade relativamente aos factos alegados ou de que oficiosamente pode conhecer.”.⁴⁶⁵ Está, também, em harmonia com o princípio processual geral de proibição de atos inúteis do art. 137 do Código de Processo Civil e com o princípio da livre apreciação das provas, também previsto pelo CPC, em seu atual enunciado prescritivo de n. 607 (anterior art. 655 do CPC/1961):

5 - O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade

⁴⁶¹ VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mônica Brito; SOUSA, Jorge Lopes (coord.). *Guia da Arbitragem Tributária: comentários ao regime jurídico da arbitragem tributária*, Tania Carvalhais Pereira nos seus aspectos práticos. Lisboa: CAAD, 2013. p. 187.

⁴⁶² Lembrando que o art. 45 do Código de Procedimento e Processo Tributário menciona: “Artigo 45.º *Contraditório* 1 - O procedimento tributário segue o princípio do contraditório, participando o contribuinte, nos termos da lei, na formação da decisão. 2 - O contribuinte é ouvido oralmente ou por escrito, conforme o objectivo do procedimento. 3 - No caso de audiência oral, as declarações do contribuinte serão reduzidas a termo.”. PORTUGAL. Decreto-Lei n. 433/99. *Código de Procedimento e Processo Tributário*. Disponível em: < https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/134920077/202102040504/73828669/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Último acesso em: 4 fevereiro 2021.

⁴⁶³ O princípio da celeridade está conectado com o princípio da simplificação processual e com o princípio da informalidade processual. Aquele está estipulado tanto nos objetivos estabelecidos pelo RJAT, quanto em seu art. 29, n. 2, que prescreve: “2 – O disposto no número anterior não dispensa, nem prejudica, o dever de o tribunal arbitral definir a tramitação mais adequada a cada processo especificamente considerado, nos termos do disposto nos artigos 18.º e 19.º e atendendo aos princípios da celeridade, simplificação e informalidade processuais.”. PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 10, de 20 de janeiro de 2011. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária* (RJAT). Disponível em: < <https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/codigos/rjat.html>>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

⁴⁶⁴ VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mônica Brito; SOUSA, Jorge Lopes (coord.). *Guia da Arbitragem Tributária: comentários ao regime jurídico da arbitragem tributária*, Tania Carvalhais Pereira nos seus aspectos práticos. Lisboa: CAAD, 2013. p. 187.

⁴⁶⁵ PORTUGAL. *Lei Geral Tributária (LGT)*. Autoridade Tributária e Aduaneira. Última atualização: Lei n.º 13/2016 de 23 de maio. Disponível em: <<https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT.pdf>>. Último acesso em: 4 fevereiro 2021.

especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.⁴⁶⁶

Em outras palavras, a determinação de quais provas são úteis à apuração da verdade é de discricionariedade do tribunal arbitral. O tribunal arbitral possui a prerrogativa de recusar quaisquer diligências requeridas pelos intervenientes processuais que não considerem úteis ao deslinde processual.

Os princípios da cooperação e da boa-fé processual estão interligados e são aplicáveis tanto ao tribunal arbitral, quanto às partes e aos seus representantes. Em harmonia com tal conexão, está o atual art. 8º do CPC: “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.”. Todo o corpo que compõe o conflito, sejam os árbitros, as partes ou os seus advogados, devem cooperar entre si para o melhor andamento à resolução da controvérsia. Qualquer obstáculo, alegado justificadamente pelas partes, na obtenção de provas deve ser, sempre que possível, removido pelo árbitro.⁴⁶⁷

O princípio da publicidade tem sua previsão na última alínea, g), do art. 16 do RJAT. Este princípio assegura a divulgação das sentenças arbitrais na página⁴⁶⁸ do CAAD (na *internet*), desde que sejam devidamente retiradas quaisquer informações capazes de identificar as partes ou outras pessoas que tenham vínculo com o processo.

Constituído o tribunal arbitral, este notificará o dirigente máximo do serviço da administração tributária por despacho. Caso queira, o dirigente deverá responder no prazo de 30 dias, podendo solicitar a produção de prova adicional.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ PORTUGAL. Código de Processo Civil, *Lei n. 41/2013*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706160200/exportPdf?normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

⁴⁶⁷ “Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961) *Princípio da cooperação 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.*”. PORTUGAL. Código de Processo Civil, *Lei n. 41/2013*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706160200/exportPdf?normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

⁴⁶⁸ A página do CAAD na *internet* está disponível em: <<https://www.caad.org.pt/>>.

⁴⁶⁹ Art. 17, n. 1, RJAT.

O prazo de 30 dias para a resposta, em caso de férias judiciais, restará suspenso.⁴⁷⁰ Da apresentação da resposta, haverá a primeira reunião do tribunal arbitral para definir alguns pontos, como: i. qual será a melhor tramitação processual para o caso em concreto. Neste momento, o tribunal arbitral considerará todas as circunstâncias do caso e a sua complexidade; ii. eventuais exceções que as partes queiram apresentar e que interfiram na decisão e na apreciação antes de o tribunal arbitral conhecer do pedido; iii. necessidade de correção das peças processuais (caso haja, as partes serão convidadas a fazerem neste momento)⁴⁷¹; iv. comunicar as partes da data para as alegações orais, se necessário for⁴⁷² e; v. comunicar as partes sobre a data para a sentença arbitral⁴⁷³, considerando o prazo de seis meses contados da data do início do processo arbitral. Prazo este que é prorrogável por mais seis meses, por sucessivos períodos de dois meses, desde que comunicado às partes sobre tal prorrogação e sobre o motivo que levou o tribunal arbitral a tanto.⁴⁷⁴

4.1.4.5. Sentença Arbitral

Elencada na Secção II do Capítulo III do RJAT, é tratada pela sequência de quatro artigos. Para além, a possibilidade de recurso da sentença arbitral está prevista na Secção III do Capítulo III do RJAT, composta por dois artigos e seguida pela Secção IV do Capítulo III, que trata da impugnação da sentença arbitral em curtos dois artigos.

O RJAT não trata a sentença arbitral por sentença, mas, sim, por decisão. Ao nosso estudo, diga-se de passagem, tal diferença não possui relevância prática. Afinal, são sinónimos. Com relação à deliberação da sentença arbitral, ela é tomada por maioria dos árbitros. O n. 2 do art. 22 do RJAT equiparou a sentença arbitral com a sentença judicial ao aplicar o disposto no art. 123 do Código de Procedimento e de Processo Tributário. Neste artigo consta que a sentença judicial, neste caso, a sentença arbitral, “identificará os interessados e os factos objecto de litígio, sintetizará a

⁴⁷⁰ Art. 17-A do RJAT e art. 144 do CPC de Portugal.

⁴⁷¹ Art. 18, n. 1 e alíneas, RJAT. PORTUGAL. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária* (RJAT). Disponível em: < <https://www.pwc.pt/pt/pwcinfisco/codigos/rjat.html>>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

⁴⁷² Art. 18, n. 2, RJAT.

⁴⁷³ Art. 18, n. 2, RJAT.

⁴⁷⁴ Art. 21, n. 1 e 2 do RJAT.

pretensão do impugnante e respectivos fundamentos, bem como a posição do representante da Fazenda Pública e do Ministério Público, e fixará as questões que ao tribunal cumpre solucionar.”.⁴⁷⁵ Por força do mesmo artigo o árbitro, ou os árbitros, inclusive, discriminará, ou discriminarão, a matéria provada da não provada, fundamentando na sentença arbitral.

Na sentença arbitral deverá constar: i. a assinatura de todos os árbitros; ii. a identificação dos fatos objeto do conflito; iii. as razões de fato e de direito que motivaram a decisão; iv. a data em que foi proferida a decisão; v. envio de uma cópia para ambas as partes. Caso o árbitro vencido assim deseje, pode acordar com os colegas do tribunal arbitral e fazer constar o seu voto vencido na decisão arbitral. Apenas após a notificação da sentença arbitral o tribunal arbitral será dissolvido. Mais especificamente na data em que o CAAD notificar as partes sobre o arquivamento do processo.

A sentença arbitral vinculará as partes e, em caso favorável ao contribuinte, a administração tributária deverá:

- a) Praticar o ato tributário legalmente devido em substituição do ato objeto da decisão arbitral;
- b) Restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito;
- c) Rever os atos tributários que se encontrem numa relação de prejudicialidade ou de dependência com os atos tributários objeto da decisão arbitral, designadamente por se inscreverem no âmbito da mesma relação jurídica de imposto, ainda que correspondentes a obrigações periódicas distintas, alterando-os ou substituindo-os, total ou parcialmente;
- d) Liquidar as prestações tributárias em conformidade com a decisão arbitral ou abster-se de as liquidar.⁴⁷⁶

Caso a sentença arbitral, por algum motivo, deixe de conhecer o mérito, a possibilidade de as partes reclamarem, impugnarem ou pedirem revisão começarão a contar a partir da notificação da sentença arbitral. Após proferida a sentença arbitral, não cabendo recurso ou impugnação, precluirá o direito das partes de reclamarem, impugnarem ou requererem quaisquer revisões e/ou “pronúncia arbitral sobre os atos objeto desses pedidos ou sobre os consequentes atos de

⁴⁷⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 433/99. *Código de Procedimento e Processo Tributário*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/134920077/202102040504/73828669/exportPdf/normal/1/cache/LevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Último acesso em: 4 fevereiro 2021.

⁴⁷⁶ Art. 24, n. 1, RJAT.

liquidação.”⁴⁷⁷ A sentença arbitral não isenta o pagamento de juros, mas “preclui o direito de a administração tributária praticar novo ato tributário relativamente ao mesmo sujeito passivo ou obrigado tributário e período de tributação”⁴⁷⁸, com exceção dos casos novos diferente daqueles que foram objeto da sentença arbitral.

Em Portugal, há a possibilidade de recurso das sentenças arbitrais proferidas em matéria tributária. A parte requerente poderá entrar com recurso da sentença arbitral ao Tribunal Constitucional nos casos em que a decisão “recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada.” Já nos casos em que haja oposição aos acórdãos proferidos pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo, o recurso deverá ser encaminhado para o Supremo Tribunal Administrativo.⁴⁷⁹ No ano de 2019, por meio da Lei n. 119, de 18 de setembro de 2019, o legislador ampliou os fundamentos para a apresentação de recurso ao Supremo Tribunal administrativo, com o objetivo de alcançar a uniformidade jurisprudencial. Com tal ampliação, “desde o dia 1 de outubro de 2019 é admissível recorrer para tal instância jurisdicional da decisão arbitral que ponha termo ao processo, quando esteja em oposição relativamente à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral”.⁴⁸⁰ Quaisquer das hipóteses poderá aplicar-se o efeito suspensivo ao recurso.⁴⁸¹

Para além das possibilidades de recurso, a sentença arbitral poderá ser impugnada. Pode ser suscitado pedido de anulação para o Tribunal Central Administrativo. Este pedido de impugnação deverá seguir os ditames do recurso de apelação definido pelo Código do Processo dos Tribunais

⁴⁷⁷ Art. 24, n. 2, RJAT.

⁴⁷⁸ Art. 24, n. 4, RJAT.

⁴⁷⁹ Art. 25, n.s. 1 e 2, RJAT. Inclusive, é válido lembrarmos que, desde o dia 1 de outubro de 2019, é possível recorrer ao Supremo Tribunal Administrativo quando houver, na decisão arbitral, oposição com outra decisão arbitral, “relativamente à mesma questão fundamental de direito”. Para tanto, recomendamos a leitura dos escritos de FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-possivel-limitar-o-direito-ao-recurso-na-arbitragem-tributaria-15042020>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2021.

⁴⁸⁰ DOMINGOS, Francisco Nicolau. É possível limitar o direito ao recurso na arbitragem tributária?. *Jota. Tributário*. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-possivel-limitar-o-direito-ao-recurso-na-arbitragem-tributaria-15042020>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2021.

⁴⁸¹ Art. 26, RJAT: “1 – O recurso tem efeito suspensivo, no todo ou em parte, da decisão arbitral recorrida, dependendo do objeto do recurso. 2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, o recurso interposto pela administração tributária faz caducar a garantia que tenha sido prestada para suspensão do processo de execução fiscal e o recurso interposto pelo sujeito passivo faz cessar o efeito suspensivo da liquidação, a que se refere o artigo 14.º”.

Administrativos, Lei n. 15, de 22 de fevereiro de 2002, mais especificamente os seus artigos de n. 151 e o de n. 34.⁴⁸²

4.1.4.6. Custas: Taxa de Arbitragem

Em sintonia com o art. 12 do RJAT, há o Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária (RCPAT).⁴⁸³ Taxa de Arbitragem é a forma genérica para as custas do processo arbitral em matéria tributária. Entre as suas espécies, estão todas as despesas resultantes do processo arbitral, além dos honorários dos árbitros. Sendo que os demais encargos, relacionados à designação de peritos, custas de viagem, hospedagem, tradutores, intérpretes, encargos com produção de provas, são suportados diretamente pelas partes. A falta de pagamento dessa Taxa de Arbitragem leva, de forma automática, à impossibilidade de constituição do tribunal arbitral.

O cálculo da Taxa de Arbitragem dependerá de duas questões centrais: i. o valor da causa e; ii. o modo de designação do árbitro.

Se o árbitro for designado pelo CAAD, a Taxa de Arbitragem está limitada ao mínimo de 306 euros (trezentos e seis euros) a ser paga pelo sujeito passivo da seguinte forma: i. taxa inicial no valor de 50% da Taxa de Arbitragem; ii. pagamento por transferência bancária na conta do

⁴⁸² “Artigo 34. Critério supletivo. 3 - Das decisões de mérito proferidas em processo de valor indeterminável cabe sempre recurso de apelação e, quando proferidas por tribunal administrativo de círculo, recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo, nos termos e condições previstos no artigo 151.º deste Código.” e;

“Artigo 151.º Revista per saltum para o Supremo Tribunal Administrativo 1 - Os recursos interpostos de decisões de mérito proferidas por tribunais administrativos de círculo são da competência do Supremo Tribunal Administrativo quando as partes, nas alegações, suscitem apenas questões de direito e o valor da causa seja superior a 500 000 (euro) ou seja indeterminada, designadamente nos processos de declaração de ilegalidade ou de condenação à emissão de normas. 2 - O disposto no número anterior não se aplica a processos respeitantes a atos administrativos em matéria de emprego público ou relacionados com formas públicas ou privadas de proteção social. 3 - Os recursos previstos no n.º 1 são julgados como revista, sendo-lhes aplicável o disposto nos n.os 2 a 4 do artigo anterior. 4 - Se, remetido o processo ao Supremo Tribunal Administrativo, o relator entender que as questões suscitadas ultrapassam o âmbito da revista, determina, mediante decisão definitiva, que o processo baixe ao Tribunal Central Administrativo, para que o recurso aí seja julgado como apelação, com aplicação do disposto no artigo 149.º 5 - Se o relator admitir o recurso, pode haver reclamação para a conferência, nos termos gerais.”. PORTUGAL. Código do Processo dos Tribunais Administrativos. Lei n. 15, de 22 de fevereiro de 2002. Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nverso=&tabela=leis>. Último acesso em: 5 de fevereiro de 2021.

⁴⁸³ Disponível para consulta no site do CAAD, em: < https://www.caad.org.pt/files/documentos/CAAD_AT-Regulamento_Custas_Tributario-2012-11-27.pdf>. Último acesso em: 2 de fevereiro de 2021.

CAAD; iii. pagamento feito antes do pedido de constituição do tribunal arbitral. As demais custas do processo arbitral e eventual repartição entre as partes será delimitada na sentença arbitral.⁴⁸⁴

Agora, se o árbitro for designado pelo sujeito passivo, a Taxa de Arbitragem deverá ser paga em sua totalidade pelo sujeito passivo e dependerá do valor da causa, estando limitada ao mínimo de 6.000 euros (seis mil euros) e ao máximo de 120.000 (cento e vinte mil euros).

Por curiosidade, segundo a tabela I referente ao art. 4º do RCPAT, causas de até 2 mil euros, com árbitros designados pelo CAAD, terão Taxa de Arbitragem no valor de 306 euros (trezentos e seis euros), sendo que a Taxa de Arbitragem inicial será 50% deste valor, ou seja, 153 euros (cento e cinquenta e três euros). Se o árbitro for designado pelo sujeito passivo, conforme art. 5º e Tabela II do RCPAT, causas de até 60.000 euros (sessenta mil euros) terão Taxa de Arbitragem no valor de 6.000 (seis mil euros), a ser pago em sua totalidade.

O que o RCPAT faz, de certa forma, é não estimular a designação de três árbitros para causas de menor valor. O que, de fato, faz todo o sentido se pensarmos pelo lado da complexidade. Muitas vezes, na prática, não há necessidade de três árbitros para resolver um conflito de 2.000 (dois mil euros). Seria até economicamente inviável para o sujeito passivo.

Caso o procedimento encerre por qualquer motivo que seja, antes de ser constituído o tribunal arbitral, o AUTOR será reembolsado da Taxa de Arbitragem, com dedução do valor x referente aos encargos administrativos.

⁴⁸⁴ Art. 4 do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária (RCPAT).

4.2. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

*“...se alguém o forçasse (o prisioneiro) a olhar para a própria luz, doer-lhe-iam os olhos e voltar-se-ia, para buscar refúgio juntos dos objetos para os quais podia olhar, e julgaria que estes eram, na verdade, mais nítidos do que os que lhe mostravam?”⁴⁸⁵
(Platão – Diálogo entre Sócrates e Gláucón)*

O clássico *Mito da Caverna* – ou *alegoria da caverna* – tem muito o que, aqui, nos ensinar. O Diálogo entre SÓCRATES e GLÁUCON, mencionados no Livro VII d’A *República*, de PLATÃO, leva-nos a perceber que estamos quebrando as correntes a partir do momento que buscamos compreender a Arbitragem Tributária. Vale lembrarmos do diálogo, mesmo que de forma breve.

A “caverna da prisão”⁴⁸⁶ nada mais é que um antro subterrâneo. Pessoas estão acorrentadas desde a infância, de costas para muro alto, “algemados de pernas e pescoços, de tal maneira que só lhes é dado permanecer no mesmo lugar e olhar em frente”.⁴⁸⁷ Atrás deste muro, há uma fogueira acesa. Na frente desta fogueira acesa, há homens carregando figuras elevadas como se fossem altas bandeiras. Os acorrentados conseguem ver as sombras das figuras projetadas na parede à sua frente. Mas, não sabem que são apenas homens, como eles, que estão segurando as bandeiras. Não sabem que as conversas ouvidas não são conversas entre as figuras. Não são vozes projetadas pelos próprios desenhos. São conversas entre os homens. Em resumo, os acorrentados “não pensavam que a realidade fosse senão a sombra dos objectos”.⁴⁸⁸ Se um deles fosse solto das correntes e do erro em que estava, SÓCRATES é enfático ao relatar que “sentiria dor, e o deslumbramento impedi-lo-ia de fixar os objectos cujas sombras via outrora”.⁴⁸⁹ E, mais, se alguém do mundo real chegasse para o acorrentado e dissesse que tudo o que ele viveu até hoje foi em vão, eram apenas sombras e os objetos reais são outros? Certamente, como responde SÓCRATES, “ele se veria em dificuldades e suporia que os objectos vistos outrora eram mais reais do que os que agora lhe mostravam”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ PLATÃO. *A República*. Tradução de: Maria Helena da Rocha Pereira. 9.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. p. 315-319.

⁴⁸⁶ Id., p. 319.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 315.

⁴⁸⁸ Id., p. 316.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 316.

⁴⁹⁰ PLATÃO, 1987, p. 317.

Provavelmente este ex-acorrentado, forçado a olhar para a luz, como concorda GLÁUCON, “doer-lhe-iam os olhos e voltar-se-ia, para buscar refúgio junto dos objectos para os quais podia olhar, e julgaria ainda que estes eram na verdade mais nítidos do que os que lhe mostravam”.⁴⁹¹ Por mais deslumbrado que ficasse com os objetos iluminados pela luz real (a do sol), este ex-prisioneiro teria que, em primeiro lugar, habituar-se. Depois, “olharia mais facilmente para as sombras, [...], por último, para os próprios objectos. A partir de então, seria capaz de contemplar o que há no céu, e o próprio céu, durante a noite, olhando para a luz das estrelas e da Lua, mais facilmente do que se fosse o Sol e o seu brilho de dia”.⁴⁹²

Inevitável concluir que os ex-prisioneiros gostariam, mais facilmente, da luz da lua do que do brilho do sol. Afinal, o brilho do sol “doer-lhe-iam os olhos e voltar-se-ia, para buscar refúgio junto dos objectos para os quais podia olhar”. Eis o que acontece com a Arbitragem Tributária. Tanto o grupo dos prisioneiros, como o grupo dos ex-prisioneiros, sentem “perturbações visuais”.⁴⁹³ Enquanto este tenta habituar a sua vista diante da luz do sol – diante da arbitrabilidade objetiva, àquela precisa habituar a vista tanto perante a luz da lua, como perante a luz do sol – a arbitrabilidade da matéria tributária é inexistente em todos os sentidos para este grupo. Tão inexistente que não chegam a buscar sobre a Arbitragem Tributária. É compreensível. Muito compreensível. Para além, podemos dizer que é digno. Afinal, estão confortáveis dentro dos seus saberes. Habituar a vista dói e é, de fato, compreensível a preferência pela moradia no antro subterrâneo. Queremos, aqui, colaborar com os ex-prisioneiros, que olham para o céu estrelado e querem tentar identificar o brilho do sol.

Frise-se: Ver a AT, perceber a sua possibilidade no Brasil, ainda arde a vista, para muitos. Mas, esta ardência é necessária para a evolução da ciência. Caso queiramos ver, e solucionar, a realidade acima da terra, sair das amarras que nos prendem é necessário.

Lembrando, com KARL POPPER, que “a crítica e o debate são os únicos meios de chegar mais perto da verdade. Isso criou a tradição de conjecturas ousadas e de crítica livre, a tradição que deu origem à atitude racional ou científica”.⁴⁹⁴ Premissas óbvias devem ser questionadas. Apesar

⁴⁹¹ Id., p. 317

⁴⁹² Ibid., p. 317

⁴⁹³ VALLE, Maurício Dalri Timm do; PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem Tributária no Brasil e o Interesse Público: um novo mito da caverna? In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018. p. 285.

⁴⁹⁴ 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. 26-31.

de serem provadas verdadeiras, partiram de conjecturas restritas ao conhecimento humano daquele determinado tempo ou lugar.

Portanto, analisaremos a arbitrabilidade da matéria tributária, especialmente a arbitrabilidade objetiva, por ser ela a causa da dor nos olhos. Verificando que o principal óbice à Arbitragem Tributária é o dogma da indisponibilidade do crédito tributário. Posteriormente, analisaremos os Projetos de Lei existentes sobre o tema, inclusive no tocante à diferença entre a transação e a arbitragem tributárias. Com a ressalva de que a transação não é o foco do presente estudo, mas, a diferença entre estes meios complementares é relevante para a compreensão do foco da presente pesquisa.

4.2.1. Arbitrabilidade Subjetiva da Matéria Tributária

O primeiro artigo da Lei de Arbitragem brasileira prescreve que “pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”, independentemente de ser a parte integrante do setor público ou do privado, de ser pessoa jurídica ou pessoa física, sendo a pessoa capaz, está apta para dirimir suas controvérsias por meio da arbitragem.

A esse respeito, conforme já comentamos em outra oportunidade⁴⁹⁵, há previsão legal para a Administração Pública direta e indireta, claramente estabelecida nos § 1º e 2º do artigo 1º da LArb, sendo facultativa, portanto, sua utilização. Eis a razão pela qual tratamos como permissão negativa a Arbitragem Tributária. Corroborando com o nosso entendimento, HELY LOPES MEIRELLES e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO afirmam: “na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração Particular é lícito fazer tudo eu a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.⁴⁹⁶ Como recorda, também, MARCELO RICARDO ESCOBAR, há diplomas vigentes que demonstram, claramente, o andamento da “adoção” da arbitragem pela Administração Pública, seja direta ou indireta.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ ANA PAULA PASINATTO e MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE. Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira, in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3 (2017), nº 6, p. 1041-1073. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1041_1073.pdf>.

⁴⁹⁶ *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 93.

⁴⁹⁷ Recomenda-se a leitura de MARCELO RICARDO ESCOBAR. *Arbitragem Tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 131-206.

Ainda, recentemente foi editado pelo Estado do Rio de Janeiro o Decreto n. 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Este Decreto regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que o envolvam.

De tal forma “não deve pairar qualquer dúvida sobre a admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração e, com maior certeza, órgãos da Administração indireta”⁴⁹⁸. O Ente Público pode optar pelo do procedimento arbitral sem afrontar o princípio constitucional da legalidade. Basta, para isso, que haja previsão em lei da possibilidade de resolução de conflitos tributários por meio da Arbitragem.

4.2.2. Arbitrabilidade Objetiva⁴⁹⁹ da Matéria Tributária

Já a segunda parte do primeiro artigo da LArb limita a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos que envolvam “direitos patrimoniais disponíveis”.⁵⁰⁰ Eis, aqui, a morada da maior permissão positiva diante da Arbitragem Tributária no Brasil.

Há dois critérios para que a arbitrabilidade objetiva reste devidamente preenchida: i. o da patrimonialidade e ii. o da disponibilidade. FRANCISCO JOSÉ CAHALI faz algumas exemplificações sobre a arbitrabilidade objetiva:

Para atender à *arbitrabilidade objetiva*, exige-se que o objeto do litígio diga respeito a um direito patrimonial disponível, como diz a literalidade da norma. Direitos não patrimoniais, pois, de plano são excluídos do juízo arbitral. E assim, os direitos da personalidade (direito à vida, à honra, ao nome), o estado da pessoa (modificação da capacidade, como interdição, dissolução do casamento, reconhecimento ou desconstituição da filiação, atributos do poder familiar, como guarda e regulamentação de visitas), ficam excluídos da arbitragem. Mas eventuais impactos patrimoniais destes

⁴⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*. Revista de Direito Administrativo. 233. Rio de Janeiro: jul./set., 2003. p. 377-385. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459/45041>>.

⁴⁹⁹ Para aprofundamento do tema da arbitrabilidade objetiva, recomendamos a obra de EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES: *Arbitrabilidade Objetiva*. Tese. *Repositório da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, 2008.

⁵⁰⁰ Recomenda-se a breve leitura de GODOI, Marciano Seabra; GIANNETTI, Leonardo Varella. *Arbitragem e Direito Tributário Brasileiro: A superação do dogma da indisponibilidade do crédito tributário*. Revista Arbitragem Tributária nº. 3. Portugal: CAAD, Jun. 2015. p. 38-45.

direitos, como também do direito penal, conforme o caso, são arbitráveis (por exemplo, apuração do *dano ex delicto*, e partilha de bens na separação ou no divórcio (...)).⁵⁰¹

O primeiro critério resta preenchido, tendo em vista o caráter patrimonial do crédito tributário. Já o segundo critério diz respeito ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário. Esse princípio é decorrente do princípio da supremacia do interesse público e, “submeter essa questão controvertida à arbitragem significaria dispor de elementos da obrigação tributária”, o que resulta em poucos adeptos à arbitragem tributária. Por mais que os parcelamentos sejam “verdadeiras comprovações da disposição do crédito tributário”, como defende MARCELO RICARDO ESCOBAR:

Ora, se Dívida Ativa da Fazenda Pública também abrange a multa, e a inobservância da obrigação acessória converte-se em obrigação principal, dispor sobre a multa é dispor sobre a obrigação principal, sobre o crédito tributário.

Se os programas de parcelamento especiais muitas vezes deixam a cargo do contribuinte a escolha da forma de redução da multa – atrelada à quantidade de parcelas –, a Administração Pública está literalmente dispondo do crédito tributário.

Se a própria lei dispõe sobre o crédito tributário é porque ele é disponível e, consequentemente, arbitrável.

Tal como a analogia feita à corrida de obstáculos, outro exsurge nessa caminhada: a aplicação do princípio da estrita legalidade em matéria tributária.⁵⁰²

Para além, precisamos ter em mente outras duas questões a esse respeito. A primeira, trata-se da questão da indisponibilidade, que deve ser compreendida como a “impossibilidade de renúncia, abdicação, a uma posição jurídica”. A indisponibilidade em questão divide-se em “indisponibilidade do direito material” e “indisponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional estatal”.⁵⁰³ Clareado por EDUARDO TALAMINI, na indisponibilidade do direito material “o sujeito abre mão do direito material de que é titular”, já na indisponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional estatal há um “direito à proteção judiciária”, ou seja, “aquele que não tem razão deixa

⁵⁰¹ *Curso de Arbitragem*. São Paulo: RT, 2011, p. 93.

⁵⁰² ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem Tributária no existente arcabouço legislativo brasileiro*. PISCITELLI, Tathiane; et.al. *Arbitragem Tributária: Desafios Institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 226-227.

⁵⁰³ *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.I]: Re Pro 264, 2017.. p. 88.

de valer-se do direito à tutela da jurisdição estatal”. Basicamente, na primeira, há uma renúncia ao direito material e, na segunda, a renúncia está ligada à “pretensão de tutela judicial”.

Na primeira divisão, do direito material, EDUARDO TALAMINI elucida dois conceitos da “indisponibilidade”. O primeiro diz respeito ao fato de que a indisponibilidade veda a “renúncia de um direito existente”; o segundo conceito relaciona-se ao fato de que a indisponibilidade restringe à Jurisdição a decisão e aplicação das “consequências jurídicas cabíveis”, ou seja, exige uma intervenção jurisdicional.⁵⁰⁴

A arbitrabilidade objetiva reside, justamente, nesse segundo conceito de “indisponibilidade” originado do direito material. Como muito bem expõe EDUARDO TALAMINI, se a matéria em questão não necessitar de intervenção jurisdicional, não há motivos para proibir que as partes resolvam seu litígio pela via arbitral, se assim o quiserem. E é o que ocorre com as disputas concernentes ao crédito tributário, tendo em vista que sua solução não necessita de intervenção jurisdicional. A ação judicial e a intervenção jurisdicional não são imprescindíveis no âmbito das relações de direito público.⁵⁰⁵ A arbitragem seria, assim, como já dissemos, apenas uma faculdade às partes. Via complementar disponível às partes para solucionarem suas controvérsias.

Ademais, lembremos que a autonomia das partes é princípio relevante para a arbitragem, é ele que proporciona aos árbitros os poderes para a resolução de uma controvérsia. Estando presente a vontade das partes, estará presente a arbitragem – por convenção arbitral, no nosso caso.⁵⁰⁶ Nesse mesmo sentido, FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS lembra que “a arbitragem constituir um método heterocompositivo de resolução de controvérsias, cuja base está na autonomia da vontade das partes”.⁵⁰⁷

A segunda questão a respeito da arbitrabilidade objetiva que precisamos ter em mente diz respeito às duas divisões do interesse público, quais sejam, primário e secundário. Os interesses públicos primários estão ligados aos “atos administrativos”, enquanto os interesses públicos secundários (ou derivados) são as “suas consequências patrimoniais”.⁵⁰⁸ Os interesses primários

⁵⁰⁴ A (in)disponibilidade... op. cit., p. 96-97.

⁵⁰⁵ TALAMINI, Eduardo, 2017, p. 88.

⁵⁰⁶ Segundo CARLOS ALBERTO CARMONA: “Os poderes dos árbitros são conferidos pelos litigantes, tendo a lei ampliado sobremaneira a autonomia da vontade das partes”. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/1996*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

⁵⁰⁷ A superação do Dogma da Incompatibilidade da Arbitragem com os Princípios da Legalidade, Tutela Jurisdicional Efetiva e Indisponibilidade do Crédito Tributário. EALR, v.9, nº. 1, p. 1-12, Jan-Abr., 2018.

⁵⁰⁸ FERREIRA NETTO, Cassio. *Contratos Administrativos a Arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 53.

são aqueles interesses da coletividade como um todo⁵⁰⁹, operacionalizados pelos interesses derivados. Esses interesses públicos secundários são “relativos a direitos eminentemente patrimoniais”, estando a “Administração Pública autorizada a se submeter ao juízo arbitral em tais casos. E isso porque os bens e direitos em referência existem para que o Administrador Público deles disponha para concretização de interesses públicos primários, estes sim indisponíveis”.⁵¹⁰

Frise-se: Parece-nos que a relação entre a suposta indisponibilidade do crédito tributário é meramente contingente. Ou melhor: não nos parece que a suposta indisponibilidade do crédito tributário seja consequência dedutiva da suposta supremacia do interesse público sobre o interesse particular.⁵¹¹

4.2.3. Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Particular

Neste contexto de interesse público, é inevitável mencionarmos a discussão sobre a supremacia desse interesse sobre o particular. Nesse estudo, o administrativista considerado referência é CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Afirmar ele, com base em RENATO ALESSI⁵¹², que a supremacia do interesse público frente ao interesse particular é “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e

⁵⁰⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 73.

⁵¹⁰ MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Direito Tributário Internacional*. A arbitragem nos Acordos de Bitributação Celebrados pelo Brasil – Série Doutrina Tributária. Vol. XX. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 339.

⁵¹¹ EROS ROBERTO GRAU afirma: “13. De outro lado, a medida do interesse público é a legalidade. Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’ isso não significa não possa a Administração socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. Bem a propósito, as observações de Alessi e de Celso Antônio Bandeira de Mello, acima reproduzidas, permitem-nos salientar a circunstância de, v. g., se realizar o interesse público na omissão, pela Administração, do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar, em benefício exclusivo do interesse da Administração, secundário, o cumprimento de suas obrigações” - O Direito posto e o direito pressuposto, 9. ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 307-308.

⁵¹² *Instituciones de derecho administrativo...*, p. 185-187.

asseguramento deste último”.⁵¹³ Tal conceito foi contestado no final do século passado por HUMBERTO ÁVILA⁵¹⁴ e, recentemente, DANIEL HACHEM retomou o estudo do tema.⁵¹⁵

HUMBERTO ÁVILA concluiu inexistir a norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.⁵¹⁶ Não analisaremos as minudências de seu raciocínio, mas vale salientarmos que tal princípio jurídico “não se identifica com o bem comum”, pressupondo “possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular no exercício da função administrativa”.⁵¹⁷

Como afirma HELY LOPES MEIRELLES: “enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos”.⁵¹⁸ Concordamos, assim, com HUMBERTO ÁVILA ao afirmar não ser o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, “rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio”⁵¹⁹, inexistindo a mencionada supremacia.⁵²⁰

4.2.4. CCAF: Existência da Arbitragem Tributária no Brasil?

Em 27 de setembro de 2007, pelo Ato Regimental nº. 5, nasceu a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF), unidade da Consultoria-Geral da União

⁵¹³ *Curso...*, p. 70.

⁵¹⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.

⁵¹⁵ *Princípios constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁵¹⁶ ÁVILA, *op. cit.*, p. 126.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 101.

⁵¹⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 44.

⁵¹⁹ ÁVILA, 1999, p. 126.

⁵²⁰ “[...] divisamos uma absoluta inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira, como também pelos riscos que sua assunção representa para a tutela dos direitos fundamentais. Parece-nos que o princípio em discussão baseia-se numa compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o leitmotiv Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos. Tentaremos, enfim, demonstrar que a cosmovisão subjacente ao princípio em debate apresenta indisfarçáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira [...]”. SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Descontruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 27.

(CGU), que é órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União (AGU). A CCAF teve origem para efetivar o que estabelece a Medida Provisória nº. 2.180-35/2001, em seu art. 11, Parágrafo Único: “incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias ao deslinde, na seara administrativa, de controvérsias de natureza jurídica instauradas entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União.”.

É a Portaria da AGU de nº. 1.281, de 27 de setembro de 2007, que regulamenta o deslinde das controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Federal. Seja por conciliação, seja por arbitramento.⁵²¹

No ano de 2012, a CCAF publicou a terceira edição da sua cartilha. O intuito, com ela, era esclarecer a atuação da CCAF. À época, o Advogado-Geral da União era LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS, enquanto o Consultor-Geral da União era ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY. Logo no início da cartilha publicada, quando busca conceituar os termos utilizados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal, verificamos que o termo “Arbitragem”, em verdade, “não se trata da mesma arbitragem prevista na Lei nº. 9.307, de 23.09.1996 (Lei de Arbitragem)”.⁵²²

No ano de 2016, em entrevista realizada no âmbito da Universidade de Brasília, a, então, Diretora do Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF) da CGU, SÁVIA MARIA LEITE RODRIGUES GONÇALVES, afirmou que, “caso a tentativa de autocomposição seja frustrada, os interessados na controvérsia não só podem, como devem recorrer ao Poder Judiciário para resolvê-la. O que a autocomposição no âmbito da CCAF faz é uma tentativa de desafogamento do Poder Judiciário [...]”.⁵²³

O Decreto-Lei nº. 7.392, de 13 de dezembro de 2010, alterada parte de sua redação pelo Decreto-Lei nº. 7.526, de 15 de julho de 2011, define a estrutura da CCAF e prescreve, em seu art. 18, algumas de suas competências. Entre elas:

⁵²¹ “Art. 1º. O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria.”. BRASIL. Portaria AGU nº. 1.281, de 27 de setembro de 2007. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=204064>>. Acesso em: 30 janeiro 2021.

⁵²² BRASIL. *Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal*. 3.ed. 2012. p. 13. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/CartilhadaCamaradeConciliacaoeArbitragemdaAPF.pdf>>. Acesso em: 30 janeiro 2021.

⁵²³ AFFONSO, Andressa Kellen Lauriano Lucio. Autocomposição de Conflitos na Administração Pública: Um estudo sobre a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Repositório de Monografias da UNB*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14763/1/2016_AndressaKellenLaurianoLucioAffonso_tcc.pdf>. Acesso em: 30 janeiro 2021.

Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete:

- I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;
- II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;
- III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;
- IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;
- V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;
- VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e
- VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

O inciso VI do mencionado art. 18 deixa claro que compete à CCAF “propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação”. O “arbitramento” mencionado retrata a autocomposição, enquanto a “arbitragem” retrata a heterocomposição. Ou seja, de acordo com a cartilha, a CCAF realiza, em verdade, autocomposições, como a conciliação e o arbitramento. A arbitragem heterocompositiva da Lei de Arbitragem nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, está automaticamente fora da alçada estabelecida pelo Decreto-Lei nº. 7.392/2010, que rege as competências da CCAF.

Há um parecer que, por motivos que acreditamos não coincidirem com o que será, aqui, reforçado por ele, não temos notícias sobre o seu efeito vinculativo, ou seja, a sua aprovação pelo Advogado Geral da União e publicação, nos moldes elencados pelos arts. 40 e 41 da Lei Complementar de nº. 73, de 10 de fevereiro de 1993. Mas, a parte que destacaremos de seu inteiro teor coincide com o preconizado pela cartilha publicada e, também, com a forma autocompositiva de resolução de conflitos privilegiada no texto da Portaria nº. 1.281/2007:

Por estas razões, consideramos que a CCAF, malgrado conter no seu título o termo arbitragem, não tem competência para o exercício de jurisdição. A CCAF é o órgão, concebido por excelência e por essência, para atuar na resolução consensual de conflitos, ou seja, para colocar em prática técnicas autocompositivas de pacificação sem intervenção judicial ou jurisdicional. Esse modelo não somente objetiva a "desjudicialização" dos

conflitos, mas também visa a pacificação das contendas com maior eficiência. Acreditamos que a autocomposição, na maioria dos casos, é a forma mais eficaz e mais abrangente de pacificação do conflito; e às vezes, a depender do conflito, é a única forma de se obter uma solução viável. Por esta razão, consideramos desnecessário atribuir à CCAF uma competência que difere totalmente de sua essência autocompositiva.

[...]

b) A CCAF não é uma câmara de arbitragem e aos seus processos não se aplica a Lei 9.307/1996;⁵²⁴

Por outro lado, se considerarmos que a CCAF realiza a heterocomposição de litígios, tratando, sim, de “arbitragem” e não de “arbitramento”, poderíamos mencionar que temos vigente um exemplo de Arbitragem Tributária no Brasil. Mas, com isso, para a Advogada da União e Coordenadora Geral da CCAF, KALINE SANTOS FERREIRA, corremos dois perigos: i. A necessidade de submeter a sentença arbitral ao Advogado-Geral da União para, só assim, se tornar título executivo, vai contra o que preconiza a LArb. em seu arts. 18 e 31⁵²⁵; ii. Modelo de dualidade de jurisdição.

Sobre o primeiro ponto, não queremos mencionar, aqui, apenas sobre a sentença arbitral não depender de homologação pelo Poder Judiciário. Afinal, por uma interpretação restritiva, poderíamos dizer que o art. 18 da Lei de Arbitragem não veda a necessidade de submeter a sentença arbitral ao Advogado-Geral da União. A responsabilidade da Advocacia-Geral da União é a defesa judicial do Estado Federal, “isto é, pela representação em juízo dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como também é responsável pela orientação jurídica do Poder Executivo.”⁵²⁶ Mas, parece-nos que submeter a sentença arbitral ao crivo do Advogado-Geral da União, no mínimo, desestruturaria o instituto como um todo, especialmente no tocante à segurança jurídica. Nas palavras de KALINE SANTOS FERREIRA: “...fere a lei de arbitragem que preconiza a suficiência da decisão arbitral. Manifestação acerca de validade de um ato tem natureza de homologação e as

⁵²⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. PARECER n. 00001/2019/CCAF/CGU/AGU. NUP: 00791.000023/2015-40. Interessados: Artur Roberto Couto e outros. Assuntos: Nomeação. Disponível em: Último Anexo da presente pesquisa, nomeado por “PARECER n. 00001/2019/CCAF/CGU/AGU”.

⁵²⁵ Lei de Arbitragem, n. 9.307, de 23 de setembro de 1996: “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.” e “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. [...] 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.”.

⁵²⁶ ANAUMI, Associação Nacional dos Advogados da União. AGU – Função Essencial à Justiça. Disponível em: < <https://www.anauni.org.br/agu-funcao-essencial-a-justica/>>. Acesso em: 29 janeiro 2021.

sentenças arbitrais não podem depender de homologação sob pena de desnaturarem o instituto.”⁵²⁷

Por sua vez, a respeito do segundo ponto, comenta KALINE SANTOS FERREIRA:

[...] a legitimidade de um agente/órgão integrante do Poder Executivo exercer competência própria do Poder Judiciário merece uma análise mais acurada. Não se trata aqui de exercício de jurisdição privada expressamente regulamentada pela Lei 9.307/1996 e reconhecida pelo Código de Processo Civil, nas ações que versem sobre direito patrimonial disponível. Nesse caso específico, pretende-se criar de uma Câmara Federal, sediada na AGU, de natureza pública, portanto, exercendo função arbitral. O que temos é um projeto de criar uma jurisdição pública não exercida pelo Poder Judiciário e sim pelo Poder Executivo. Aproxima-se tal modelo, não da arbitragem prevista na Lei 9.307/1996, mas sim, da dualidade de jurisdição existente em alguns países, que autorizam esse modelo, a exemplo da França, com seus Tribunais Administrativos.

21. A dualidade de jurisdição somente foi adotada no Brasil durante o período colonial. A partir de 1891 foi adotado o modelo Anglo-Saxônico, onde os tribunais judiciários têm plenitude de competência. Desta forma, o exercício de função jurisdicional por um órgão público externo ao Poder Judiciário, nos remete a esse modelo de dualidade de jurisdição, de implantação de uma justiça administrativa, e não de uma jurisdição privada fundamentada na nossa Lei de Arbitragem.⁵²⁸

O que nos leva a acreditar, neste momento, que a CCAF não realiza a Arbitragem Tributária (heterocompositiva) e, sim, o arbitramento tributário (autocompositivo). Melhor dizendo, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal coloca em prática a autocomposição que, conseqüentemente, não contempla a Arbitragem da Lei nº. 9.307/1996.

4.2.5. Arbitragem Tributária no Estado de Mato Grosso: Análise do Projeto de Lei n. 531/2020

O Projeto de Lei nº. 531, de 10 de junho de 2020, de autoria do Deputado Estadual XUXU DAL MOLIN, estabelece a arbitragem em matéria tributária no Estado de Mato Grosso. O art. 2º do PL segue a mesma linha do disposto no art. 2º do RJAT/Portugal:

⁵²⁷ Último Anexo da presente pesquisa, nomeado por “PARECER n. 00001/2019/CCAF/CGU/AGU”.

⁵²⁸ Último Anexo da presente pesquisa, nomeado por “PARECER n. 00001/2019/CCAF/CGU/AGU”.

Artigo 2.º A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões

I – a declaração de ilegalidade de atos, de autos de infração, créditos e tributos;

II - a declaração de ilegalidade de atos em matéria tributável, de atos de determinação da base de cálculo e de atos de fixação de valores patrimoniais.

Parágrafo Único. Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade.

Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT/Portugal)

Artigo 2.º. Competência dos tribunais arbitrais e direito aplicável.

1 – A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões:

a) A declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta;

b) A declaração de ilegalidade de atos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais;

c) (*Revogada.*)

d) (*Revogada.*)

2 – Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade.⁵²⁹

No art. 7º do PL há considerações pontuais diferentes do RJAT. Enquanto o PL apresenta a possibilidade de magistrados ativos atuarem como árbitros, o RJAT, em seu art. 7º, nº. 5, exige que sejam magistrados jubilados. Ou seja, aposentados. Para tanto, deverão, inclusive, “fazer uma declaração de renúncia à condição de jubilados ou solicitar a suspensão temporária dessa condição, por um período mínimo de um ano, renovável, aplicando-se em tais casos o regime geral da aposentação pública”⁵³⁰. Em outras palavras, devem estar aposentados para poder realizar tal declaração, diferente do PL. Inclusive, no mesmo art. 7º, o PL apresenta a possibilidade de economistas, contadores e financistas atuarem como árbitros não presidentes. O RJAT deixa clara tal permissão apenas para licenciados em Gestão ou Economia.

O art. 8º do PL comete o mesmo pecado do art. 8º do RJAT no tocante ao impedimento do exercício da função de árbitro nos casos em que o profissional tiver qualquer vínculo com quaisquer

⁵²⁹ BRASIL. *Projeto de Lei nº. 231/2020*. Estabelece a Arbitragem em matéria tributária no Estado de Mato Grosso. Protocolo nº. 3.754/2020. Processo nº. 831/2020. de autoria do Deputado Estadual Xuxu Dal Molin. Disponível em: <<https://www.al.mt.gov.br/proposicao/cpdoc/80652/visualizar>>. Último acesso em: 31 janeiro 2021; PORTUGAL. *Diário da República*, 1.ª série — N.º 14 — 20 de Janeiro de 2011. Ministério das Finanças e da Administração Pública. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. p. 372. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/files/documentos/CAAD_AT-RJAT_DL_10-2011-2011-01-20.pdf>. Último acesso em: 30 janeiro 2021.

⁵³⁰ PORTUGAL. *Diário da República*, 1.ª série — N.º 14 — 20 de Janeiro de 2011. Ministério das Finanças e da Administração Pública. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. p. 372. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/files/documentos/CAAD_AT-RJAT_DL_10-2011-2011-01-20.pdf>. Último acesso em: 30 janeiro 2021.

das partes nos dois anos anteriores ao da sua indicação como árbitro. Esse período de um ano parece-nos ser claramente insuficiente. Em Portugal, há previsão parecida, com período maior, de dois anos. Período este que está sendo contestado, por ser insuficiente. RUI RIBEIRO PEREIRA⁵³¹ defende o período de cinco anos, assim como JORGE LOPES DE SOUSA.⁵³² O autor explica que, para ele, o período de dois anos previsto em Portugal não assegura distanciamento suficiente para afastar suspeições, afinal “a possibilidade de intervir como árbitro quem há mais de dois anos teve relações de trabalho ou prestação de serviço com os sujeitos passivos, causa alguma perplexidade”.⁵³³

Já o pedido de constituição de tribunal arbitral, diferente dos 90 ou 30 dias do RJAT, o PL prevê 15 dias, contados tanto a partir da constituição do crédito tributário, como a partir da última decisão de eventual recurso do ato suscetível de impugnação. Veja que, no Brasil, não costumamos mencionar “*recurso hierárquico*”, ou “*ato suscetível impugnação autónoma*”.

É inegável que o Regime Jurídico de Arbitragem Tributária de Portugal é digno de toda a admiração. Por outro lado, é bem verdade que não podemos fechar os olhos ao tentar inserir o mesmo sistema em nosso País. Estaríamos fadados a grande possibilidade de insucesso. O que acontece com um automóvel *flex* (etanol/gasolina) ao ser abastecido com diesel? De imediato, o carro irá ligar, mas, passados alguns minutos, o combustível contaminado pelo diesel vai chegar no motor. Quando chegar no motor, o automóvel vai começar a falhar, perder potência e o motor vai parar de funcionar. O prejuízo não vai ser só do motor, vai ser tanque, filtros, linha de combustível, bomba, bicos injetores e até pode afetar negativamente o propulsor. Fazer todo um sistema rodar com o combustível equivocado é o mesmo que forçar a estrutura a algo que ela não está habituada e não foi feita para tanto. O automóvel *flex* possui estrutura pré-estabelecida para o etanol ou para a gasolina. O automóvel a diesel possui a sua estrutura interna voltada para este combustível. Em outras palavras, devemos, sim, olhar para o excelente exemplo que temos a nossa frente: A Arbitragem Tributária portuguesa, mas, sem esquecer que o nosso automóvel é diferente do automóvel português. Com isso, como defende CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, devemos ousar, sem afrontar e devemos inovar, sem desprezar os grandes pilares do sistema.⁵³⁴ E, mais, sem

⁵³¹ 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.

⁵³² 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.

⁵³³ SOUSA, 2012, p. 128.

⁵³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2003. p. 21.

construir “atabalhoadamente quantidade enorme de novas leis de tão péssima qualidade que revela ignorância troglodita na arte de criar o instrumento apropriado”.⁵³⁵

As experiências estrangeiras são relevantes, especialmente a portuguesa sobre a Arbitragem Tributária, por ser um exemplo a ser seguido. Mas, não devemos deixar de adaptar tais experiências para a nossa realidade brasileira. Aqui, incluímos a importância de se ter uma norma geral sobre o assunto; lei federal, não lei estadual. Do contrário, teríamos mais de 20 formas diferentes de Arbitragem Tributária. Quicá, até mesmo, algumas tratando a AT como autocompositiva, enquanto outras como heterocompositiva.

4.2.6. Adoção de Juízo Arbitral Para Julgar os Embargos Ofertados: Análise do Projeto de Lei n. 4.257/2019

O Projeto de Lei nº. 4.257, de 6 de agosto de 2019, foi realizado pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal, pela Consultoria do Senado Federal e pela assessoria legislativa do Gabinete do Senador ANTÔNIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA. O intuito é instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, separando a Lei de Execuções Fiscais, nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980, em dois capítulos. O primeiro capítulo permaneceria com os dispositivos, enquanto o segundo capítulo daria lugar aos novos dispositivos. Estes novos dispositivos apresentam a possibilidade de os embargos à execução serem processados por meio da arbitragem. Sendo necessário que o devedor garanta a execução por meio de fiança bancária, depósito em efetivo ou, ainda, seguro garantia (arts. 16-A e 41-T). O que permite o Fisco receber, caso vença, o valor devido de imediato.

Para o PL, a via judicial deve ser acionada apenas “a intervenção do juiz for considerada imprescindível para garantir a proteção a um direito fundamental do cidadão”. Este caráter de imprescindibilidade não está nos casos da execução fiscal “dos tributos que são devidos em razão da propriedade, posse ou usufruto de bens imóveis passíveis de alienação ou da

⁵³⁵ BECKER, 1998, p. 9.

propriedade de veículos”.⁵³⁶

O seu art. 16-A equipara a Arbitragem Tributária com a Arbitragem da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Adiantamos que tal equiparação pode causar certo tumulto entre os institutos e criar mais óbices à inserção do instituto da Arbitragem Tributária no Brasil. Por exemplo, o art. 16-C do próprio PL em comento. Nele, há a prescrição de o processo arbitral tributário ser público, ao passo que, em regra⁵³⁷, há confidencialidade na arbitragem. Logo, é interessante termos em mente a AT é um instituto à parte, justamente por precisar seguir outros ditames que não estão dentre os originais previstos pela Lei de Arbitragem brasileira. Voltando ao art. 16-A, seria relevante pequena emenda no que diz respeito à suspensão da exigibilidade do crédito tributário:

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, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário em âmbito judicial, respeitados os requisitos a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.

Não gerando, assim, quaisquer dúvidas a respeito da concomitância do processo judicial com o arbitral.

Por sua vez, o art. 16-B proíbe que o mesmo árbitro decida mais de um processo por ano se: i. for do mesmo particular ou ii. for do mesmo grupo econômico que o particular faça parte. Estivemos no gabinete do Senador OTTO ALENCAR, antes de o seu Relatório Legislativo ser proferido e falamos, justamente, sobre este ponto do PL. Foi sugerido de 2 a 5 anos, como está em discussão portuguesa.⁵³⁸ Inclusive, vale ressaltar que este ponto foi alvo de análise pelo Senador WEVERTON ROCHA. Quando do Relatório Legislativo, no dia 17 de outubro de 2019, verificou-se

⁵³⁶ Projeto de Lei nº. 4.257/2019, autoria do Senador Antônio Anastasia. Justificativa. p. 11. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 7 de agosto de 2019.

⁵³⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *A confidencialidade na arbitragem*. V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, 197 ss., p. 201.

⁵³⁸ RUI RIBEIRO PEREIRA defende o período de cinco anos, assim como JORGE LOPES DE SOUSA. Este autor explica que, para ele, o período de dois anos previsto em Portugal não assegura distanciamento suficiente para afastar suspeições, afinal “*a possibilidade de intervir como árbitro quem há mais de dois anos teve relações de trabalho ou prestação de serviço com os sujeitos passivos, causa alguma perplexidade*”. Cf.: 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.

que a sugestão de 2 anos foi considerada. Apesar de, ainda, parecer-nos ser pouco tempo, é melhor do que apenas um ano:

[...] o prazo constante do PL de apenas um ano, poderá ser muito exíguo para alguns processamentos, podendo ser sugerido, a exemplo do Direito Português, ao reger essa mesma matéria, o prazo de dois anos para que o árbitro possa decidir mais de um processo de um mesmo particular ou grupo econômico do qual ele faça parte.⁵³⁹

A emenda feita pelo Senador WEVERTON ROCHA, no dia 14 de agosto de 2019, modificou o art. 16-C, incluindo questões relevantes. Ao passo que, acabou retirando do art. 16-C parte importante no que diz respeito aos requisitos para ser árbitro de controvérsia tributária, quais sejam: i. reconhecida idoneidade; ii. competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais. Parece-nos que há necessidade de manter não apenas o requisito da idoneidade, mas, também, a necessidade de experiência, principalmente na área tributária. Dessa forma, manter-se-ia uma das maiores vantagens da arbitragem tributária. Vantagem essa que respalda muitas justificativas de adoção por tal mecanismo. A qualidade e tecnicidade das sentenças arbitrais.

Portanto, seria importante manter tanto o requisito da idoneidade, como a exigência mínima de experiência no âmbito tributário. Seguindo como exemplo o RJAT:

- 1 – Os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público.
- 2 — Os árbitros devem ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio.
- 3 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, nas questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, pode ser designado como árbitro não presidente um licenciado em Economia ou Gestão, observando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.os 1 e 2.
- 4 — A lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa é elaborada nos termos do presente decreto-lei e dos Estatutos e Regulamento do Centro de Arbitragem Administrativa.
- 5 — Os magistrados jubilados podem exercer funções de árbitro em matéria tributária, devendo, para o efeito, fazer uma declaração de renúncia à condição de jubilados ou solicitar a suspensão temporária dessa condição, por um período mínimo de um ano, renovável, aplicando-se em tais casos o regime geral da aposentação pública. (Aditado)

⁵³⁹ BRASIL. *Relatório Legislativo Senador Otto Alencar*. 17/10/2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8026794&ts=1594035702330&disposition=inline>>. Último acesso em: 30 janeiro 2021.

pele artigo 14.º da Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, em vigência desde 15 de maio de 2012)

Interessante delimitar o início do processo arbitral, por mais claro que seja acontecer na data da constituição do tribunal arbitral. Do mesmo modo, os princípios basilares que permeiam o processo arbitral. Como exemplo:

Princípios processuais

Constituem princípios do processo arbitral:

- a) o contraditório, assegurado, designadamente, através da faculdade conferida às partes de se pronunciarem sobre quaisquer questões de facto ou de direito suscitadas no processo;
- b) a igualdade das partes, concretizado pelo reconhecimento do mesmo estatuto substancial às partes, designadamente para efeitos do exercício de faculdades e do uso de meios de defesa;
- c) a autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação das regras a observar com vista à obtenção, em prazo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas;
- d) a oralidade e a imediação, como princípios operativos da discussão das matérias de facto e de direito;
- e) a livre apreciação dos factos e a livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, de acordo com as regras da experiência e a livre convicção dos árbitros;
- f) a cooperação e boa fé processual, aplicável aos árbitros, às partes e aos mandatários;
- g) a publicidade, assegurando-se a divulgação das decisões arbitrais devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito.⁵⁴⁰

Tanto o art. 16-D, como o art. 16-E, regulamentam as despesas: i. custas e; ii. honorários advocatícios. Outra questão que pode vir a causar certa polémica é o art. 16-F, que prevê, claramente, a vinculação de certos precedentes. O Senador OTTO ALENCAR, em seu Relatório Legislativo, incluiu o art. 16-G, conforme sugerido, sobre reforçar ter a sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial.

⁵⁴⁰ PORTUGAL. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária* (RJAT). Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/codigos/rjat.html>>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

Como comentamos em outra oportunidade⁵⁴¹, por meio de uma visão acadêmica, ou seja, científica, que preza pela análise crítica⁵⁴², parece-nos que o Projeto de Lei nº. 4.257/2019 não está em harmonia como o RJAT, que preza pelo equilíbrio entre as partes litigantes.

4.2.7. Arbitragem e Transação Tributárias no Brasil: Análise dos Projetos de Lei n. 4.468 do Ano de 2020 e n. 469 do Ano de 2009

A partir desta análise, verificaremos a importância de delimitar a conversa: i. ou sobre arbitragem tributária; ii. ou sobre transação tributária. Enquanto aquela é heterocompositiva, esta é autocompositiva.

O Projeto de Lei nº. 4.468, 3 de setembro de 2020 é de autoria da Senadora DANIELLA RIBEIRO (PP/PB). Este institui uma espécie da Arbitragem Tributária, denominada Arbitragem Especial Tributária (AET). Aliás, acreditamos que não podemos tratar tal Arbitragem Especial Tributária como espécie, mas, sim, como qualquer outro meio autocompositivo que, conseqüentemente, não está conectado à Arbitragem Tributária que estamos, aqui, estudando. Afinal, esta é heterocompositiva e, claramente, não é o caso da Arbitragem Especial Tributária tratada pelo Projeto de Lei. Afinal, ao final da sua redação, em seu art. 13, resta prescrita a aplicação subsidiária do disposto na Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020. Ora, mesmo que seja subsidiária, tal lei remete a um método autocompositivo de resolução de conflitos, que nada tem a ver com o método heterocompositivo da Arbitragem, muito menos da Arbitragem Tributária. Nos parece que este projeto trata, em verdade, de um negócio jurídico processual. Neste caso, o termo “arbitragem” deveria ser retirado do Projeto de Lei. Ou trocado, quiçá, pelo termo, então, “arbitramento”. Ficando, assim, “Arbitramento Especial Tributário”.

Mas, seguindo o que está descrito no Projeto de Lei, apesar de discordarmos com a denominação escolhida, a Arbitragem Especial Tributária “poderá ser instaurada no curso da

⁵⁴¹ PASINATTO, Ana Paula. *PL sobre arbitragem tributária não preza pelo equilíbrio entre as partes litigantes*. Conjur. Opinião. 9 de agosto de 2019. Disponível em: < ConJur - Ana Pasinato: PL sobre arbitragem tributária desequilibra litigantes>. Acesso em: 8 setembro 2020.

⁵⁴² “...a crítica e o debate são os únicos meios de chegar mais perto da verdade”. 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. 26-31.

fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato”. Em outras palavras, o Projeto de Lei está em harmonia com o posicionamento de OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO ao mencionar que:

11. mesmo ainda existindo divergências quanto ao cabimento de arbitragem em matéria tributária, seria, contudo, mais aceitável a utilização excepcional, com expressa previsão legal, de arbitragem, para solucionar, apenas, dúvida sobre questão de fato de evidente indeterminação, verificada nos casos em que os textos normativos não permitam adequada exatidão sobre as hipóteses alcançadas ou sobre os procedimentos exigidos, e requeiram conhecimentos técnicos especializados para sua compreensão.⁵⁴³

Ou seja, matérias de direito estão automaticamente excluídas do Projeto de Lei e a AET é um método de prevenção de conflitos. Perdoemos a repetição, mas, novamente, a arbitragem, tal qual conhecemos, não deve ser vista como um meio que previne conflitos. O judiciário é visto como meio de prevenção de conflitos? Meios que previnem conflitos são os autocompositivos. Frise-se: o certo seria tratar como “Arbitramento Especial Tributário”, não mencionando a Lei de Arbitragem brasileira. Eis a razão pela qual estamos completamente de acordo com JOSÉ TELLINI TOLEDO ao colocar a sua posição:

[...] parece-me haver uma confusão de conceitos ao tratar a “prevenção de conflitos” como uma “forma de solução do próprio conflito”.
A arbitragem se apresenta como uma forma da solução dos conflitos, mas jamais de procedimentos prévios onde sequer existe qualquer conflito. O que temos, na melhor das hipóteses, são atos preventivos, cujos institutos não se confundem.⁵⁴⁴

Mais adiante, no parágrafo único do primeiro artigo, consta que tal procedimento “não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.”. Olhando de um ponto de vista ortográfico, tal passagem é curiosa e pode levar à ambiguidade, tendo em vista que, quando

⁵⁴³ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. In.: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84.

⁵⁴⁴ TOLEDO, José Tellini. Arbitragem Tributária e o PL 4.468/2020. *Jota*. 9 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020-09092020>>. Acesso em: 12 dezembro 2021.

mencionamos crédito tributário, automaticamente mencionamos a constituição por meio do lançamento. Logo, mencionar “*casos de crédito tributário que já tenha sido constituído*” é, no mínimo, equivocado. Tiramos duas concepções da passagem: i. o crédito tributário pode não ter sido constituído e; ii. o crédito tributário já foi constituído. Dessas duas concepções, as duas estão tão erradas que preferimos não optar por uma mais certa do que a outra. O correto seria, então, mencionar “não poderá ser instaurado nos casos em que ocorre a formalização da obrigação tributária por meio do lançamento”, com isso, estamos mencionando a constituição do crédito tributário. Lembrando que o crédito tributário não tem como não ter sido constituído, afinal, é crédito tributário. Este formaliza a obrigação tributária por meio do lançamento. A partir do momento que acontece o lançamento, a obrigação tributária é “transformada”⁵⁴⁵ em crédito tributário:

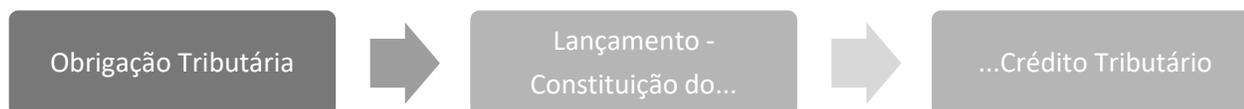


Figura 10

Para além do ponto de vista ortográfico, temos o ponto de vista acadêmico, prático, relacionado ao tempo, ao mérito e à abrangência da Arbitragem Tributária, proposto por MARCELO RICARDO ESCOBAR, com o qual concordamos:

- i) Quando ao tempo:
 - a) Preliminarmente à constituição do crédito tributário; ou
 - b) Subsequentemente à constituição do crédito tributário.
- ii) Quanto ao mérito:
 - a) Direta: analisando diretamente as questões tributárias; ou
 - b) Indireta: quando dos laudos arbitrais surge um novo fato jurídico tributário.
- iii) Quando à abrangência:
 - a) Interna: entre os próprios entes federativos pátrios, ou entre Administração e contribuintes nacionais;
 - b) Internacional estatal: para dirimir questões envolvendo acordos destinados a evitar a dupla tributação; ou
 - c) Internacional mista: quando envolver um Estado e um ente privado estrangeiro (acordos de investimento).⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 178.

⁵⁴⁶ ESCOBAR, 2017, p. 31.

Logo, como concordamos com a subdivisão da Arbitragem Tributária proposta pelo AUTOR, não nos parece coerente a limitação imposta pelo Projeto de Lei 4.468/2020 no tocante à arbitrabilidade objetiva da matéria tributária.

Por sua vez, o art. 3º, em seu inciso II menciona que a Arbitragem Especial Tributária obedecerá às regras de direito brasileiro. Não nos parece certo. Afinal, uma das muitas vantagens da arbitragem é, justamente, as partes poderem acordar sobre o direito aplicável. Como uma saída, para ficar mais condizente com a realidade, parece-nos que deveria constar, ao invés de “II – obedecerá às regras de direito brasileiro”, “II – na falta de acordo das partes sobre o direito aplicável, prevalecerá as regras do direito brasileiro”. Outra sugestão ortográfica que nos parece importante, aliás, duas outras, é sobre os incisos V e VI do art. 3º. É bem verdade que o nosso estatuto processual civil utilizava a terminologia “laudo arbitral”. Mas, tal terminologia caiu em desuso. Hoje, pela sentença arbitral ser equiparada à sentença judicial, utilizamos tão somente “sentença arbitral” ao invés de “laudo arbitral”. Mas, o PL em comento utiliza ambas as terminologias, o que não nos parece correto. E, mais, sentença arbitral refere-se à arbitragem, sentença arbitral tributária refere-se à Arbitragem Tributária. Agora, se foi utilizada a terminologia “laudo arbitral” com o intuito de se tratar de instituto diverso da arbitragem (o que não parece ser o caso), poderíamos aceitar. De qualquer forma, deve ser escolhida apenas uma terminologia. Ou “laudo”, ou “sentença”.

Com relação aos incisos VII, VIII e seguintes do referido art. 3º, há relevante desequilíbrio entre as partes, cometendo o mesmo pecado do Projeto de Lei n. 4.257/2019. Lembrando que, se trouxermos a Lei n. 9.307/1996 – como trouxeram na justificativa do PL em comento, estamos tratando da arbitragem, meio heterocompositivo, que preza, acima de tudo, pela igualdade entre as partes.⁵⁴⁷ No mesmo art. 3º, em seu inciso XII, há a seguinte menção: “a arbitragem especial será necessariamente institucional, podendo o ato de regulamentação credenciar as instituições ou câmaras arbitrais competentes para processar as controvérsias tributárias reguladas nesta Lei.”, seguido de requisitos a serem preenchidos pela instituição que processará a AET. Neste ponto,

⁵⁴⁷ "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. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. [...]". BRASIL. Lei Nº 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 de setembro de 1996. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9307&ano=1996&ato=121IzZq1UMJpWT25d>>. Último acesso em: 29 janeiro 2021.

ficamos em dúvida sobre como se dará este credenciamento, quem fará este ato de regulamentação e como seria visto, novamente, o equilíbrio entre as partes. Ainda, dentre os requisitos a serem preenchidos pela instituição que processará a AET está a constituição “há pelo menos oito anos”. Oito anos nos parece, hoje, ser pouco tempo para que essa instituição preencha o quarto requisito: “ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais”. Deveria ser ajustado para que estes dois requisitos, incisos II e IV, possam efetivamente conversar, ficar em sintonia.

O art. 4º do PL menciona ser necessário que o tribunal arbitral seja formado por três árbitros. Três árbitros são designados, geralmente, para casos especiais em que a solução necessita de três especialistas de áreas distintas para sentenciar da melhor forma a controvérsia. Tendo este pensamento por base, nos parece que negar a possibilidade de árbitro único está na mesma linha que restringir o acesso à justiça. Não é este o pensamento que devemos ter quando defendemos a introdução da Arbitragem Tributária no ordenamento jurídico brasileiro. Devemos voltar os nossos olhos e pensar nas causas de pequeno valor. Financeiramente conjecturando, é desnecessário três árbitros no tribunal arbitral para decisões sobre causas de menor valor econômico. Por outro lado, a redação do PL confunde, novamente, o leitor, ao mencionar em seu art. 6º, inciso II, “a obrigatoriedade de que o árbitro ou os árbitros”. Logo, por uma interpretação extensiva⁵⁴⁸ do português claro, posso compreender que, ao passo em que há a vedação de árbitro único pelo art. 4º, há, indiretamente, a consideração de árbitro único pelo art. 6º, inciso II.

O parágrafo quinto do art. 4º parece ir contra outra vantagem característica da Arbitragem Tributária: a maior tecnicidade das sentenças arbitrais tributárias. Afinal, se é necessário a presença de três profissionais como árbitros para compor o tribunal arbitral, por qual motivo é possível atuarem como árbitros apenas bacharéis em direito? E bacharéis em contabilidade como árbitros não presidentes? Ou em economia, como é permitido em Portugal⁵⁴⁹? Gestão? Finanças? Parece-

⁵⁴⁸ “A interpretação extensiva, despojando o conceito das particularidades e circunstâncias especializantes em que se encontra excepcionalmente encerrado, eleva-o a um princípio que abarca toda a generalidade das relações, dando-lhe um âmbito e uma compreensão que, perante a simples formulação terminológica, parecia insuspeitada. [...] As omissões no texto legal, com efeito, nem sempre significam exclusão deliberada, mas pode tratar-se de silêncio involuntário, por imprecisão de linguagem. A interpretação extensiva é um dos meios mais fecundos para o desenvolvimento dos princípios jurídicos e para o seu reagrupamento em sistema. E como a interpretação extensiva não é mais do que reintegração do pensamento legislativo, aplica-se a todas as normas, sejam embora de carácter excepcional ou penal.”. FERRARA, Francesco. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. 4.ed. Coimbra: Sucessor Arménio Amado, 1987. p. 150-151.

⁵⁴⁹ “Art. 7º: Requisitos de designação dos árbitros. 1 — Os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público. 2 — Os árbitros devem ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do

nos que o requisito do §5º, art. 4º, encontra-se, no mínimo, vago. E, mais, totalmente contrário ao inciso II do §9º, art. 4º, que prescreve:

[...] deter conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio a ser dirimido, jurídico ou não, sendo essencial, no mínimo, dez anos de comprovada experiência profissional na área de atuação, bem como duas graduações em nível técnico ou superior ou uma graduação e uma pós-graduação em instituições de ensino nacionais ou estrangeiras cuja titulação tenha sido reconhecida no Brasil;

Ora, se o conhecimento pode, ou não, ser jurídico, por qual motivo, obrigatoriamente, os três árbitros precisam ser bacharéis em direito? Não nos parece coerente, muito menos quando o inciso II menciona “dez anos de comprovada experiência profissional na área de atuação”. Então, se a área de atuação do profissional é em economia, por 15 anos, com doutorado e pós-doutorado, mas, não possui bacharelado em direito, não pode atuar como árbitro? Mesmo o caso precisando especificamente de um economista, não há possibilidade? O PL tomou o cuidado de não ofender o Código Tributário Nacional.⁵⁵⁰ Em contrapartida, parece ofender a Lei de Arbitragem brasileira, tantas vezes comentada na própria justificativa do PL.

Encontramos, no 7º enunciado prescritivo, a impossibilidade de o contribuinte buscar por seus direitos pela via administrativa, caso escolha a AET. Em outras palavras, “a assinatura do compromisso arbitral [...] impede instauração de processo administrativo ou qualquer medida de fiscalização relacionadas às questões de fato e de direito objeto do procedimento arbitral”. Com essa prescrição do art. 7º, percebemos, novamente, novas e repetidas contradições no PL. A primeira, como vimos e sabemos, sobre restar mencionada a Lei de Arbitragem por diversas vezes

exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio. 3 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, nas questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, pode ser designado como árbitro não presidente um licenciado em Economia ou Gestão, observando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.os 1 e 2. [...]”. PORTUGAL. *Diário da República*, 1.ª série — N.º 14 — 20 de Janeiro de 2011. Ministério das Finanças e da Administração Pública. Decreto-Lei n.º 10, de 20 de janeiro de 2011. p. 372. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/files/documentos/CAAD_AT-RJAT_DL_10-2011-2011-01-20.pdf>. Último acesso em: 29 janeiro 2021.

⁵⁵⁰ “Nesse contexto e como forma de introduzir a arbitragem especial tributária, sem que haja questionamento de sua legitimidade por falta de previsão do instituto no CTN, o presente anteprojeto traz possibilidade de adoção da arbitragem especial na solução de controvérsias fiscais, não abrangendo crédito fiscal constituído e, portanto, sem conflitar com a legislação vigente”. BRASIL. Projeto de Lei n.º 4.468, 3 de setembro de 2020. Senadora Daniella Ribeiro (PP/PB). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1601920498113&disposition=inline>>. Último acesso em: 29 janeiro 2021.

no decorrer do PL. Se este resolveu tratar o meio complementar da AET como heterocompositivo, não há razão para retirar a via administrativa do contribuinte. Afinal, a arbitragem se equivale ao judiciário. Ou seja, não vemos qualquer problema de o contribuinte recorrer à arbitragem ou ao judiciário, após a sua tentativa frustrada na via administrativa. Teríamos, neste caso, o seguinte esquema:

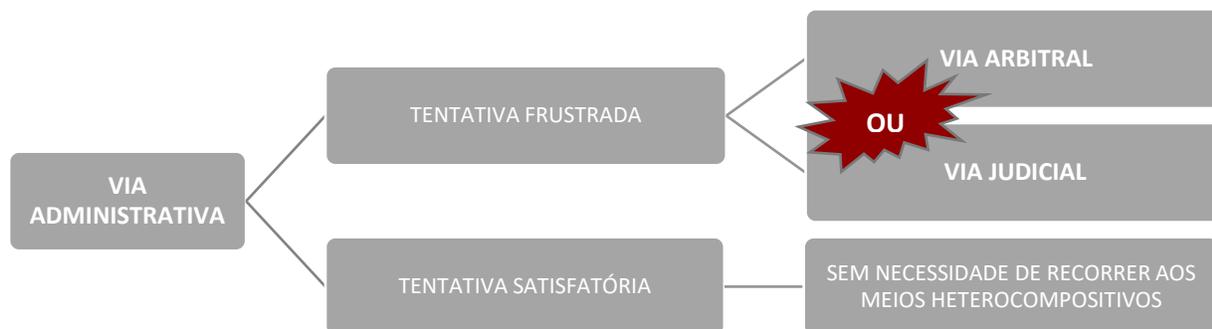


Figura 11

Concordamos com FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS ao mencionar: “No que respeita especificamente à possibilidade de arbitragem no procedimento tributário, se se exige alternatividade desta em relação à jurisdição do Estado, não é admissível a utilização da arbitragem em prejuízo do recurso administrativo”.⁵⁵¹

Por outro lado, este art. 7º é mais um motivo para refletirmos no sentido de considerar essa AET como autocompositiva. Sendo irrazoável o PL mencionar, inúmeras vezes, a Lei de Arbitragem brasileira, enquanto, em realidade, se trata de qualquer outro meio autocompositivo que não a arbitragem tal qual conhecemos.

O Projeto de Lei Complementar nº. 469, de 20 de abril de 2009, possibilita a adoção da arbitragem e um modelo mais amplo de transação tributária. É bem verdade que foco maior deste PLP é a transação tributária, diferente daquele. Mas, vale estudarmos por se tratar de um exemplo do que seria uma Lei Complementar versando sobre a Arbitragem Tributária.

O art. 1º realiza algumas alterações no Código Tributário Nacional, entre elas: i. no art. 156, incluindo o “laudo” arbitral como forma de extinção do crédito tributário; ii. acrescenta o art. 171-A, permitindo que a lei adote “a arbitragem para a solução de conflito ou litígio, cujo laudo arbitral será vinculante”; iii. acrescenta o inciso V no parágrafo único do art. 174, estabelecendo a

⁵⁵¹ DOMINGOS, 2016, p. 453.

interrupção da prescrição “pela admissão em procedimento de transação ou arbitragem, ou pelo descumprimento das obrigações constantes do termo de transação ou do laudo arbitral.”.⁵⁵²

Quando do Relatório do Deputado JOÃO MAIA, este salientou seu voto pela aprovação do PLP, especialmente do ponto de vista econômico, por caminhar “em um sentido favorável ao Fiscal e ao contribuinte”. Com ressalvas no sentido de restar especificado que o laudo arbitral será vinculante “para as partes”. Sem confundir, assim, “com a vinculação do caso específico arbitrado a casos semelhantes”.⁵⁵³

Ressaltamos que o Projeto de Lei nº. 5.082 de 20 de abril de 2009, apensado ao Projeto de lei nº. 2.412 de 12 de novembro 2007, dispõem especificamente sobre a transação tributária. Eis a razão pela qual não foi, aqui, analisado.⁵⁵⁴

⁵⁵² BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº. 469, de 20 de abril de 2009*. Poder Executivo. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648724&filename=PLP+469/2009>. Acesso em: 22 dezembro 2020.

⁵⁵³ BRASIL. *Relatório Deputado João Maia Projeto de Lei Complementar nº. 469/2009*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=886815&filename=Parecer-CDEIC-09-06-2011>. Acesso em: 22 dezembro 2020.

⁵⁵⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº. 5.082 de 20 de abril de 2009*. Poder Executivo. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências.. Apensados ao Projeto de Lei nº. 2.412 de 12 de novembro de 2007. Poder Executivo: Brasília, DF, 10 dezembro 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>>. Acesso em: 20 março 2020. Cf.: FILHO, Oswaldo Othon Pontes de Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco. *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*; homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Minas Gerais: Fórum, 2008. pp. 507.

PALAVRAS FINAIS

“O tempo é um rato roedor das cousas, que as diminui ou altera no sentido de lhes dar outro aspecto.”⁵⁵⁵
(Machado de Assis)

No decorrer da nossa viagem, passamos por diversos pontos. Em cada um deles aprendemos algo ou, melhor dizendo, aprimoramos algo. Buscando resumir, podemos mencionar que esta pesquisa chegou nas seguintes conclusões:

1. O caráter conjectural do conhecimento humano não alcança o verdadeiro conhecimento. Premissas antes consideradas óbvias devem, agora, ser tidas como falaciosas. Isso porque, apesar de serem, à época, provisoriamente provadas verdadeiras, partiram de conjecturas restritas ao conhecimento humano daquele determinado tempo e daquele determinado espaço. A necessidade impõe o conjecturar. A necessidade move o pensar e aumenta as oportunidades de discussão;
2. O Poder Judiciário brasileiro encontra-se dentro de um ciclo de melancolia, quase imperceptível, ao passo que, quando analisado, perceptível. Criamos e denominamos de Triângulo Melancólico do Poder Judiciário. É sabido que o Conselho Nacional de Justiça realiza a manutenção anual das metas nacionais a serem adotadas. Mas, esta não é a solução da raiz do problema. O problema são as vias de acesso que a sociedade possui para buscar valer os seus direitos diante da cultura do litígio. Frente ao atual Triângulo Melancólico do Poder Judiciário brasileiro, a arbitragem tributária deixa de ser uma faculdade e passa a ser uma necessidade;
3. A arbitragem tributária não descongestionará o Poder Judiciário. De acordo com os dados do CNJ, a movimentação processual deixa clara a dificuldade para a diminuição da taxa de congestionamento. A arbitragem tributária será, em realidade, uma via complementar⁵⁵⁶ de resolução das controvérsias tributárias⁵⁵⁷. De certo modo, uma solução para a

⁵⁵⁵ ASSIS, Machado de. *Esaú e Jacó*. Introd. M. Cavalcanti Proença. 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2001. p. 27

⁵⁵⁶ Preferimos, aqui, se referir à arbitragem como meio “complementar”, ao invés de meio “alternativo” ou meio “adequado”, concordando com a doutrina portuguesa na pessoa do Professor Francisco Nicolau Domingos. Para tanto, recomendamos a leitura de sua obra publicada no Brasil – *Métodos alternativos de resolução de conflitos tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

⁵⁵⁷ Para GERALDO ATALIBA: “[...]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

desjudicialização de demandas, retirando assuntos que estão desnecessariamente tramitando pelo Poder Judiciário, visando maior efetividade na cobrança da dívida ativa e, conseqüentemente, aumentando a arrecadação fiscal;

4. Quando falamos de Arbitragem Tributária, estamos falando do instituto da arbitragem somado com o Direito Tributário;
5. A autocomposição, como a transação e a negociação, não é o foco da presente pesquisa pelo fato de considerarmos a arbitragem, método complementar heterocompositivo de resolução de controvérsias, o mais certo e coerente para resolver os conflitos tributários;
6. A Arbitragem Tributária carece de consolidação no Brasil. Verificamos que razão para tanto se deve aos seus fundamentos serem considerados, pela doutrina, óbvios demais para merecer uma análise crítica. Como a indisponibilidade do crédito tributário, que deixa de ser um fundamento óbvio a partir do momento em que há especulações sobre o caráter disponível do crédito tributário, o qual é interesse público secundário;
7. A comodidade de simplesmente seguir e, pior, acatar o que é “óbvio”, segundo ALFREDO AUGUSTO BECKER, é o que leva o Direito Tributário à desgraça.⁵⁵⁸ Qualquer entendimento, mesmo que evidentemente “fácil” por estar dentro do campo de conhecimento de determinado ser humano, não deve ser aceito como demasiado “óbvio”. Deve ser analisado, questionado e, se passível de críticas, criticado. Devemos edificar o Direito Tributário em análises críticas do “óbvio”, lançando redes no fundo do mar, passando de meras superficialidades. Recolhendo outras verdades que nos dê asas a aventuras pelas críticas mais profundas das noções disseminadas;
8. Não se sabe qual o campo correto de aplicação do termo “indispor”, em que momento algo deixa de ser “disponível” e passa a ser “indisponível”. Se estivessem claro e bem delineado o início e o término do campo de aplicação, o caráter “indisponível” do crédito tributário não seria, hoje, algo sujeito à falseabilidade. Enunciados básicos passaram a contradizê-lo, deixando de ser uma teoria totalmente válida;
9. Os interesses públicos primários são aqueles que dependem da arrecadação, são os

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

⁵⁵⁸ BECKER, op. cit., p. 10.

verdadeiramente considerados indisponíveis, sendo indispensável o regime público. Já os interesses públicos secundários instrumentalizam os primários. Ou seja, eles existem para que haja a satisfação dos interesses públicos primários. Em outras palavras, os interesses públicos secundários são os próprios interesses relativos à arrecadação tributária, à pecúnia, ao crédito tributário. Portanto, estes são disponíveis e arbitráveis, enquanto os interesses públicos primários são indisponíveis e inarbitráveis;

10. Por mais que o crédito tributário fosse, de fato, indisponível, está com a razão OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO ao mencionar que “*nada impede que lei específica do ente titular da competência tributária venha a autorizar a utilização da arbitragem*”.⁵⁵⁹ No caso, bastaria lei para que a arbitragem tributária fosse consolidada no Brasil⁵⁶⁰;
11. Usar o princípio da indisponibilidade do crédito tributário para barrar a arbitragem em matéria tributária é, no mínimo, excluir um direito dos cidadãos. Assim como os juízes togados, os árbitros julgarão conforme o direito aplicado ao caso concreto;
12. Voltando os olhares para as legislações estrangeiras, há duas saídas para o nosso pensamento brasileiro sobre a inserção da Arbitragem em matéria tributária no Brasil: i. permanecer no tocante à arbitrabilidade objetiva, referente aos “*direitos patrimoniais disponíveis*”, sabendo ser o crédito tributário disponível por ser interesse público secundário ou; ii. considerar como exemplo Portugal e Alemanha, no sentido de não possuírem o critério da disponibilidade quando se trata de matéria patrimonial. A patrimonialidade basta para submeter uma questão à resolução pela via arbitral;
13. Costumamos defender a inserção da Arbitragem Tributária no Brasil justificando a disponibilidade do crédito tributário. Entretanto, tal discussão é irrisória por, resumidamente, dois motivos. Primeiro, pela implementação do meio heterocompositivo mesmo com permissão positiva portuguesa. Segundo, pela permissão negativa constitucional e infraconstitucional brasileira. Acreditamos que a discussão sobre a

⁵⁵⁹ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A constitucionalidade da nova lei de arbitragem. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 17, pp. 44–48, fev., 1997. p. 44-45.

⁵⁶⁰ “Se a lei expressamente autorizar a resolução de conflitos tributários por meio da arbitragem, ao contrário de afronta ao interesse público, estaremos diante de forma de sua realização. Não é porque em determinadas sentenças arbitrais os interesses secundários da Administração possam deixar de ser atendidos que haverá mácula ao interesse público. A resolução célere dos conflitos tributários, por árbitros imparciais e com profundo conhecimento técnico, reduzindo a taxa de congestionamento do Poder Judiciário, ao contrário de macular o interesse público, privilegia-o.” VALLE Mauricio Dalri Timm do; PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem Tributária no Brasil e o Interesse Público: um novo mito da caverna? In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018. p. 298.

- (in)disponibilidade do crédito tributário não afetará a inserção do meio heterocompositivo no Brasil;
14. A arbitragem não macula o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Apesar de a arbitragem possuir natureza jurisdicional, ela é facultativa⁵⁶¹;
 15. A Arbitragem Tributária, em Portugal, é espécie da arbitragem voluntária, gênero;
 16. A mencionada irrecorribilidade da sentença arbitral tributária não viola qualquer princípio constitucional.⁵⁶² Ao contrário, fortalece a questão da celeridade, do acesso à justiça em tempo razoável;
 17. Não deve a instituição da arbitragem no Direito Fiscal ser considerada como enorme alteração, pois, não é. Os próprios mecanismos de arbitragem já estão, desde logo, previstos no Direito Fiscal Internacional⁵⁶³;
 18. Concluir que a indisponibilidade do crédito tributário é uma barreira para a arbitragem tributária é, no mínimo, compreender que julgar é dispor do crédito tributário, questionando a própria função dos juízes togados;
 19. Tanto a arbitrabilidade objetiva quanto a arbitrabilidade subjetiva restam devidamente preenchidas, sendo possível que as controvérsias tributárias sejam resolvidas mediante a arbitragem;
 20. Apesar de termos realizado duas propostas durante a feitura da presente pesquisa, uma de Lei Ordinária e a outra de Lei Complementar, concordamos com MARCELO RICARDO ESCOBAR no tocante à necessidade de complementação no art. 156 do CTN⁵⁶⁴. Que trata

⁵⁶¹ Salientamos que, para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA “*não está em causa a privatização da função jurisdicional*”, mas, sim, “*a cooperação do Estado com os particulares no âmbito do exercício da função jurisdicional da arbitragem*.”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa – Anotada*. v.II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 507.

⁵⁶² “*A irrecorribilidade das decisões arbitrais não violará princípios constitucionais. Com efeito, não obstante este regime subtrair à jurisdição dos tribunais judiciais as questões julgadas por tribunais arbitrais – que, de outra forma e por via do recurso, teriam sempre a possibilidade de se pronunciar sobre as mesmas – a consagração plena e não subsidiária dos tribunais arbitrais na Constituição impedirá, no meu ponto de vista, juízos de inconstitucionalidade deste regime*”. NÚNCIO, 2010, p. 63-71.

⁵⁶³ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estimula a utilização de meios alternativos como a arbitragem para a solução de litígios tributários, igualmente a *International Fiscal Association* e Câmara de Comércio Internacional (CCI) e a Assembleia Geral das Nações Unidas recomendou a todos os seus Estados-Membros.

⁵⁶⁴ “*Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado. XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)*

sobre as formas de extinção do crédito tributário. Menciona o AUTOR: “A arbitragem é hipótese clara de extinção do crédito tributário no bojo do próprio CTN”.⁵⁶⁵ De fato, realmente, é. Afinal, como bem explica o AUTOR, há, no inciso X⁵⁶⁶, do art. 156 do CTN, a possibilidade de extinção do crédito tributário por meio de decisão judicial passada em julgado. Ora, se a Lei de Arbitragem brasileira, em seu art. 31⁵⁶⁷, e o Código de Processo Civil, no inciso VII do art. 515⁵⁶⁸, “equiparam a sentença arbitral ao título executivo judicial, ou seja, à decisão judicial transitada em julgado”⁵⁶⁹, não há que se falar que o CTN não permite a extinção do crédito tributário por meio da sentença arbitral;

21. Devemos olhar para o exemplo de outros países, mas, sem desprezar os grandes pilares do nosso sistema, do nosso País. Ou seja, a Arbitragem Tributária vigente em Portugal é, sim, um grande exemplo a ser considerado por nós, brasileiros. Mas, ao internacionalizá-la, devemos tomar cautela com os pilares de nosso sistema⁵⁷⁰;
22. Acreditamos que a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal coloca em prática a autocomposição que, conseqüentemente, não contempla a Arbitragem da Lei nº. 9.307/1996.

Por fim, a presente pesquisa apresenta incontestáveis relevância e importância para a ciência do direito, em especial para a ciência do Direito Tributário brasileiro, enquanto corpo do conhecimento didaticamente autônomo. De igual forma, também apresenta inegável relevância prática na efetivação de direitos fundamentais. Necessitamos de um urgente repensar. Desde os paradigmas e dogmas existentes no Direito Tributário, até em medidas para solucionar a elevada taxa de congestionamento.

Parafraseando MACHADO DE ASSIS e ALEXANDRE KOYRÉ⁵⁷¹, o tempo, como um rato roedor,

(Vide Lei nº 13.259, de 2016) *Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.*”.

⁵⁶⁵ ESCOBAR, 2018, p. 232.

⁵⁶⁶ “X - a decisão judicial passada em julgado.”.

⁵⁶⁷ “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.”.

⁵⁶⁸ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral;”.

⁵⁶⁹ ESCOBAR, 2018, p. 232.

⁵⁷⁰ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁷¹ Utilizamos, aqui, a versão original: *From the Closed World to the infinite universe*. École Pratique des Hautes Études, Sorbonne, Paris. The Johns Hopkins Press/Baltimore. 1956. p. 1. Mas, também, há a versão traduzida: KOYRÉ, Alexandre. *Do mundo Fechado ao Universo Infinito. Tradução de Donaldson M. Garschagen*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

começa roendo a razoável duração do processo, a efetividade, raspando seus dentes no acesso à justiça de forma a interferir na arrecadação fiscal e, conseqüentemente, na efetivação dos direitos sociais. Eis a importância do presente estudo e da urgente inserção da arbitragem como o terceiro mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos em matéria tributária. O ciclo da melancolia gerado pelo congestionamento do Judiciário atinge a sociedade como um todo. Ou superamos o paradigma latente da indisponibilidade do crédito tributário e vemos a infinidade de possibilidades dentro deste universo⁵⁷², ou permanecemos no nosso mundo fechado⁵⁷³, acreditando veementemente ser impossível a consolidação da arbitragem tributária no Brasil, considerando obviedades e levando o Direito Tributário ainda mais à desgraça.

*“From the Closed World to the Infinite Universe.”⁵⁷⁴
(Alexandre Koyré)*

⁵⁷² ...*“Infinite Universe.”*. KOYRÉ, 1956, p. 1.

⁵⁷³ ...*“Closed World...”*. Ibid., p. 1.

⁵⁷⁴ KOYRÉ, 1956, p. 1.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ADAMS, Luís Inácio Lucena. Procurador geral da fazenda defende execução fiscal administrativa. *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 29 julho 2009. Entrevista concedida a Andréa Assef da Revista ETCO. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-24/procurador-geral-fazenda-defende-execucao-fiscal-administrativa>>. Acesso em: 20 julho 2019.

AFFONSO, Andressa Kellen Lauriano Lucio. Autocomposição de Conflitos na Administração Pública: Um estudo sobre a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Repositório de Monografias da UNB*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14763/1/2016_AndressaKellenLaurianoLucioAffonso_tcc.pdf>. Acesso em: 30 janeiro 2021.

ALCHOURRÓN, Carlos. Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas. In.: *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEMANHA. Zivilprozessordnung (Processo Civil). ZPO. Na versão publicada em 5 de dezembro de 2005. Art. 1.030, nº. 1, da Zivilprozessordnung (ZPO). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 2 janeiro 2021.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. t. I. Barcelona: Bosch, 1970.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao código de processo civil*. 1.ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMARAL, Paulo Osternack. Cláusula Compromissória em Título Executivo Extrajudicial: Tentativa de Compatibilização. Curitiba: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, nº. 17, jul., 2008. p. 1. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=17&artigo=819#>>. Acesso em: 8 março 2019.

ANAUMI, Associação Nacional dos Advogados da União. AGU – Função Essencial à Justiça. Disponível em: <<https://www.anauni.org.br/agu-funcao-essencial-a-justica/>>. Acesso em: 29 janeiro 2021.

APA, Associação Portuguesa de Arbitragem. *Proposta de Nova LAV de 14/5/2010 com notas justificativas revistas em 20 e 25 de julho de 2011*. Lisboa: APA, 2011, p. 2. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/projectos/lav/proposta-de-lav-2011-notas.pdf>>. Acesso em: 17 janeiro 2021.

- ARAÚJO, Henrique. *A Matéria De Facto No Processo Civil (da petição ao julgamento)*. Tribunal da Relação do Porto. Disponível em: <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf>. Último acesso em: 30 janeiro 2021.
- ASSIS, Machado de. *Esau e Jacó*. Introd. M. Cavalcanti Proença. 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. Recurso em Matéria Tributária. Brasília: *Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 97, 1988.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Luiz Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *A confidencialidade na arbitragem*. V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, 197 ss.
- BARCELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2.ed. Col Saberes do Direito. Vol. 53. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARON DE MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996
- BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual De Arbitragem*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- BLACKABY, Nigel et al. 5. ed. Student Version. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius Armani. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal. In.: Mauri, António Júdice Moreira, Asdrubal Franco Nascimbeni, Christiana Beyrodt, Mauricio Morais T. *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2020.

BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BORN, Gary. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. REG. Na sentença estrangeira 5.206-7. Reino da Espanha. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Industria e Comercio LTDA. Rel. Min. Presidente Marco Aurélio. Caso de 08/05/1997. Decisão de 12/12/2001. DJ de 30/04/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO - 3ª Câmara Cível/Comarca de Goiânia). Apelação Cível nº. 132.953-2/188 (200804170597). Apelante: Cláudia Vieira De Oliveira Ferreira. Apelado: Estado De Goiás. Relator: Fausto Moreira Diniz - Juiz Convocado. Voto do Juiz Convocado Fausto Moreira Diniz. Goiânia, 16 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_1329532188_20081216_20090304_170237.PDF>. Acesso em: 5 julho 2019.

_____. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. PARECER n. 00001/2019/CCAF/CGU/AGU. NUP: 00791.000023/2015-40. Interessados: Artur Roberto Couto e outros. Assuntos: Nomeação. Disponível em: Último Anexo da presente pesquisa, nomeado por “PARECER n. 00001/2019/CCAF/CGU/AGU”.

_____. *Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal*. 3.ed. 2012. p. 13. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/CartilhadaCamaradeConciliacaoeArbitragemdaAPF.pdf>>. Acesso em: 30 janeiro 2021.

_____. *Código Tributário Nacional*. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Último acesso em: 5 fevereiro 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125 do CNJ*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10 março 2019.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Artigo 5º, inciso LXXVIII acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Último acesso em: 31 janeiro 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

_____. *Decreto Lei nº. 678 de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José Da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 novembro 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 11 julho 2019.

_____. *Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972*. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Último acesso em: 30 novembro 2020.

_____. *Lei n. 8.397, de 6 de janeiro de 1992*. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8397.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

_____. *Lei n. 9.307/96*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 de setembro de 1996. Disponível em: < <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9307&ano=1996&ato=121IzZq1UMJpWT25d>>. Último acesso em: 29 janeiro 2021.

_____. *Portaria AGU n.º 1.281, de 27 de setembro de 2007*. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=204064>>. Acesso em: 30 janeiro 2021.

_____. *Projeto de Lei Complementar n.º. 469, de 20 de abril de 2009*. Poder Executivo. Altera e acrescenta dispositivos à Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648724&filename=PLP+469/2009>. Acesso em: 22 dezembro 2020.

_____. *Projeto de Lei n.º. 231/2020*. Estabelece a Arbitragem em matéria tributária no Estado de Mato Grosso. Protocolo n.º. 3.754/2020. Processo n.º. 831/2020. de autoria do Deputado Estadual Xuxu Dal Molin. Disponível em: < <https://www.al.mt.gov.br/proposicao/cpdoc/80652/visualizar>>. Último acesso em: 31 janeiro 2021

_____. *Projeto de Lei n.º. 4.257/2019*. Autoria do Senador Antonio Anastasia. Justificativa. p. 8. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1565128158755&disposition=inline>>. Acesso em: 7 de agosto de 2019.

_____. *Projeto de Lei n.º. 4.468, 3 de setembro de 2020*. Senadora Daniella Ribeiro (PP/PB). Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1601920498113&disposition=inline>>. Último acesso em: 29 janeiro 2021.

_____. *Relatório Deputado João Maia Projeto de Lei Complementar n.º. 469/2009*. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=886815&filename=Pa-recer-CDEIC-09-06-2011>. Acesso em: 22 dezembro 2020.

_____. *Relatório Legislativo Senador Otto Alencar*. 17/10/2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=8026794&ts=1594035702330&disposition=inline>. Último acesso em: 30 janeiro 2021.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice. *Mediação Familiar: Uma Intervenção em Busca de Paz*. Rio Grande do Sul: Criação Humana, 2001.

BULYGIN, Eugenio. *La Importancia de La Distinción entre Normas Y Proposiciones Normativas*. Disponível em: < http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada17/1_BULYGIN.pdf>. Acesso em: 16 fevereiro 2020.

CABRITA NETO, Serena; TRINDADE, Carla Castelo. *Contencioso Tributário: Processo, Arbitragem e Execução*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. Certeza e segurança no Direito Tributário: A arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*. Ano 2005. Vol. II. Set. 2005. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/diogo-leite-de-campos-certeza-e-seguranca-no-direito-tributario-a-arbitragem/>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. FERREIRA, Eduardo Paz (com. Org.). In.: A arbitragem em direito tributário: I Conferência Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT)/Instituto de Direito Econômico, Financeiro e Fiscal (IDEFF). Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa – Anotada*. v.II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CARAMELO, António Sampaio. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade de litígio*. Portugal: Ordem dos Advogados, 2009. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=54103&ida=54123>. Acesso em 24 janeiro 2020.

CARDOSO, António de Magalhães; NAZARÉ, Sara. A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão. In.: MIRANDA, Agostinho Pereira de; ABREU, Miguel Cancellada de; et.al. *Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo*. Porto: Universidade Católica Editora, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Arbitragem não vai desafogar o judiciário. *JOTA*: São Paulo, p. 1, 21 agosto 2015. Entrevista concedida ao JOTA. Disponível em: <<http://jota.info/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona>>. Último acesso em: 1 fevereiro 2021.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHAL, Ana Paula Z. A arbitragem administrativa em Portugal. *Revista Eletrônica FMU Direito*, São Paulo, v. 24, n. 33, p. 1-18, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/73/72>>. Acesso em: 5 fevereiro 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário - fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008.

CASSONE, Vittorio; ROSSI, Júlio César; CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. *Processo Tributário: Teoria e Prática*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO CARVALHO, André. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARSTON, Robyn. Implicature, explicature, and truth-theoretic semantics. In: KEMPSON, Ruth. (ed.) *Mental representation: the interface between language and reality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988

CRUSE, D. A. *Lexical semantics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986

CRYSTAL, David. *Dicionário de lingüística e fonética*. Oxford: Blackwell, 1985.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CNJ. Resolução n. 125. Disponível em: <www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf>. Acesso em: 18 março 2019.

COELHO, Sasha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COCIVERA, Benedetto. *Principi di Diritto Tributario*. Milão: Giuffrê, 1959.

COMMANDINO, Frederico. *Primeiro livro dos Elementos de Geometria de Euclides*. Adicionados e Ilustrados por Roberto Simson, Professor de Matemática na Academia de Glasgow. Revistos para Edições Cultura por Aníbal Faro. Série Científica. São Paulo: Edições Cultura, 1944. p. 6 e 10, respectivamente.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatórios Justiça em Números*. Apresentação. p. 4-5. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Último acesso em: 30 novembro 2020.

COOB, Sara. Una perspectiva narrativa en mediación. In.: FOLGER, Joseph; JONES, Tricia S. (coord). *Nuevas direcciones em mediación*. Mediación n. 7. Buenos Aires: Paidós, 1997.

CÓLOFON, Xenófanos de. As limitações do Conhecimento Humano. In.: KIRK, Geoffrey S.; RAVEN, J. E.; SCHOFIELD, Malcom. *Os Filósofos Pré-Socráticos*. Tradução de Carlos Alberto Louro Fonseca. 7. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

_____. Sátiras. Natureza. In.: BORNHEIM, Gerd A. (Org.). *Os Filósofos pré-socráticos*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, [2010?].

COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed.. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: Dos ricos homens aos tribunais privados. In.: *O direito*. Lisboa. A.124º. n.3 (Jul.-Set.1992). pp. 365-404.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I: La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires: Ediar Soc., 1979.

CRARY, Jonathan. *24/7: Capitalismo tardios e os fins do sono*. São Paulo: Ubu, 2016. pp. 12-38.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 7, nº. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jul. 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2003.

_____. Limites da Sentença Arbitral e de Seu Controle Jurisdicional. In.: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Viana de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 28-29.

DOMINGOS, Francisco Nicolau. *Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários*. Porto Alegre: Núris Fabris Ed., 2016.

_____. *É Possível Limitar O Direito Ao Recurso Na Arbitragem Tributária? - Irrecorribilidade, por via de regra, das decisões arbitrais não é inconstitucional*. *Jota*. 28/04/2020. Disponível em: <<https://institutoconcilia.com.br/post/4/-e-possivel-limitar-o-direito-ao-recurso-na-arbitragem-tributaria?---irrecorribilidade,-por-via-de-regra,-das-decisoes-arbitrais-nao-e-inconstitucional.>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

_____. Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, Escolha dos Árbitros e Limites Institucionais. In.: PISCITELLI, Tathiane; et.al. *Arbitragem Tributária: Desafios Institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 73.

EDWARDS, Barry. *Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs*. *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 18:281. Spring, 2013, p. 321. Disponível em: <www.hnlr.org/wp-content/uploads/2013/12/18HarvNegotLRev281-Edwards.pdf>. Último acesso: 31 janeiro 2021.

ÉFESO, Heráclito. In: BORNHEIM, Gerd A. (Org.). *Os Filósofos pré-socráticos*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, [2010?].

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

_____. Arbitragem Tributária no existente arcabouço legislativo brasileiro. PISCITELLI, Tathiane; et.al. *Arbitragem Tributária: Desafios Institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FERBER, Ilit. *Melancholy philosophy: Freud and Benjamin*. E-rea: Revue électronique d'études sur le monde anglophone, v. 4, n. 1, doc. 10, jun. 2006.

FERRARA, Francesco. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Traduzido por Manuel A. Domingues de Andrade. 4.ed. Coimbra: Sucessor Arménio Amado, 1987.

FERREIRA NETTO, Cassio. *Contratos Administrativos a Arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2008.

FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Justiça Tributária*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 305.

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

FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie*. Écrits – Droit de l'Arbitrage – Droit du Commerce International. Paris: Comité Français de L'Arbitrage, 2007.

FREIRE, Alexandre. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Saraiva, 2017.

FREUD, Sigmund. Luto e melancolia. *Trad. Marilene Carone*. Novos Estudos, n. 32, p. 128-142, mar. 1992.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GRICE, H.P. Logic and conversation. William James Lectures. Harvard University, 1967. *Reimpressão*. In: COLE & MORGAN (eds.). *Syntax and Semantics*. Vol.3: Speech Acts. New York: Academic Press, 1975.

GODOI, Marciano Seabra; GIANNETTI, Leonardo Varella. *Arbitragem e Direito Tributário Brasileiro: A superação do dogma da indisponibilidade do crédito tributário*. Revista Arbitragem Tributária nº. 3. Portugal: CAAD, Jun. 2015.

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2014.

GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade Objetiva. Tese. *Repositório da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, 2008.

GRAU, Eros Roberto. O Direito posto e o direito pressuposto, 9. ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*. Revista de Direito Administrativo. 233. Rio de Janeiro: jul./set., 2003. p. 377-385. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459/45041>>.

GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Giuffrè Editore: 2010.

HACHEM, Daniel. *Princípios constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. [S.l.]: Kluwer Law International, 2006.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Edição em alemão e português, tradução e organização por Fausto Castilho. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

HESS, Heliana Coutinho. O princípio da Eficiência e o poder judiciário. Revista da faculdade de direito da USP. v. 105. São Paulo: USP, jan./dez., 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67899/70507>>. Acesso em 21 julho 2019.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. 2. ed.. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal, administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. *Tradução por João Baptista Machado*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

_____. *A função do dogma na investigação científica*. Org.: Eduardo Salles O. Barra; Tradução: Jorge Dias de Deus. Curitiba: UFPR. SCHLA, 2012.

LAGRASTA NETO, Caetano. A conciliação judicial – Avanços, retrocessos e esperança. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In.: WALD, Arnaldo. *Arbitragem e mediação: A arbitragem, introdução e histórico*. Coleção Doutrinas Essenciais. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Arbitragem*. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. [S.l]: Revista de la Corte Espanhola de Arbitraje, vol. VII, 1991. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf>. Acesso em: 27 junho 2020.

_____. *Árbitro: O Padrão de Conduta Ideal*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri33.pdf>. Acesso em 18 dezembro 2020.

_____. *Árbitro: Princípios da Independência e da Imparcialidade*. pp. 240. São Paulo: LTr, 2001.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema Multiportas: Opções Para Tratamento De Conflitos De Forma Adequada. In.: SALLES, de, C. A., LORENCINI, Lopes, M.A. G., SILVA, da, P.E. A. *Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2012.

LUCHIARI, Valéria Ferioli. A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.) *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LÚCIA, Carmen. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatórios Justiça em Números*. Apresentação. p. 4-5. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Último acesso em: 30 novembro 2020.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Os Direitos Fundamentais do Contribuinte e a Efetividade da Jurisdição*. Tese (Doutorado em Direito). 266.pp. Recife: O Autor, 2009.

_____. *Processo Tributário*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2018.

MAGALHÃES, José Carlos de. Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 52. Wolters Kluwer/CBAR: out.-set., 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora. In.: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARTINS, Jesuíno Alcântara; ALVES, José Costa. *Procedimento e Processo Tributário - Uma perspectiva prática*. Coimbra: Almedina, 2015.

MASTERMAN, Margaret. The Nature of a Paradigm. In.: *International colloquium in the philosophy of science. Criticism and the Growth of Knowledge*. vol. 4. Cambridge University Press, London, 1965.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, jul.-Set., 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Kalyara de Sousa; GASSEN, Valcir. QUEM PAGA E NÃO DEVERIA versus QUEM DEVERIA E NÃO PAGA: a eficiência na recuperação de ativos fiscais e sua relação com a equidade na matriz tributária. In.: GASSEN, Valcir. *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre estado, constituição e tributação*. 2. ed. rev., atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA DE CARVALHO, Rubens. *Transação tributária: Arbitragem e outras formas convencionais de solução de lides tributárias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

MOURA BORGES, Antônio de. Perspectivas da Arbitragem No Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*. Brasília, v. 02, n.03, 1998.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Direito Tributário Internacional*. A arbitragem nos Acordos de Bitributação Celebrados pelo Brasil – Série Doutrina Tributária. Vol. XX. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

_____; CASTRO, Leonardo Freitas. Direito Tributário e Arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. a. 17, n. 88. São Paulo: *Revista Tributária e de Finanças*, set-out. 2009.

MOREAU, Bertrand. *La Lettre de L’AFA – Association For Arbitration*, nº. 19. França: [s.n], Mar./2016. Disponível em: <http://www.afa-arbitrage.com/?wysija-page=1&controller=email&action=view&email_id=212&wysijap=subscriptions>. Último acesso em: 30 janeiro 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209. Rio de Janeiro: RDA, jul.set., 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MÜLLER, Júlio Guilherme. A Negociação no Novo Código de Processo Civil: Novas Perspectivas para a Conciliação, para a Mediação e para as Convenções Processuais. In.: ALVIM, Thereza Arruda. *O Novo Código De Processo Civil Brasileiro: Sistematização e Procedimentos*. Forense, 2015.

NAZARETH, Eliana Riberti. *Mediação o Conflito e a Solução*. São Paulo: Artepaubrasil, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal, administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Jus Podivm, 2017.

NÚNCIO, Paulo. A arbitragem em Direito Tributário – Traços Gerais. In.: CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. FERREIRA, Eduardo Paz (com. Org.). *A arbitragem em direito tributário: I Conferência Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT)/Instituto de Direito Econômico, Financeiro e Fiscal (IDEFF)*. Coimbra: Almedina, 2010.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem Tributária: Breves Considerações sobre o Regime Português. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte, ano 17, n. 101, p. 77-97, set./out. 2019.

_____. *PL sobre arbitragem tributária não preza pelo equilíbrio entre as partes litigantes*. Conj. Opinião. 9 de agosto de 2019. Disponível em: < ConJur - Ana Pasinato: PL sobre arbitragem tributária desequilibra litigantes>. Acesso em: 8 setembro 2020.

_____; VALLE, Maurício Dalri Timm do. Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira, in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3 (2017), nº 6, p. 1041-1073. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1041_1073.pdf>.

_____; VALLE, Maurício Timm do. Arbitrabilidade da matéria tributária: Seria a arbitragem a ferramenta necessária para cortar a última cabeça da Hidra de Lerna? In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018.

PAZ FERREIRA, Eduardo M. H. *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado*. Coimbra: Almedina, 1995.

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.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional: A determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, maio/2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. *Revista Quaestio Iuris*, vol.04, n.01. ISSN 1516-0351, p.245-277. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestio_iuris/article/view/10190> . Acesso em: 3 março 2019

PLATÃO. *A República*. Tradução de: Maria Helena da Rocha Pereira. 9.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

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.

PORTUGAL. Base de Dados Portugal Contemporâneo. *Retrato de Portugal*. Resumo de indicadores da sociedade portuguesa contemporânea desde 1960 até ao último ano disponível. Disponível em: <<https://www.pordata.pt/Retratos/2020/Retrato+de+Portugal-85>>. Último acesso em: 14 dezembro 2020.

_____. Processo n.: 0164/18.7BALS do Supremo Tribunal Administrativo. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3a440761d7e89c5780258359004e9cd4?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

_____. Código de Processo Civil. *Decreto-lei n. 44.129, de 28 de dezembro de 1961*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706160200/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

_____. *Código do Processo dos Tribunais Administrativos*. Lei n. 15, de 22 de fevereiro de 2002. Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis>. Último acesso em: 5 de fevereiro de 2021.

_____. Conselho Superior dos Tribunais Administrativos. *Relatório Anual de 2019, ano-base 2018*. Disponível em: <http://www.cstaf.pt/documentos/Relat%C3%B3rio_CSTAF_2018.pdf>.

_____. *Constituição da República Portuguesa*. Assembleia da República, VII revisão constitucional, 2005. Disponível em: <biblioteca.sejm.gov.pl/wpcontent/uploads/2016/03/Portugalia_port_010116.pdf>. Último acesso em: 22 janeiro 2021.

_____. Decreto-Lei n. 433/99. *Código de Procedimento e Processo Tributário*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/134920077/202102040504/73828669/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Último acesso em: 4 fevereiro 2021.

_____. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT)*. Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/codigos/rjat.html>>. Último acesso em: 4 de fevereiro de 2021.

_____. *Diário da República*, 1.^a série — N.º 14 — 20 de Janeiro de 2011. Ministério das Finanças e da Administração Pública. Decreto-Lei nº. 10, de 20 de janeiro de 2011. p. 372. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/files/documentos/CAAD_AT-RJAT_DL_10-2011-2011-01-20.pdf>. Último acesso em: 30 janeiro 2021.

_____. Direção-Geral da Política de Justiça. *Estatísticas da Justiça – Os números da Justiça em Portugal*. Disponível em: <<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt>>. Último acesso em: 13 dezembro 2020.

_____. *Lei de Arbitragem Voluntária*. Lei nº. 63 de 14 de dezembro de 2011. Assembleia da República, 2011. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=1579A0055&nid=1579&nversao=&tabela=leis>. Último acesso em: 30 janeiro 2021.

_____. *Lei Geral Tributária (LGT)*. Autoridade Tributária e Aduaneira. Última atualização: Lei nº. 13/2016 de 23 de maio. Disponível em: <<https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT.pdf>>. Último acesso em: 4 fevereiro 2021.

RAGA, Laura García. Escuelas de Mediación. In.: J. Henri B. Peris e Francisco H. Mena (directores). *Mediación Familiar*. Madrid: Dykinson, 2010, Tomo III.

RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o poder judicial*. Porto: Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2001.

RAO, Hayagreeva; MORRILL, Calvin; ZALD, Mayer N. Power Plays: How social movements and collective action create new organizational forms. In.: STAW, Barry M.; SUTTON, Robert I. *Research in organizational behavior*. USA: Jai, 2000.

RIBAS, Lúcia Maria. Arbitragem fiscal no ambiente do CAAD: Uma proposta para o Brasil. *Revista de Arbitragem Tributária*. Portugal: CAAD, Jun., 2015.

RICCI, Edoardo; FRANCO, Mariulza. Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem Reflexões Evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

ROCHA, Joaquim Feitas. *A blindagem dos créditos tributários, o processo de insolvência e a conveniência de um Direito tributário flexível*. In.: *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso* (coord. De Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANDER, Frank; RUBIN, Jeffrey. The janus quality of negotiation: Dealmaking and dispute settlement. *Negotiation Journal*. April 1988, Volume 4, Issue 2, p. 109-113. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF01000570>>. Acesso em: 20 fevereiro 2019.

SANDERS, Pieter. Arbitration in General. In.: *International Encyclopedia of comparative law*. Vol. XVI: Civil Procedure. Ch. 12. 1996. Ed. by: Mauro Cappelletti. Tübingen; Leiden: Mohr Siebeck: Martinus Nijhoff, 2014.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A constitucionalidade da nova lei de arbitragem. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 17, pp. 44–48, fev., 1997.

_____. A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. In.: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SCAVONE, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação*. 8. ed. Forense, 2018.

SCHIERA, Pierangelo. Melancolia e direito: confrontação entre indivíduo e disciplina a favor do ordenamento. In: PETIT, Carlos (Org.). *Paixões do jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Curitiba: Juruá. 2011,

SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 7. n. 28., pp. 177-225. out./dez. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SIEDEL, George. *Negociação Rumo ao Sucesso: estratégias e habilidades essenciais*. Michigan: Van Rye Publishing, 2014.

SOUSA, Jorge Lopes de. Algumas Notas Sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In.: FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da (coord.). 2. ed. *A Arbitragem Administrativa e Tributária: Problemas e Desafios*. Coimbra: Almedina, 2012.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Procedimento tributário*. Aula magna proferida no II Curso de Especialização em Direito Tributário, PUC/SP, 1972, coordenado por Geraldo Ataliba. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veituno Editores, 2011.

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..

TAKOI, Sérgio Massaru. *O princípio constitucional da duração razoável do processo - Art. 5º, LXXVIII, da CF/88 - e sua aplicação no direito processual civil*. Dissertação. pp. 233. Mestrado em Função Social do Direito. Direito: Faculdade Autônoma de Direito, FADISP, São Paulo, 2007.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TOLEDO, José Tellini. Arbitragem Tributária e o PL 4.468/2020. *Jota*. 9 de setembro de 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020-09092020>>. Acesso em: 12 dezembro 2021.

TORRES, Heleno Taveira. Novas medidas de recuperação de dívidas tributárias. [S.l]: Conjur, 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-jul-17/consultor-tributario-novas-medidas-recuperacao-dividas-tributarias>. Acesso em: 5 julho 2019.

_____. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In.: *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TRAVERSO, Enzo. Passados assombrados desprovidos de utopias. In: Idem. *A melancolia de esquerda: marxismo, história e memória*. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

VALLE Mauricio Dalri Timm do. *Princípios Constitucionais e Regras-Matrizes de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI*. São Paulo: Noeses, 2016.

_____; PASINATTO, Ana Paula. Arbitragem Tributária no Brasil e o Interesse Público: um novo mito da caverna? In.: DOMINGOS, Francisco Nicolau (org.). *Justiça Tributária: Um Novo Roteiro*. Lisboa: Rei dos Livros, 2018.

VILLA-LOBOS, Nuno (coord. e Presidente do CAAD). Nota de abertura. A Prova das Nove Vantagens. *Revista de Arbitragem Tributária*. n. 4. Lisboa: CAAD, jan., 2016.

_____. *Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal*. Desafios Tributários. Lisboa: Vida Econômica, ago./2015.

_____; VIEIRA, Mônica Brito; SOUSA, Jorge Lopes (coord.). *Guia da Arbitragem Tributária: comentários ao regime jurídico da arbitragem tributária, Tania Carvalhais Pereira nos seus aspectos práticos*. Lisboa: CAAD, 2013.

VITA, Jonathan Barros. *Arbitragem Comercial E De Investimentos E O Direito Tributário*. São Paulo: No prelo, 2015.

WRIGHT, Georg Henrik Von. *Deontic Logic*. Mind. New Series, Vol. 60, No. 237. (Jan., 1951), pp. 1-15. p. 7, n. 1. Disponível em:

<http://www.filosofiajuridica.com.br/arquivo/arquivo_61.pdf>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

WRIGHT, Georg Henrik Von. “Value, Norms, and Action in My Philosophical Writings”. In.: G. Meggle (ed.), *Actions, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*. Berlin-New York: Gruyter, 1999.

_____. *Logical Studies*. London: Routledge and Kegan Paul, 1957.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ANEXO I - PROPOSTA DE PROJETO DE LEI

Lei Ordinária.

Institui o Regime da Arbitragem Tributária no
Brasil (RATBR) e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Art. 1º. A presente Lei disciplina a arbitragem como meio complementar de resolução jurisdicional de controvérsias em matéria tributária.

Art. 2º. A competência do tribunal arbitral, ou do árbitro único, compreende a apreciação de pretensões preliminares e preventivas à constituição do crédito tributário ou subsequente à constituição do crédito tributário.

Parágrafo Único: Poderá o tribunal arbitral, ou o árbitro único, analisar diretamente as questões tributárias, ou, indiretamente, quando das sentenças arbitrais surgir um novo fato jurídico tributário, devendo ser decidido de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade.

Art. 3º. É vedado ao tribunal arbitral, ou ao árbitro único, julgar controvérsias tributárias:

I – que versem sobre discussões de inconstitucionalidade de normas jurídicas;

II – que versem sobre discussões sobre lei em tese;

III – que sejam contrárias a entendimento consolidado pelo Poder Judiciário nas hipóteses de que trata o art. 927, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015;

IV – que sejam contrárias a julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 4º. A cumulação de pedidos é admitida quando a procedência dos pedidos dependa da apreciação das mesmas circunstâncias de fato, além da interpretação e aplicação dos mesmos princípios e regras de direito.

CAPÍTULO II

DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Art. 5º. A Arbitragem Tributária será, necessariamente, institucional, sendo vedada a arbitragem *ad hoc*.

Art. 6º. São requisitos de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada que processará a Arbitragem Tributária:

- I – estar regularmente constituída há cinco anos;
- II – estar em regular funcionamento como instituição ou câmara arbitral;
- II – ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Art. 7. A Arbitragem Tributária funcionará com árbitro único quando:

- I – As causas forem de menor complexidade, com valor inferior a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo vigente;
- II – O sujeito passivo escolher por não designar árbitro.

Parágrafo Único: Neste caso, árbitro único será escolhido dentre a lista dos árbitros organizada pelo próprio órgão arbitral institucional ou entidade especializada responsável pelo processamento da Arbitragem Tributária.

Art. 8º. A Arbitragem Tributária funcionará com o coletivo de três árbitros, respeitando número ímpar, quando:

I – As causas forem de maior complexidade, com valor superior a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo vigente;

II – O sujeito passivo escolha por designar árbitro, independentemente do valor da causa.

§1º. Neste caso, a designação do coletivo de três árbitros se dará:

- a) pelo próprio órgão arbitral institucional ou entidade especializada responsável pelo processamento da Arbitragem Tributária, dentre a sua lista de árbitros; ou, caso queiram as partes,
- b) pelas partes – a Autoridade Tributária e o Contribuinte. Cabendo, neste caso, a designação do terceiro árbitro, que exerce as funções de árbitro-presidente, aos árbitros designados ou, na falta de acordo entre eles, ao órgão arbitral institucional ou entidade especializada responsável pelo processamento da Arbitragem Tributária, mediante requerimento de um ou de ambos os árbitros.

CAPÍTULO III DOS ÁRBITROS

Art. 9. São requisitos para o exercício da função de árbitro na Arbitragem Tributária:

I – estar no gozo de plena capacidade civil;

II – ter comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público;

III – ser jurista com, pelo menos, 10 (dez) anos de comprovada experiência profissional na área do Direito Tributário, designadamente por meio do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio;

IV – sem prejuízo do inciso anterior, nas causas que exijam conhecimento especializado em outras áreas, pode ser designado como árbitro um licenciado em Economia, Contabilidade, Financeiro;

V – na Arbitragem Tributária, para ser designado árbitro presidente, é necessário, no mínimo, bacharel em direito com grau acadêmico de Mestre.

Art. 10. Aplicam-se aos árbitros os motivos de impedimento e suspeição de que tratam os artigos 144 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, e 14 da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996; 145 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, respectivamente.

§1º. Resta impedido do exercício da função de árbitro as pessoas que, nos cinco anos anteriores ao da indicação como árbitro, tiverem tido qualquer vínculo com a Autoridade Tributária ou com o Contribuinte da lide;

§2º. As partes poderão impugnar a indicação de árbitro da parte contrária no prazo de 15 (quinze) dias, por falta de conhecimento técnico na matéria controversa ou por não atender ao disposto neste *caput* e/ou no art. 8º, §1º, alínea b), cabendo ao órgão arbitral institucional ou à entidade especializada decidir tal incidente.

CAPÍTULO IV DAS DESPESAS

Art. 11. As custas do processo arbitral, genericamente designadas como taxa de arbitragem, compreendem todas as despesas resultantes da condução do processo arbitral e os honorários dos árbitros.

Art. 13. A taxa de arbitragem tributária, a ser estipulada por cada órgão arbitral ou entidade especializada, é integral e definitivamente suportada pelo contribuinte, salvo se o procedimento cessar, por qualquer motivo, antes de ser constituído o tribunal arbitral.

Parágrafo Único: O contribuinte será reembolsado da taxa de arbitragem tributária paga, deduzindo-se um valor para efeito da cobrança de encargos administrativos e de processamento, a ser fixado pelo órgão arbitral ou entidade especializada, responsável pelo processamento da Arbitragem Tributária.

Art. 14. Cada parte arcará com os honorários de seus próprios advogados e eventuais assistentes técnicos, ou outros profissionais, indicados pelas partes para auxiliar em sua defesa perante o juízo arbitral tributário, independentemente do resultado.

Parágrafo Único: Os eventuais encargos decorrentes da designação de peritos, tradutores, intérpretes e outros encargos com a produção de prova são, igualmente, suportados diretamente pelas partes.

Art. 15. No caso de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da Arbitragem Tributária, observado o disposto no art. 13.

Art. 16. Os valores decorrentes das decisões condenatórias serão corrigidos pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) ou outro índice que venha a substituí-la na atualização do crédito tributário.

CAPÍTULO V

DO COMPROMISSO ARBITRAL TRIBUTÁRIO

Art. 17. Formalizada a opção pela Arbitragem Tributária, será designada audiência para assinatura do compromisso arbitral, que será firmado por:

I – autoridade administrativa a ser designada pelo Ministério da Fazenda ou Advocacia Geral da União;

II – procurador devidamente constituído pelo contribuinte.

Art. 18. É obrigatório constar no compromisso arbitral estabelecido para o procedimento da Arbitragem Tributária:

I – o nome, a profissão, o estado civil e o domicílio das partes e dos representantes privados, assim como os dados e cargo dos representantes jurídicos da pessoa jurídica de direito público;

II – o nome, a profissão e o domicílio do(s) árbitro(s), ou a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitro(s);

- III – a matéria que será objeto da arbitragem tributária;
- IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral tributária;
- V – o local onde será desenvolvida a Arbitragem Tributária;
- VI – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem tributária, quando assim convencionarem as partes;
- VII – o prazo para a apresentação da sentença arbitral tributária é de 12 (doze) meses, salvo se acordada prorrogação entre as partes, desde que esta prorrogação não ultrapasse o prazo total de outros 12 (doze) meses;
- VIII – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem tributária;
- IX – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros;
- X – a definição da responsabilidade pelo pagamento:
 - a) de honorários dos árbitros;
 - b) de eventuais honorários periciais;
 - c) de outras despesas com o procedimento da arbitragem tributária.
- XI – as provas que serão produzidas na arbitragem tributária;
- XII – os fatos que são considerados incontrovertidos para a resolução do conflito.

CAPÍTULO VI

DA SENTENÇA ARBITRAL TRIBUTÁRIA

Art. 19. A sentença arbitral tributária será divulgada no site da instituição arbitral que processou a Arbitragem Tributária, salvo se a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem o contrário.

Art. 22. Caso a sentença arbitral tributária seja proferida fora do prazo estabelecido pelo art. 22, inciso VII, ou, ainda, quaisquer outros casos de nulidade previstos pelo art. 32 da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, a parte interessada poderá pleitear, ao órgão do Poder Judiciário competente, a declaração de nulidade da sentença arbitral tributária, no prazo de até 30 (trinta) dias

após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 28. Aplica-se, subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei de Arbitragem, n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, no Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 e no Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Art. 29. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, ____ de _____ de _____.

ANEXO II - PROPOSTA DE PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR

Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. A Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 151.....
.....
VII – o compromisso arbitral, ou seja, quando o litígio acontecer ou migrar para a resolução por Arbitragem Tributária;
.....

Art. 156.....
.....
XII- a sentença arbitral.

Art. 168.
.....
II – a decisão judicial ou sentença arbitral tributária que tenha reformado, anulado, revogado ou

Art. 170-A., objeto de contestação judicial ou arbitral, decisão judicial ou sentença arbitral.

Art. 171-A. A lei poderá adotar a Arbitragem Tributária para a solução de litígios cuja sentença arbitral tributária será obrigatória e vinculante.

Art. 174.

 V – pelo compromisso arbitral.

OBSERVAÇÕES

Apesar de constar neste Projeto de Lei Complementar, ainda está em estudo a necessidade de alteração dos artigos 173 e 174, respectivamente sobre a decadência e a prescrição.

Considera-se que o compromisso arbitral está intrínseco no inciso IV do art. 174 do Código Tributário Nacional. Para além, de certa forma, se considerar que a arbitragem tributária existirá apenas após a ciência do sujeito passivo sobre a execução fiscal, a prescrição já restará interrompida pelo despacho do juiz que ordenou a citação, ocasião da anuência do devedor.

ANEXO III – PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N. 469/2009

Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 122-A. Aos representantes de pessoas físicas e aos diretores, gerentes ou representantes, ainda que de fato, de pessoas jurídicas ou entes fiscalmente equiparados incumbe, nessa qualidade, atuar diligentemente para o cumprimento das obrigações tributárias das entidades que representam.

Parágrafo único. Constitui dever de diligência dos gestores referidos no caput zelar pela manutenção do patrimônio do sujeito passivo e fazer todo o necessário para o cumprimento das obrigações tributárias, inclusive, privilegiar o pagamento de tributos em detrimento de outras despesas ou débitos, observado o disposto no art. 186.” (NR)

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal, pelo contribuinte, respondem subsidiariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

.....

.....

VIII - o administrador ou o gestor que:

a) deixar de provar que empregou, no exercício de sua atividade, o cuidado e a diligência

que se costuma dispensar à administração de negócios, cumprindo com o dever de diligência que a lei lhe incumbe;

b) alienar, onerar ou dar em garantia quaisquer dos bens ou direitos administrados sem que sejam garantidos os créditos da Fazenda Pública constituídos, observado ainda o disposto no art. 185;

c) houver praticado ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos; ou

d) houver distribuído lucros, dividendos, bonificações, juros sobre o capital próprio, ou afins a seus sócios, dirigentes, acionistas, ou assemelhados a partir do dia do vencimento do tributo, quando os bens do sujeito passivo não forem suficientes para garantir o crédito tributário em cobrança;

IX - o administrador judicial e o liquidante, pelos tributos devidos pela massa falida ou pela massa liquidanda na medida em que seus atos derem causa ao injustificado descumprimento de obrigações tributárias.

§ 1º O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

§ 2º Para os fins do disposto na alínea “c” do inciso VIII, constituem infração à lei os casos em que a pessoa jurídica não se localizar no domicílio fiscal indicado à administração tributária.

§ 3º O sujeito passivo, ou o responsável legal, que, notificado, não efetuar o pagamento do débito, acrescido dos encargos incidentes, não solicitar o parcelamento do débito por uma das formas previstas em lei, ou não prestar garantia integral do débito em cobrança, por meio de depósito administrativo, fiança bancária ou seguro-garantia deverá relacionar quais são e onde se encontram todos os bens que possui, inclusive aqueles alienados entre a data da inscrição em Dívida Ativa e a data da entrega da relação, apontando, fundamentadamente, aqueles que considera impenhoráveis.

§ 4º Os titulares ou sócios de pessoas jurídicas também são subsidiariamente responsáveis pelos tributos que não tenham sido pagos, pela multa de mora ou de ofício e por juros de mora, conforme o caso, na medida em que derem

causa ao inadimplemento, inclusive quando da paralisação das atividades ou dissolução irregulares.

§ 5º Responde subsidiariamente pelo crédito tributário quem dolosamente omitir, retardar ou prestar falsamente informações requisitadas pela Fazenda Pública.” (NR)

“Art.151.....

.....

VII - a garantia administrativa, nos termos da lei;

VIII - a decisão da autoridade administrativa legalmente incumbida da cobrança da Dívida Ativa que suspender o seu curso, no âmbito administrativo ou judicial , nos termos da lei;

IX - a admissão de proposta para habilitação em procedimento de transação, nos termos da lei.

§ 1º O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

§ 2º O oferecimento de garantias administrativas na forma do inciso VII do caput não inibirá a executoriedade do crédito nos casos previstos em lei.” (NR)

“Art.156.....

.....

III- o cumprimento do termo de transação;

.....

XII- o laudo arbitral, na forma da lei.

.....”(NR)

“Art. 163. Não tendo o devedor indicado em qual débito vencido quer imputar o pagamento e existindo simultaneamente dois ou mais débitos vencidos do mesmo sujeito passivo para com a mesma pessoa jurídica de direito público, relativos ao mesmo ou a diferentes tributos ou provenientes

de penalidade pecuniária ou juros de mora, a autoridade administrativa competente para receber o pagamento determinará a respectiva imputação, obedecidas as seguintes regras, na ordem em que enumeradas:

.....

II - primeiramente, às contribuições sociais, depois contribuições de melhoria, em seguida às taxas e por fim aos impostos;

.....

Parágrafo único. Sendo o débito composto de principal e acréscimos legais, o pagamento imputar-se-á proporcionalmente.” (NR)

“Art. 171. A lei, geral ou específica, pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que importe em composição de conflito ou de litígio, visando a extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso, podendo prever hipóteses de delegação.” (NR)

“Art. 171-A. A lei poderá adotar a arbitragem para a solução de conflito ou litígio, cujo laudo arbitral será vinculante.” (NR)

“Art.174.....

Parágrafo único.....

I - pela notificação do devedor da inscrição do débito em dívida ativa; pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal, se houver; pelo despacho do juiz que ordenar a intimação da Fazenda Pública para impugnar os embargos à execução fiscal, acaso propostos antes do ajuizamento da execução fiscal;.....

V - pela admissão em procedimento de transação ou arbitragem, ou pelo descumprimento das obrigações constantes do termo de transação ou do laudo arbitral.” (NR)

“Art. 198.....

§1º.....

.....
 III - compartilhamento de informações com os órgãos encarregados da cobrança da dívida ativa.....”

(NR) “Art. 201.

§ 1º A fluência de juros de mora não exclui, para os efeitos deste artigo, a liquidez do crédito.

§ 2º À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de natureza não-tributária, aplica-se o disposto nos arts. 121 a 135 e 184 a 192.” (NR) “Art. 202. O Termo de Inscrição de Dívida Ativa, autenticado pela autoridade competente, deverá conter:

I - o nome e o número de inscrição perante o CPF e o CNPJ, se houver, do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário de cada uma das parcelas componentes da dívida principal, individualizando-se as que sejam destinadas a terceiras entidades, o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora, atualização monetária e demais encargos previstos em lei ou em contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, o correspondente fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição no registro de Dívida Ativa;

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida;

VII - a data da entrega da declaração do contribuinte quanto aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou da notificação do lançamento quando este se der de ofício, bem como a data de vencimento das respectivas prestações.

§ 1º A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da

inscrição.

§ 2º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa poderá, a qualquer tempo, ser aditado para a inclusão de co-responsáveis.

§ 3º A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por cento e oitenta dias.” (NR)

Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor um ano após a sua publicação.

Brasília,

ANEXO IV: LEI Nº. 19.477 DE 12 DE JANEIRO DE 2011⁵⁷⁵

Adoção do juízo arbitral para a
solução de litígio em que o estado seja
parte

O Governador Do Estado De Minas Gerais,

O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º O juízo arbitral, instituído pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para a solução de litígio em que o Estado seja parte, será efetivado conforme os procedimentos estabelecidos nesta Lei.

Art. 2º O Estado e os órgãos e as entidades das administrações estaduais direta e indireta poderão optar pela adoção do juízo arbitral para a solução dos conflitos relativos a direito patrimonial disponível.

Art. 3º A inclusão de cláusula compromissória em contrato celebrado pelo Estado e a estipulação de compromisso arbitral obedecerão ao disposto na Lei Federal nº 9.307, de 1996, nas normas que regulam os contratos administrativos e nesta Lei, respeitados os princípios que orientam a administração pública, estabelecidos na Constituição da República e na Constituição do Estado.

Art. 4º O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional.

Art. 5º São requisitos para o exercício da função de árbitro:

I - ser brasileiro, maior e capaz;

II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato;

⁵⁷⁵ MINAS GERAIS. Lei nº. 19.477 de 12 de janeiro de 2011. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o estado seja parte e dá outras providências. *Diário Executivo*: Minas Gerais, MG, 13 janeiro 2011. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&ano=2011>>. Último acesso em: 5 fevereiro 2021.

III - não ter, com as partes nem com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de Juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil;

IV - ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado.

Art. 6º Para os fins desta Lei, somente se admitirá a arbitragem de direito, instaurada mediante processo público.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 7º A arbitragem relativa aos contratos internacionais em que o Estado for parte atenderá às normas e aos tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional.

Art. 8º O procedimento arbitral para a solução de litígio relativo a contrato, acordo ou convênio celebrado pelo Estado fica condicionado à existência de cláusula compromissória cheia ou à formulação de compromisso arbitral.

Art. 9º O procedimento arbitral instaura-se mediante provocação de uma das partes contratantes.

Art. 10. A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte:

I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos;

II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral;

III - ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo;

IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

§ 1º As intimações relativas à sentença arbitral e aos demais atos do processo serão feitas na forma estabelecida pelas partes ou no regulamento da instituição arbitral responsável pela administração do procedimento.

§ 2º (Vetado).

Art. 11. No edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos.

Parágrafo único. As despesas a que se refere o *caput* deste artigo serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral.

Art. 12. Ressalvado o disposto na legislação federal e nesta Lei, prevalecerão as regras instituídas na regulamentação do juízo arbitral institucional ao qual compete decidir a causa.

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Palácio Tiradentes, em Belo Horizonte, aos 12 de janeiro de 2011; 223º da Inconfidência Mineira e 190º da Independência do Brasil.

ANTONIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA

Danilo de Castro

Maria Coeli Simões Pires

Renata Maria Paes de Vilhena

Marco Antônio Rebelo Romanelli

ANEXO V – SENADO FEDERAL PROJETO DE LEI Nº 4.257, DE 2019

AUTORIA: Senador Antonio Anastasia
(PSDB/MG)

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.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“CAPÍTULO I

DA EXECUÇÃO JUDICIAL DA DÍVIDA ATIVA

Art.1º.....
.....”

“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.”

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

“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.”

“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.” “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.”

“Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.

.....”

“CAPÍTULO II DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA DÍVIDA ATIVA

Art. 41-A. Para proceder à cobrança da dívida ativa de tributos instituídos com fundamento nos arts. 145, III, 153, VI, 155, III, e 156, I, da Constituição Federal, além taxas devidas em função da propriedade, do usufruto ou da posse de bem imóvel passível de alienação ou em razão da propriedade de veículo, a Fazenda Pública pode optar pela execução extrajudicial, na forma dos arts. 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, observadas as regras específicas definidas nesta Lei.”

“Art. 41-B. A Fazenda Pública deve formalizar administrativamente a execução da dívida mediante notificação do executado, instruindo-a com a Certidão da Dívida Ativa, que dela faz parte integrante, como se estivesse transcrita, e deve indicar o total da dívida com o principal, os juros, a multa de mora e os encargos, se aplicáveis.

§ 1º A notificação administrativa e a Certidão de Dívida Ativa podem constituir um único documento.

§ 2º A notificação do devedor deve ser feita na forma do art. 246 do Código de Processo Civil, ou por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos.

§ 3º A notificação deve ser feita no endereço constante da matrícula do imóvel ou do registro do veículo, sendo considerada aperfeiçoada inclusive se, registrado o comparecimento ao endereço, for recusada.

§ 4º Se a notificação for devolvida com a informação de que o notificado não reside no local, aperfeiçoa-se por edital publicado no diário oficial ou no sítio oficial da Fazenda Pública credora, pelo prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da divulgação ou publicação.”

“Art. 41-C. Recebida a notificação, o devedor dispõe de trinta dias para pagar o valor total indicado na notificação administrativa, além, se for o caso, da despesa de cartório.”

“Art. 41-D. Não ocorrendo o pagamento, a Fazenda Pública deve lavrar termo de penhora, com o número da Certidão da Dívida Ativa e o valor integral do débito devidamente atualizado, e requerer ao Cartório de Registro de Imóveis ou ao Departamento de Trânsito a averbação da penhora na matrícula do imóvel ou no registro do veículo, respectivamente.”

“Art. 41-E. A Fazenda Pública deve promover a notificação do devedor do termo de penhora, indicando a avaliação do bem penhorado e conceder novo prazo de 30 (trinta) dias para quitação da dívida, contado da data do recebimento da notificação.

§ 1º A avaliação do bem imóvel penhorado pode corresponder ao valor indicado na escritura registrada na matrícula do imóvel, devidamente atualizado pelo índice oficial de atualização de tributos adotado pelo ente federativo.

§ 2º A avaliação do veículo pode corresponder à estimativa apresentada pela Tabela da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE ou qualquer outra Tabela que, de credibilidade notória, seja indicada em ato específico do órgão fazendário do ente federativo.

§ 3º A notificação da penhora deve seguir as regras e critérios dos §§ 2º a 4º do art. 41-B.”

“Art. 41-F. No prazo a que se refere o art. 41-E, o devedor pode ajuizar embargos à penhora, impugnando a validade da dívida ou aduzindo que a avaliação do bem não corresponde ao valor de mercado, devendo alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de até três testemunhas.

§ 1º O imóvel ou o veículo penhorado serve de garantia para os embargos.

§ 2º O ajuizamento dos embargos suspende a contagem do prazo prescricional de que trata o art. 41-S, que é retomado com o trânsito em julgado de decisão favorável à Fazenda na ação.”

“Art. 41-G. Não efetuando o devedor o pagamento ou o parcelamento do valor integral da dívida, nem ajuizando os embargos à penhora, a Fazenda Pública está autorizada a efetuar imediatamente o primeiro leilão do imóvel ou do veículo penhorado.

§ 1º O leilão do imóvel será feito por agente fiduciário que seja:

I - instituição financeira, inclusive sociedade de crédito imobiliário, qualificada nos termos do art. 30, II, do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, selecionada por meio de concurso simplificado regido por critérios objetivos e previamente definidos;

II - órgão ou entidade da Administração Pública com competência para a execução de atividades imobiliárias.

§ 2º O ente federativo que não possuir em sua estrutura administrativa órgão ou entidade que detenha competência para a execução das atividades imobiliárias pode celebrar convênio com órgão ou entidade de outro ente federativo.

§ 3º O leilão de veículo deve ser feito por agente fiduciário, nos termos do § 1º, I, deste artigo ou por órgão executivo de trânsito da Administração Pública à qual faz parte a Fazenda Pública credora.

§ 4º O órgão ou entidade referidos nos §§ 1º a 3º deste artigo exerce a função de agente fiduciário, com os deveres e responsabilidades a ela inerentes, na forma dos arts. 40 e 41 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

§ 5º Os leilões devem ser preferencialmente feitos de forma eletrônica, e os editais devem ser divulgados com antecedência mínima de 5 (cinco) dias no sítio eletrônico do agente fiduciário, em duas datas distintas, com intervalo de no mínimo 3 (três) dias, e no sítio eletrônico da Fazenda Pública credora.

§ 6º O agente fiduciário tem direito a receber o maior percentual fixado pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis local para operações de

comercialização de imóveis, desde que não ultrapasse 5% do valor do bem, ou, no caso de alienação de veículo, 5% do valor do bem.”

“Art. 41-H. Se, no primeiro leilão público, o maior lance obtido for inferior ao valor atualizado da dívida e das despesas indicadas no artigo 41-B, acrescido da despesa prevista no § 6º do art. 41-G, deve ser realizado o segundo leilão público, no qual deve ser aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias.”

“Art. 41-I. Se o maior lance do segundo leilão público for inferior ao valor referido no art. 41-H, deve ser paga inicialmente a remuneração do agente fiduciário e a diferença deve ser entregue à Fazenda Pública, que pode cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.”

“Art. 41-J. Se o lance de alienação do imóvel, em qualquer dos dois leilões públicos, for superior ao total das importâncias referidas no art. 41-H deste artigo, a diferença final apurada deve ser entregue ao devedor.”

“Art. 41-L. Antes de expirado o prazo do art. 41-E, o devedor pode alienar o imóvel ou o veículo cuja penhora tenha sido averbada, ficando o registro da alienação condicionado à comprovação de quitação dos tributos e despesas que incidem sobre o bem.”

“Art. 41-M. É lícito ao devedor, a qualquer momento, entre a data de efetivação da penhora até a assinatura da carta de arrematação, pagar o valor atualizado da dívida, acrescido da despesa estipulada no § 6º do art. 41-G.”

“Art. 41-N. O agente fiduciário é autorizado, independentemente de mandato do credor ou do devedor, a receber as quantias que resultarem da purgação da dívida ou do primeiro ou segundo leilões públicos, devendo entregá-las ao credor ou ao devedor, conforme o caso, deduzida a sua própria remuneração.

§ 1º A entrega a que se refere o caput será feita até 5 (cinco) dias após o recebimento da quantia pelo agente fiduciário, sob pena de cobrança, contra este último, pela parte que tiver direito à quantia, por ação executiva.

§ 2º Em caso de falência ou recuperação judicial do agente fiduciário, os créditos previstos neste artigo que não forem repassados ao credor ou ao devedor devem ser considerados privilegiados.”

“Art. 41-O. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com os artigos 41-G a 41-J, deve ser emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo agente fiduciário e por cinco pessoas físicas idôneas e capazes, como testemunhas.

§ 1º A carta de arrematação serve como título de propriedade para a transcrição no Cartório de Registro de Imóveis ou no Departamento de Trânsito.

§ 2º Averbada a carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis ou no órgão do Departamento de Trânsito, o adquirente pode requerer ao Juízo competente a imissão na posse do imóvel ou do veículo, que lhe deve ser concedida liminarmente, após o prazo do § 3º, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.

§ 3º A concessão da medida liminar prevista no § 2º só deve ser negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de sua dívida, nos moldes previstos no art. 41-M.”

“Art. 41-P. Se, após iniciado o procedimento a que se refere este capítulo, for constatado que a propriedade, a posse ou o usufruto do imóvel ou do veículo foi transferido sem comunicação ao Cartório de Registro de Imóveis ou ao Departamento de Trânsito, ou que o devedor faleceu antes de ser notificado, a Fazenda Pública pode, com fundamento nos arts. 130 e 131 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, emendar a Certidão de Dívida Ativa e incluir o adquirente, o novo possuidor, o novo usufrutuário, o espólio ou os sucessores como corresponsáveis da dívida, retomando a cobrança integral da dívida a partir da fase prevista no art. 41-B, notificando o novo proprietário, possuidor, usufrutuário, o espólio ou os sucessores.”

“Art. 41-Q. A morte, falência, recuperação judicial ou dissolução do devedor não impedem a aplicação do procedimento previsto neste capítulo.”

“Art. 41-R. Aplicam-se as regras constantes do art. 174 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, quanto ao prazo de exercício do direito de cobrança da Fazenda Pública por meio do procedimento previsto neste Capítulo II.”

“CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 41-S. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem desistir de processos de execução fiscal em tramitação e que visem à cobrança da dívida ativa dos tributos referidos no art. 41-A e executar os créditos cobrados nestas ações por meio do procedimento regulado no Capítulo II, no prazo de cinco anos contados da publicação da Lei que inseriu esse dispositivo.”

“Art. 41-T. O executado pode optar pelo procedimento arbitral previsto nos arts. 16-A a 16-F caso, ao ajuizar a ação prevista no art. 164 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, ou a ação anulatória do ato declarativo da dívida, prevista no art. 38 desta lei, garanta o juízo por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

.....”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO VI – SENADO FEDERAL PROJETO DE LEI N.º. 4,468, DE 2020

AUTORIA: Senadora Daniella Ribeiro
(PP/PB)

Institui a arbitragem especial tributária e dá
outras providências

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, observando o disposto nesta lei.

Parágrafo único. Este procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.

Art. 2º As controvérsias tributárias que podem ser objeto da arbitragem tributária de que trata esta Lei são aquelas relativas a matérias fáticas, sendo vedado:

I - discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas;

II - discussão sobre lei em tese;

III - decisão contrária a entendimento consolidado pelo Poder Judiciário nas hipóteses de que trata o art. 927 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 3º A arbitragem especial de que trata esta lei observará as seguintes condições:

I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito, sendo vedada a arbitragem por equidade;

II – obedecerá as regras de direito brasileiro;

III - será realizada no Brasil e em língua portuguesa;

IV - serão sempre respeitados no procedimento arbitral o contraditório, a ampla defesa e os meios inerentes, a igualdade das partes, a imparcialidade dos árbitros e seu livre convencimento;

V - a sentença arbitral será integralmente divulgada no site da instituição arbitral que administrou a arbitragem;

VI – o laudo arbitral produzirá efeitos somente entre as partes, salvo hipótese de participação de entidade representativa de categoria econômica ou profissional de âmbito estadual ou nacional,

hipótese em que todos os associados que não tenham expressamente feito opção em sentido contrário estarão vinculados;

VII - as despesas relativas a honorários de peritos e árbitros poderão ser antecipadas pelo contribuinte quando da instauração do procedimento arbitral;

VIII - as despesas envolvendo a câmara de arbitragem serão assumidas integral e definitivamente pelo contribuinte;

IX – cada parte arcará com os honorários de seus próprios advogados e eventuais assistentes técnicos ou outros profissionais indicados pelas partes para auxiliar em sua defesa perante o juízo arbitral, independentemente do resultado final;

X – no caso de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem, observado o disposto no inciso VIII.

XI – os valores decorrentes das decisões condenatórias serão corrigidos pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) ou outro índice que venha substituí-la na atualização dos créditos tributários;

XII - a arbitragem especial será necessariamente institucional, podendo o ato de regulamentação credenciar as instituições ou câmaras arbitrais competentes para processar as controvérsias tributárias reguladas nesta Lei.

Parágrafo único. São requisitos da instituição que processará a arbitragem especial tributária:

I - estar situada no Brasil;

II - estar regularmente constituída há pelo menos oito anos;

III - estar em regular funcionamento como instituição ou câmara arbitral; e

IV - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Art. 4º O tribunal arbitral será necessariamente formado por três árbitros da forma que segue:

I – um árbitro indicado pela Autoridade Tributária;

II - um árbitro indicado pelo contribuinte; e

III – um árbitro indicado na forma dos §§5º e 6º.

§1º Aplicam-se aos árbitros os motivos de impedimento e suspeição de que tratam os artigos 144 e 145 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

§2º A pessoa indicada para funcionar como árbitro tem o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que seja de seu conhecimento, que possa ocasionar dúvida justificada quanto sua independência e imparcialidade.

§3º O árbitro é juiz de fato e de direito e do laudo arbitral proferido não cabe homologação ou recurso ao Poder Judiciário.

§4º O árbitro deve ser e permanecer independente e imparcial durante todo o procedimento arbitral.

§5º Os árbitros indicados pela Autoridade Tributária e pelo contribuinte elegerão, em comum acordo, o terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral e necessariamente deverá ser bacharel em Direito, observando-se o disposto no § 2º.

§6º Caso não haja acordo entre os árbitros indicados pelas partes para a escolha do terceiro árbitro, a instituição ou Câmara arbitral o indicará, atendendo aos requisitos previstos neste artigo.

§7º Poderá ser indicado um árbitro desempataador se a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral não for unânime, competindo ao presidente da instituição arbitral efetuar a designação respectiva.

§8º As partes poderão impugnar a indicação de árbitro da parte contrária no prazo de 15 dias, por falta de conhecimento técnico na matéria controversa ou por não atender ao disposto nos §§ 1º, 5º e 9º deste artigo, cabendo à instituição ou Câmara Arbitral decidir tal incidente.

§9º São requisitos para o exercício da função de árbitro:

I - estar no gozo de plena capacidade civil;

II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio a ser dirimido, jurídico ou não, sendo essencial, no mínimo, dez anos de comprovada experiência profissional na área de atuação, bem como duas graduações em nível técnico ou superior ou uma graduação e uma pós-graduação em instituições de ensino nacionais ou estrangeiras cuja titulação tenha sido reconhecida no Brasil;

Art. 5º Formalizada a opção pela utilização da arbitragem especial, será designada audiência para assinatura do compromisso arbitral, que será firmado por:

I - autoridade administrativa a ser designada pelo Ministério da Fazenda ou Advocacia Geral da União;

II - procurador devidamente constituído pelo contribuinte;

Art. 6º São cláusulas obrigatórias do compromisso arbitral estabelecido para o procedimento de arbitragem especial:

I - o local onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a obrigatoriedade de que o árbitro ou os árbitros decidam a questão de fato segundo regras jurídicas brasileiras;

III - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes e representantes privados, assim como dados e cargo dos representantes jurídicos da pessoa jurídica de direito público;

IV - o nome, profissão e domicílio dos árbitros ;

V - a possibilidade de indicar um árbitro desempassador, no caso do laudo arbitral não ser unânime;

VI - a matéria que será objeto da arbitragem;

VII - o lugar em que será proferido o laudo arbitral.

VIII - a obrigatoriedade de cumprimento das normas desta lei;

IX - o prazo para a apresentação do laudo arbitral, será de até 12 meses, podendo ser prorrogado por acordo entre as partes por até duas vezes, desde que não ultrapasse prazo total de 24 meses;

X - a fixação dos honorários dos árbitros;

XI - a definição da responsabilidade pelo pagamento:

a) de honorários dos árbitros;

b) de eventuais honorários periciais; e

c) de outras despesas com o procedimento de arbitragem.

XII- as provas que serão produzidas na arbitragem;

XIII- os fatos que são considerados como incontrovertidos para solução do conflito.

Art. 7º A assinatura do compromisso arbitral:

I - impede instauração de processo administrativo ou qualquer medida de fiscalização relacionadas às questões de fato e de direito objeto do procedimento arbitral;

II - afasta a espontaneidade de que trata o art. 138 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional);

III - na hipótese de lavratura de auto de infração para exigência de tributos lançados com fundamento na questão submetida à arbitragem especial:

a) não caberá lançamento de multa de ofício, nos moldes do art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

b) o julgamento do processo administrativo será sobrestado até final decisão do procedimento arbitral;

Art. 8º O laudo arbitral vinculará a Autoridade Tributária e o contribuinte acerca dos fatos julgados.

I - são requisitos obrigatórios do laudo arbitral:

- a) o relatório, que conterà os nomes das partes e resumo do litígio;
- b) os fundamentos da decisão, em que serão analisadas as questões de fato e técnicas, de acordo com as regras jurídicas brasileiras;
- c) o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
- d) a data e o lugar em que foi proferida.

II - o laudo arbitral vinculará o julgamento do auto de infração lavrado nos termos do inc. III do art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

III - o contribuinte não terá legitimidade para questionar judicialmente o auto de infração decorrente do laudo arbitral, no tocante à controvérsia decidida na arbitragem.

IV - o laudo arbitral é definitivo e terminativo, salvo o disposto no art. 10.

V - após o laudo arbitral ser emitido, as partes podem solicitar no prazo de 10 dias que seja sanado erro material e esclareça alguma dúvida, ou contradição existente nele existente.

Art. 9º Na hipótese de decisão não unânime entre os três árbitros, será designado árbitro desempataador no prazo de 30 dias, se assim estiver previsto pelas partes no compromisso arbitral. Parágrafo único. O árbitro desempataador analisará toda a documentação do processo e emitirá decisão adotando uma das posições anteriores, justificando-as, sendo vedada a reabertura da instrução processual para determinar a realização de novas provas e diligências.

Art. 10 Poderá ser proposta ação de anulação do laudo arbitral, após 60 dias da ciência pelas partes do laudo arbitral proferido, quando:

- I - for nulo o compromisso arbitral;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 3º desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites do compromisso arbitral;
- V - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VI - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 2º desta Lei.
- VII - for proferida fora do prazo estipulado no art. 6, IX desta Lei.

Art. 11. Em caso de laudo arbitral condenatório que imponha obrigação pecuniária contra a União ou suas entidades autárquicas, inclusive no tocante às custas da arbitragem, o pagamento se dará mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

Parágrafo único. Na hipótese de que trata o caput deste artigo o presidente do tribunal arbitral solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

Art. 12. A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 48-A. As consultas que envolvam questões fáticas e sua qualificação jurídica poderão ser solucionadas por arbitragem especial tributária, atendidos os requisitos e condições estabelecidos nesta Lei ."

“Art. 74.....

.....

§19 O crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado não liquidado judicialmente poderá ser quantificado por meio de arbitragem especial tributária, atendidos os requisitos e condições estabelecidos nesta Lei.

§20 É vedada a instauração da arbitragem especial tributária para fins de quantificação de crédito:

- a) objeto de decisão judicial não transitada em julgado;
- b) não passível de restituição, ressarcimento ou compensação, nos termos desta lei

§21 O contribuinte apresentará requerimento formal à Secretaria da Receita Federal do Brasil para fins de instauração da arbitragem especial tributária.

I - a opção pela liquidação do crédito a ser compensado ou restituído por meio de arbitragem especial tributária implica desistência de requerimento para liquidação e execução judicial de sentença;

II - o crédito liquidado aferido mediante arbitragem será compensado nos termos desse artigo, conforme regulamentação a ser expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

III - não cabe discussão em sede de manifestação de inconformidade ofertada pelo contribuinte acerca do crédito fixado em laudo arbitral;

IV - o fisco ficará vinculado ao montante do crédito reconhecido em favor do contribuinte por laudo arbitral;

V - o pedido de instauração de arbitragem especial tributária deve ser formalizado no prazo de cinco anos contados da data do trânsito em julgado da decisão judicial que reconhece o crédito em favor do contribuinte;

VI - o prazo para apresentação de declaração de compensação para aproveitamento do crédito reconhecido em sentença arbitral se extingue em cinco anos, contados do trânsito em julgado do laudo arbitral.”

Art. 13 Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Art. 14 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO VII – CÂMARA DOS DEPUTADOS PROJETO DE LEI Nº. 531, DE 2020

Deputado Estadual Xuxu Dal Molin

Protocolo n. 3754/2020

Processo n. 831/2020

Estabelece a Arbitragem em matéria tributária no Estado de Mato Grosso.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO, tendo em vista o que dispõe o Art.42 da Constituição Estadual, aprova e o Governador do Estado sanciona a seguinte lei:

TÍTULO I**Arbitragem tributária****CAPÍTULO I****Disposições gerais****Seção I****Pressupostos**

Artigo 1.º Esta lei rege a arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária no âmbito do Estado de Mato Grosso.

Artigo 2.º A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões

I – a declaração de ilegalidade de atos, de autos de infração, créditos e tributos;

II - a declaração de ilegalidade de atos em matéria tributável, de atos de determinação da base de cálculo e de atos de fixação de valores patrimoniais.

Parágrafo Único. Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade.

Artigo 3.º A cumulação de pedidos ainda que relativos a diferentes atos e a coligação de autores são admissíveis quando a procedência dos pedidos dependa essencialmente da apreciação das mesmas circunstâncias de fato e da interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou regras de direito.

Parágrafo Único. É possível deduzir pedido de impugnação judicial e pedido de pronúncia arbitral relativamente a um mesmo ato tributário, desde que os respectivos factos e fundamentos sejam diversos.

Seção II

Tribunais arbitrais

Artigo 4.º Os Tribunais Arbitrais serão constituídos nos termos da presente lei e sua regulamentação que

será feita pela pelo Poder Executivo, mediante decreto.

Artigo 5.º Os tribunais arbitrais funcionam com árbitro singular ou com intervenção coletiva de três árbitros.

§1º Os tribunais arbitrais funcionam com árbitro singular quando:

I - o valor do pedido de pronúncia não ultrapasse 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

II - o sujeito passivo opte por não designar árbitro.

§2º. Os tribunais arbitrais funcionam com intervenção coletiva de três árbitros quando:

I - o valor do pedido de pronúncia ultrapasse 60 (sessenta) vezes o valor da do salário mínimo.

II – o sujeito passivo opte por designar árbitro, independentemente do valor do pedido de pronúncia.

Artigo 6.º Quando o tribunal arbitral funcionar com árbitro singular, o árbitro é designado pelo Conselho de Arbitragem Tributária, dentre a lista dos árbitros organizada pelo conselho.

§1º quando o tribunal arbitral funcione com intervenção coletiva, os árbitros são designados:

I - pelo Conselho de Arbitragem Tributária, dentre a lista dos árbitros organizada pelo conselho ou;

II - pelas partes, cabendo a designação do terceiro árbitro, que exerce as funções de árbitro-presidente, aos árbitros designados ou, na falta de acordo, ao Conselho de Arbitragem Tributária, mediante requerimento de um ou de ambos os árbitros.

§2º No caso previsto no inciso I, os árbitros podem não constar da lista dos árbitros que compõem o Conselho de Arbitragem Tributária.

Seção III

Árbitros

Artigo 7.º Os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público.

§1º Os árbitros devem ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio, preferencialmente com títulos académicos de mestre ou doutor.

§2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, nas questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, poderá ser designado como árbitro não presidente, Economista, Contador, Financista, observando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no parágrafo primeiro deste artigo.

§3º A lista dos árbitros publicada pelo Conselho de Arbitragem Tributária será elaborada nos termos da presente Lei e dos Estatutos e Regulamento do Tribunal de Arbitragem Tributária de Mato Grosso.

Seção IV

Impedimento dos Árbitros

Artigo 8º. Constituem casos de impedimento do exercício da função de árbitro os enunciados nos artigos 144 a 148 da Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015, observadas as necessárias adaptações, bem como os casos em que, nos dois anos anteriores ao da sua indicação como árbitro:

I - a pessoa designada tenha sido dirigente, funcionário ou agente da administração tributária, membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor ou consultor do sujeito passivo que seja parte no processo, de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio como controladora ou controlada, ou de pessoa ou entidade que tenha interesse próprio na procedência da pretensão;

II - a pessoa designada tenha mantido relação de trabalho ou tenha sido colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo.

§1º A pessoa designada para exercer funções de árbitro deve rejeitar a designação quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua imparcialidade e independência.

I - a pessoa designada para atuar como árbitro tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para julgar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

§2º Cabe ao Conselho de Arbitragem Tributária exonerar o árbitro ou árbitros em caso de descumprimento dos requisitos previstos neste artigo.

§3º O árbitro impedido ou suspeito que julgar conflito ou que não revele ato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade deverá reembolsar as custas e despesas com a instauração do processo arbitral às partes.

Seção IV

Deveres dos árbitros

Artigo 9º. Os árbitros estão sujeitos aos princípios da imparcialidade e da independência, bem como ao dever de sigilo fiscal nos mesmos termos em que este é imposto aos dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária.

§1º A impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação por causa imputável ao árbitro importa a substituição deste de acordo com as regras aplicáveis à indicação do árbitro substituído ou, ouvidos os restantes árbitros e não havendo oposição das partes, a alteração da composição do tribunal.

§2º No caso de se verificar a substituição de árbitro, o tribunal arbitral decide se algum ato processual deve ser repetido em face da nova composição do tribunal, tendo em conta o estado do processo.

CAPÍTULO II

Procedimento arbitral

SEÇÃO I

Constituição de Tribunal Arbitral

Artigo 10º. O pedido de constituição de tribunal arbitral é apresentado:

I - no prazo de 15 dias, contado a partir da constituição definitiva do crédito tributários ou;
II- no prazo de 15 dias, contado da última decisão do recurso hierárquico quando o ato foi suscetível impugnação autônoma;

III- no prazo de 15 dias, contado a partir da citação em processo judicial.

§1º O pedido de constituição de Tribunal Arbitral é feito mediante requerimento enviado por via eletrônica ao Presidente do Conselho de Arbitragem Tributária do qual deve constar:

I - a identificação do sujeito passivo, incluindo o número de identificação fiscal, seu domicílio ou sede; número do auto de infração ou processo judicial em curso.

II- a identificação do ato ou atos tributários, objeto do pedido de pronúncia arbitral;

III - a identificação do pedido de pronúncia arbitral, com a exposição das questões de fato e de direito objeto do referido pedido de pronúncia arbitral;

IV- os elementos de prova dos fatos indicados e a indicação dos meios de prova a produzir;

V - a indicação do valor da utilidade econômica do pedido;

VI - o comprovante do pagamento da taxa de arbitragem inicial, nos casos em que o sujeito passivo não tenha optado por designar árbitro ou comprovante do pagamento da taxa de arbitragem, caso o sujeito passivo manifeste a intenção de designar o árbitro;

VI - a intenção de designar árbitros nos termos do inciso II, §1, art.6º.

§2º O presidente do Centro de Arbitragem Tributária deve, no prazo de dois dias a contar da recepção do pedido de constituição de tribunal arbitral, dar conhecimento do pedido, por via eletrônica à administração tributária, ou juiz da causa caso haja processo ajuizado.

Seção II

Procedimento de designação dos árbitros

Artigo 11. Nos casos previstos no parágrafo primeiro nos incisos I e II do artigo 6.º, o Conselho de Arbitragem tributária:

I -designa o árbitro ou árbitros;

II- notifica as partes dessa designação, no prazo de cinco dias após a recepção do requerimento referido no artigo anterior; e

III- comunica a data para a realização de reunião com o árbitro ou árbitros, Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso e o sujeito passivo para efeitos de constituição do tribunal arbitral, que deve ocorrer no prazo máximo de 15 dias.

§1º Nos casos previstos no inciso II, parágrafo primeiro do artigo 6.º, a Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso –SEFAZ, notifica o presidente do Centro de Arbitragem Tributária da indicação, efetuada pelo Secretário, de um dos árbitros do tribunal arbitral, no prazo de 10 dias a contar da recepção do pedido de constituição de tribunal arbitral.

§2º Em caso de incumprimento do prazo referido parágrafo anterior, o Conselho Arbitragem Tributária substitui-se à administração tributária na designação de árbitro, dispondo do prazo de cinco dias para a notificar, por via eletrônica, do árbitro nomeado.

§3º O Presidente do Conselho Arbitragem Tributária notificará o sujeito passivo do árbitro já designado no prazo de cinco dias a contar da recepção da notificação referida no parágrafo segundo, ou da designação a que se refere o parágrafo anterior.

§4º O sujeito passivo indica, mediante requerimento dirigido ao Centro de Arbitragem Administrativa, o árbitro por si designado, no prazo de 10 dias após a recepção da notificação referida no número anterior.

§5º Após a recepção do requerimento referido parágrafo anterior, o presidente do Conselho Arbitragem Tributária notifica, por via eletrônica, os árbitros designados para, no prazo de 10 dias, designarem o terceiro árbitro.

§6º Designado o terceiro árbitro, o presidente do Conselho de Arbitragem Tributária informa as partes dessa designação e comunica a data para a realização de reunião com os árbitros, o Secretário da Fazenda e o sujeito passivo para efeitos de constituição do tribunal arbitral, que deve ocorrer no prazo máximo de 15 dias.

§7º O Tribunal Arbitral considera-se constituído com a realização da reunião referida no inciso III do caput, consoante o caso.

Seção II

Taxa de arbitragem

Artigo 12. Pela constituição de Tribunal Arbitral é devida taxa de arbitragem, cujo valor, fórmula de cálculo, base de incidência objetiva e montantes mínimo e máximo são definidos nos termos de Regulamento de Custas a ser aprovado pelo Conselho de Arbitragem Tributária.

§1º Nos casos em que o sujeito passivo não designa árbitro, previstos no inciso II do artigo 6.º desta lei, o sujeito passivo pagará, na data do envio do pedido de constituição do Tribunal Arbitral, a taxa de arbitragem inicial, devendo a fixação do montante e a eventual repartição pelas partes das custas diretamente resultantes do processo arbitral ser efetuada na decisão arbitral que vier a ser proferida pelo Tribunal Arbitral.

§2º Nos casos em que o sujeito passivo manifesta a intenção de designar árbitro, nos termos da no inciso II do artigo 6.º desta lei, o sujeito passivo pagará, na data do envio do pedido de constituição do tribunal arbitral, a taxa de arbitragem pela totalidade.

§3º A falta de pagamento atempada da taxa de arbitragem inicial ou da taxa de arbitragem é causa impeditiva da constituição do tribunal arbitral.

SEÇÃO II

Efeitos da constituição de tribunal arbitral

Artigo 13. Nos pedidos de constituição de Tribunais Arbitrais que tenham por objeto a apreciação da legalidade dos atos tributários previstos no artigo 2.º, o Secretário da Fazenda pode, no prazo de oito dias a contar do conhecimento da constituição do tribunal arbitral, proceder à revogação, ratificação, reforma ou conversão do ato tributário cuja ilegalidade foi suscitada, praticando, quando necessário, ato tributário substitutivo.

§1º Quando o ato tributário objeto do pedido de pronúncia arbitral seja, nos termos do caput, total ou parcialmente, alterado ou substituído por outro, o Secretário da Fazenda procede à notificação do sujeito passivo para, no prazo de 10 dias, se pronunciar, prosseguindo o procedimento relativamente a esse último ato se o sujeito passivo nada disser ou declarar que mantém o seu interesse.

§2º Findo o prazo previsto no parágrafo primeiro, a Secretaria da Fazenda de Mato Grosso (SEFAZ) fica impossibilitada de praticar novo ato tributário relativamente ao mesmo sujeito passivo ou obrigado tributário, imposto e período de tributação, a não ser com fundamento em fatos novos.

§3º A apresentação dos pedidos de constituição de Tribunal Arbitral preclui o direito de, com os mesmos fundamentos, reclamar, impugnar, requerer a revisão, ou a promoção da revisão oficiosa, ou suscitar pronúncia arbitral sobre os atos objeto desses pedidos ou sobre os consequentes atos de liquidação, exceto quando o procedimento arbitral termine antes da data da constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral termine sem uma pronúncia sobre o mérito da causa.

§4º Salvo quando a lei dispuser em contrário, são atribuídos à apresentação do pedido de constituição de tribunal arbitral os efeitos da apresentação de impugnação judicial, nomeadamente no que se refere à suspensão do processo de execução fiscal e à exigibilidade do crédito tributário.

Artigo 14. Os pedidos de constituição de tribunal arbitral apresentados com a vista à obtenção das pronúncias previstas do artigo 2.º suspende exigibilidade do crédito tributário.

CAPÍTULO III

Processo arbitral

SEÇÃO I

Disposições gerais

Início do processo arbitral

Artigo 15. O processo arbitral tem início na data da constituição do tribunal arbitral, nos termos do parágrafo sétimo do artigo 11.

Seção II

Princípios processuais

Artigo 16. Constituem princípios do processo arbitral:

- I - o contraditório, assegurado, designadamente, através da faculdade conferida às partes de se pronunciarem sobre quaisquer questões de fato ou de direito suscitadas no processo;
- II- a igualdade das partes, concretizado pelo reconhecimento do mesmo estatuto substancial às partes, designadamente para efeitos do exercício de faculdades e do uso de meios de defesa;
- III- a autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação das regras a observar com vista à obtenção, em prazo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas;

IV- a oralidade e a imediação, como princípios operativos da discussão das matérias de fato e de direito;

V- a livre apreciação dos fatos e a livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, de acordo com as regras da experiência e a livre convicção dos árbitros;

VI- a cooperação e boa-fé processual, aplicável aos árbitros, às partes e aos mandatários;

VII- a publicidade, assegurando-se a divulgação das decisões arbitrais devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito.

Seção II

Tramitação

Artigo 17. Recebido o requerimento a que refere o artigo 10º, o tribunal arbitral notificará o Secretário da Fazenda para, no prazo de 15 dias, apresentar resposta e, caso queira, solicitar a produção de prova adicional.

Parágrafo Único. A administração tributária remeterá ao tribunal arbitral cópia do processo administrativo dentro do prazo de apresentação da resposta, aplicando-se, na falta de remessa, o disposto no artigo 400 do Código de Processo Civil.

Artigo 18. Apresentada a resposta, o tribunal arbitral promove uma primeira reunião com as partes para:

I - definir a tramitação processual em função das circunstâncias do caso e da complexidade do processo;

II - ouvir as partes quanto a eventuais exceções que sejam necessárias apreciar e decidir antes de conhecer do pedido; e

III - convidar as partes a corrigir as suas peças processuais, quando necessário.

Parágrafo Único. Na reunião referida neste artigo, deve ainda ser comunicada às partes uma data para as alegações orais, caso sejam necessárias, bem como a data para a decisão arbitral, tendo em conta o disposto no artigo 21.º

Artigo 19. A ausência de qualquer das partes ao ato processual, a não apresentação de defesa ou não a produção de prova solicitada não obstam ao prosseguimento do processo e à consequente emissão de decisão arbitral com base na prova produzida, de acordo com o princípio da livre apreciação da prova e da autonomia do tribunal arbitral na condução do processo.

Parágrafo Único. Sem prejuízo do disposto no caput, o tribunal arbitral pode permitir a prática de ato omitido ou a repetição de ato ao qual a parte não tenha comparecido, bem como o respectivo adiamento.

Artigo 20. A substituição na pendência do processo dos atos objeto de pedido de decisão arbitral com fundamento em fatos novos implica a modificação objetiva da Demanda

Parágrafo Único. No caso a que se refere o caput, o Secretário da Fazenda notificará o tribunal arbitral da emissão do novo ato para que o processo possa prosseguir nesses termos.

Seção III

Decisão Arbitral

Artigo 21. A decisão arbitral deve ser emitida e notificada às partes no prazo de seis meses a contar da data do início do processo arbitral.

Parágrafo Único. O tribunal arbitral pode determinar a prorrogação do prazo referido no número anterior por sucessivos períodos de dois meses, com o limite de seis meses, comunicando às partes essa prorrogação e os motivos que a fundamentam.

Seção IV

Deliberação, conteúdo e forma

Artigo 22. A decisão arbitral é tomada por deliberação da maioria dos seus membros, podendo esta ser decomposta para esse efeito em pronúncias parciais incidentes sobre as diversas questões suscitadas no processo, salvo nos casos de árbitro singular.

§1º É aplicável à decisão arbitral o disposto no artigo 489, Código de Processo Civil relativamente à sentença judicial.

§2º A decisão arbitral é assinada por todos os árbitros, identificando os fatos, objeto de litígio, as razões de fato e de direito que motivaram a decisão, bem como a data em que foi proferida, sendo remetido um exemplar assinado da decisão a cada uma das partes.

§3º Da decisão arbitral proferida pelo tribunal arbitral constará a fixação do montante e a repartição pelas partes das custas diretamente resultantes do processo arbitral, quando o tribunal tenha sido constituído nos termos previstos no Parágrafo Primeiro, inciso I e II do artigo 6.º

§4º Os árbitros podem fazer lavrar voto de vencido quanto à decisão arbitral e quanto às pronúncias parciais.

Seção V

Dissolução do Tribunal Arbitral

Artigo 23. Após a notificação da decisão arbitral, o Conselho de Arbitragem Tributária notifica as partes do arquivamento do processo, considerando-se o tribunal arbitral dissolvido nessa data.

Seção VI

Efeitos da decisão arbitral de que não caiba recurso ou impugnação

Artigo 24. A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a administração tributária a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exatos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais, alternativa ou cumulativamente, consoante o caso:

- I - praticar o ato tributário legalmente devido em substituição do ato objeto da decisão arbitral;
- II - restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito;
- III - rever os atos tributários que se encontrem numa relação de prejudicialidade ou de dependência com os atos tributários objeto da decisão arbitral, designadamente por se inscreverem no âmbito da mesma relação jurídica de tributária, ainda que correspondentes a obrigações periódicas distintas, alterando-os ou substituindo-os, total ou parcialmente;
- IV- liquidar os créditos tributários em conformidade com a decisão arbitral ou abster-se de as liquidar.

§1º Sem prejuízo dos demais efeitos previstos nesta lei, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação constitui título executivo judicial.

§2º Quando a decisão arbitral ponha termo ao processo sem conhecer do mérito da pretensão por fato não imputável ao sujeito passivo, os prazos para a reclamação, impugnação, revisão, promoção da revisão oficiosa, revisão da matéria tributável ou para suscitar nova pronúncia arbitral dos atos objeto da pretensão arbitral deduzida contam-se a partir da notificação da decisão arbitral.

§3º A decisão arbitral impede que a administração tributária pratique novo ato tributário relativamente ao mesmo sujeito passivo ou obrigado tributário e período de tributação, salvo nos casos em que este se fundamente em fatos novos diferentes dos que motivaram a decisão arbitral.

§4º É devido o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previsto na lei Código Tributário Nacional.

Seção VII

Recurso da decisão arbitral

Artigo 25. Caberá recurso contra decisão arbitral proferida por arbitro único.

Parágrafo Único. O recurso será acompanhado de cópia do processo arbitral, e será deduzido no prazo de 15 dias, contado da notificação da decisão arbitral.

Artigo 26. O recurso contra decisão arbitral terá efeito suspensivo e será dirigido ao Conselho de Arbitragem Tributária.

§1º Caberá ao Conselho nomear o presidente do Tribunal Arbitral competente para julgar o recurso.

§2º Caberá às partes a escolha dos outros dois árbitros competentes para o julgamento ou caso não o façam aplicar-se-á a segunda parte do inciso II, §1º, artigo 6º, desta lei.

SEÇÃO IV

Impugnação da decisão arbitral

Artigo 25. A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é suscetível de impugnação para o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, aplicando-se no que couber os artigos 32 e 33 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Parágrafo Único. Sem prejuízo das disposições previstas no caput, a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral quando manifestamente contrária a entendimento expresso em:

I - decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior

Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

TÍTULO II

Disposições finais

Seção I

Direito subsidiário

Artigo 29. São de aplicação subsidiária ao processo arbitral tributário, de acordo com a natureza dos casos omissos:

I - as normas contidas na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996;

II - as normas sobre a organização e funcionamento da administração tributária estadual;

III- as normas sobre organização e processo nos tribunais administrativos e tributários;

IV - a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999;

V - a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Parágrafo Único. O disposto no número anterior não dispensa, nem prejudica, o dever de o tribunal arbitral definir a tramitação mais adequada a cada processo especificamente considerado, nos termos do disposto nos artigos 18 e 19 e atendendo aos princípios da celeridade, simplificação e informalidade processuais.

Seção II

Conselho de Arbitragem Tributária

Artigo 30. O Conselho de Arbitragem Tributária será composto por 15 membros designados para mandatos de 2 (dois) anos sendo:

I - 3 (três) indicados pela Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso;

II- 3 (três) indicados pelo Conselho de Contribuintes Fiscais;

III- 3 (três) indicados pela Ordem do Advogados do Brasil, seccional de Mato Grosso;

IV - 3 (três) indicados pelos Ministério Público Estadual de Mato Grosso;

V - 3 (três) indicados pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

Seção III

Normas e Disposições Transitórias

Artigo 31. Os sujeitos passivos podem, a partir da entrada em vigor do presente desta lei e até ao termo do prazo de um ano, submeter à apreciação de tribunais arbitrais constituídos do artigo 6.º, pretensões que tenham por objeto atos tributários que se encontrem pendentes de decisão em primeira instância nos tribunais judiciais tributários há mais de dois anos, com dispensa de pagamento de custas judiciais.

Parágrafo Único. A utilização da faculdade prevista no artigo anterior determina, a partir do momento em que o processo arbitral se considera iniciado, a alteração da causa de pedir ou a extinção da instância, de acordo com os fundamentos apresentados no pedido de pronúncia arbitral, impondo-se ao impugnante promovê-la no prazo de 60 dias, juntando cópia do pedido de pronúncia arbitral.

Artigo 32. Esta lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.