



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

KÉZIA YONARA SOARES DOS SANTOS

**A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E A INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO
TRIBUTÁRIO NA BUSCA DE MEIOS EFETIVOS DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS FISCAIS**

**CAMPINA GRANDE
2021**

KÉZIA YONARA SOARES DOS SANTOS

**A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E A INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO
TRIBUTÁRIO NA BUSCA DE MEIOS EFETIVOS DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS FISCAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito.

Orientador: Prof. Me. Álvaro Jáder Lima Dantas.

**CAMPINA GRANDE
2021**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S237a Santos, Kezia Yonara Soares dos.

A arbitrabilidade objetiva e a indisponibilidade do crédito tributário na busca de meios efetivos de resolução de conflitos fiscais [manuscrito] / Kezia Yonara Soares dos Santos. - 2020.
32 p. : il. colorido.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2021.

"Orientação : Prof. Me. Álvaro Jáder Lima Dantas ,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Arbitragem. 2. Resolução de conflitos. 3. Direito tributário. I. Título

21. ed. CDD 347

KÉZIA YONARA SOARES DOS SANTOS

A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E A INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO
TRIBUTÁRIO NA BUSCA DE MEIOS EFETIVOS DE CONFLITOS FISCAIS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito.

Aprovado em: ___/___/_____.

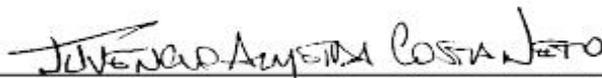
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Alvaro Jáder Lima Dantas
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Ma. Izabelle Pontes Ramalho Wanderley Monteiro
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Juvencio Almeida Costa Neto
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

A Deus,
toda honra e toda a glória é d'Ele!
À minha família, base de tudo!

AGRADECIMENTOS

A Deus, porque sem Ele não podemos nada!

Ao meu esposo, por toda confiança, companheirismo e incentivo, que sempre acreditou e nunca me abandonou, meu amor para toda minha vida!

Ao meu filho Neto, o filho da minha salvação, por se preocupar e estar sempre me ajudando em tudo!

Aos meus filhos Obadias e Pedro, meus amores!

À minha mãe pelo apoio de sempre, sem ela não seria ninguém, minha joia rara!

À minha família em geral, por ser um presente de Deus, o bem precioso que Ele me deu.

Ao meu orientador, o Professor Álvaro Jader Lima Dantas, pela paciência e dedicação para comigo!

RESUMO

Este artigo discute a arbitrabilidade objetiva e a indisponibilidade do crédito tributário na busca de meios efetivos de conflitos fiscais. Seu objetivo é analisar se o princípio da indisponibilidade do interesse público obsta a arbitrabilidade objetiva do crédito tributário na concreção da arbitragem no Brasil. O artigo foi desenvolvido através de pesquisa explicativa, exploratória, bibliográfica e documental, mediante estudo com base em livros, dados, documentos, leis, artigos científicos e materiais sobre o tema. Quanto ao método, aplicou-se o fenomenológico através do qual se observou que o princípio da indisponibilidade do interesse público, no que tange ao interesse público secundário, não impede a arbitrabilidade do crédito tributário na resolução dos conflitos fiscais, buscando disponibilizar às partes a arbitragem como meio alternativo de solução dos conflitos tributários.

Palavras-Chave: Arbitragem. Disponibilidade do Crédito Tributário. Arbitrabilidade Objetiva.

RESUMEN

Este artículo analiza la arbitrabilidad objetiva y la indisponibilidad de créditos fiscales en la búsqueda de medios efectivos para resolver disputas fiscales. Su objetivo es analizar si el principio de indisponibilidad del interés público impide la arbitrabilidad objetiva del crédito fiscal en la ejecución del arbitraje en Brasil. El artículo se desarrolló a través de una investigación explicativa, exploratoria, bibliográfica y documental, mediante un estudio basado en libros, datos, documentos, leyes, artículos científicos y materiales sobre el tema. En cuanto al método, se aplicó el método fenomenológico mediante el cual se observó que el principio de indisponibilidad del interés público, respecto del interés público secundario, no impide el arbitraje del crédito tributario en la resolución de controversias tributarias, buscando poner el arbitraje a disposición de las partes como un medio alternativo para resolver disputas fiscales.

Palabras llave: Arbitraje. Disponibilidad de Crédito Fiscal. Arbitrabilidad Objetiva.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	A ARBITRAGEM NO BRASIL COMO CAMINHO PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS TRIBUTÁRIOS.....	10
2.1	O CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO NO BRASIL.....	10
2.2	A ARBITRAGEM BRASIL.....	16
3	PARA UMA NOVA PERSPECTIVA DA INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS NECESSÁRIAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA	21
3.1	DA (IN)DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	21
3.2	DAS MUDANÇAS LEGISLATIVAS NECESSÁRIAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL.....	25
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
	REFERÊNCIAS.....	31

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa intitulada “A arbitrabilidade objetiva e a indisponibilidade do crédito tributário na busca de meios efetivos de resolução de conflitos fiscais” busca avaliar se o princípio da indisponibilidade do interesse público presta obstáculo a concreção de uma arbitragem tributária no Brasil. Logo, o objetivo deste estudo consiste em analisar uma ponderação entre a arbitrabilidade objetiva e o princípio da indisponibilidade do interesse público, até que ponto o princípio da indisponibilidade do interesse público pode impedir a arbitrabilidade objetiva do crédito tributário.

Pretende-se, portanto, conceituar e caracterizar a arbitragem no Brasil, como também fazer refletir sobre sua utilização como alternativa possível na resolução de litígios tributários. Conseqüentemente, tenciona-se considerar até onde o requisito da arbitrabilidade objetiva pode entrar em contraposição ao princípio da indisponibilidade do crédito público e viabilizar uma ponderação entre as noções vistas, averiguando se a arbitragem tributária é possível ao caso brasileiro. Por isso, fez-se necessário examinar as discussões doutrinárias acerca de mudanças legislativas, bem como, as propostas de mudanças legislativas em tramitação no Congresso Nacional, como medidas de soluções possíveis para a arbitragem tributária.

Quanto à metodologia aplicada ao estudo, foram tomados como base dois critérios: a pesquisa quanto aos fins e a pesquisa quanto aos meios. 1) Quanto aos fins, a pesquisa caracteriza-se como explicativa e exploratória. 1a) Explicativa, por ter como objetivo principal mostrar que a indisponibilidade do crédito público não obsta a materialização da arbitragem como uma alternativa possível para a solução de litígios tributários. 1b) Exploratória, porque a arbitragem como possível proposta para a solução de litígios tributários ainda é alvo de vários estudos e discussões. 2) Quanto aos meios, optou-se por uma pesquisa bibliográfica e documental. 2a) Pesquisa documental, porque avalia registros documentais. 2b) Bibliográfica, pois é um estudo desenvolvido com base e material como livros, teses, leis, revistas, artigos científicos e materiais disponibilizados em internet.

Vale ressaltar que, para este estudo, não se propõe nenhum método já concebido, partindo-se da análise de situações na busca de proposições com base em críticas dos projetos já existentes.

No primeiro tópico, abordam-se os problemas enfrentados pelo contencioso tributário no Brasil, que se dá pelo fato da vasta demora por partes dos aplicadores do direito na resolução dos processos tributários. Elencam-se, causas desses problemas que se dão por inúmeros fatores como o alto índice de processos não solucionados, a morosidade do judiciário e do poder administrativo, a interpretação restrita da lei fazendo com que surjam inúmeros conflitos, a desconfiança por parte do contribuinte em relação às decisões administrativas e à falta de *expertise* dos juízes “generalistas” na resolução dos litígios tributários, disponibilizando ao cidadão uma falha na prestação dos serviços públicos.

Em seguida, discorre-se acerca da arbitragem como um meio jurisdicional privado, cujo árbitro é um terceiro imparcial, escolhido entre as partes, com elevada capacidade técnica para resolução de litígios. Reflete-se sobre a arbitragem na Administração Pública, em especial a arbitragem na solução dos conflitos tributários, a qual seria possível através da aplicação do princípio da legalidade, que, segundo Rocha (2017, p.39), “não deve buscar o formalismo jurídico e sim uma abertura suficiente da lei para a adequação dos padrões previstos nos textos normativos”.

No segundo tópico, apresenta-se a flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público e a discussão sobre a (in)disponibilidade do crédito público frente à aplicação da arbitragem na solução de conflitos tributários. Conseqüentemente, discorre-se sobre as possibilidades de alterações legislativas no Código Tributário Nacional, para que a implementação da arbitragem possa acontecer de forma efetiva e eficaz, e, da mesma forma, os projetos de lei que tramitam atualmente no Congresso Nacional, como meio de implementação da arbitragem em matéria tributária.

2 A ARBITRAGEM NO BRASIL COMO CAMINHO PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS TRIBUTÁRIOS

Neste tópico, a presente pesquisa visa discutir qual o atual estado do contencioso tributário no Brasil. O primeiro passo consiste em analisar as dificuldades enfrentadas pelo contencioso tributário, tanto administrativo como o contencioso judicial, e, posteriormente, explicar quais são as razões desses problemas. Num segundo momento, discorre-se sobre a arbitragem no Brasil, quais as suas vantagens e como ela pode ser utilizada como meio jurisdicional alternativo, na resolução de demandas tributárias na Administração Pública.

2.1 O CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO NO BRASIL

É possível que se veja atualmente na legislação brasileira, em especial na legislação tributária, uma crise institucional no que tange à aplicação da lei nos conflitos, marcadamente os que discutem questões sobre a tributação. Tanto o Fisco como os Contribuintes dispõem de uma ampla gama de argumentos, ora mais literais e ora mais consequencialistas, que acabam se intercalando nas suas pretensões, de modo que nem mesmo há uma regularidade nessa defesa de interesses. Em certas causas, é o fisco que defende uma literalidade, enquanto os contribuintes defendem critérios de uma justiça tributária; em outras simultâneas a essas, os papéis se invertem.

De acordo com Rocha (2017, p. 7), o Direito Tributário tem como característica principal o formalismo jurídico, o que confere a ele um conceito fechado, objetivo, rígido; entendimento que vem sendo defendido ao longo dos anos por vários doutrinadores clássicos. Assim sendo, o Direito Tributário, na forma como é compreendido majoritariamente, parece ser revestido de uma legalidade estrita, na qual o legislador procurou contemplar no código todas as situações possíveis, com o objetivo de restringir a interpretação por parte dos órgãos aplicadores do direito e de proteger as pessoas do abuso do Poder Público.

Em consonância com essa legalidade estrita, o Direito Tributário é revestido da tipicidade cerrada que, para o mesmo autor (ROCHA, 2017, p. 9), “exige que os elementos integrantes do tipo sejam de tal modo precisos e determinados na sua

formulação legal, que o órgão de aplicação do direito não possa introduzir critérios subjetivos de apreciação na sua aplicação concreta”.

Partindo dessa concepção tradicional de direito tributário, o tributo é visto como uma consequência de fatos enumerados e previstos pelo legislador, de modo que **aquilo que não está na lei não existe, ou não é juridicamente relevante**. (Grifo nosso). Dessa maneira, a tipicidade procura limitar da maior forma possível tanto a conduta do administrador como a do juiz, obstaculizando sua atuação interpretativa e integrativa da lei, e buscando através da atividade legislativa a segurança jurídica.

Em conformidade ao exposto, Rocha (2017, p. 23), complementa:

[...] a busca de segurança na atividade do legislador, mediante a elaboração da lei, se dá muitas vezes pela descrença no órgão de aplicação. Ou seja, se o ponto de partida é que as leis são mal interpretadas/aplicadas, busca-se, na sua elaboração um fechamento conceitual, uma determinação, um enclausuramento, que limitam ao máximo a liberdade de conformação do intérprete/aplicador.

Torna-se interessante perceber que a desconfiança se dá em relação ao aplicador e não somente ao juiz. Sendo assim, no âmbito administrativo, essa falta de confiança nos julgadores parte da perspectiva que eles geralmente utilizam da lei para defender o anseio arrecadatário do Fisco. No Poder Judiciário, a desconfiança surge da falta de *expertise* para solucionar questões tributárias complexas. Muitas vezes, demandas tributárias exigem conhecimentos específicos sobre a tributação de um determinado ramo econômico, algo que um juiz “generalista” de primeira instância – de uma vara fazendária, por exemplo - não possui.

A predominância desse modelo de legalidade e tipicidade supostamente confere ao Direito Tributário uma preocupação exclusiva com conceitos fechados e uma interpretação restrita. Essa interpretação restrita da norma faz com que a lei não alcance os conflitos no caso concreto, uma vez que o viver em sociedade é um estado complexo, em decorrência do seu dinamismo, que favorece constantes transformações, como bem exemplifica a evolução da tecnologia digital.

A complexidade dos litígios faz surgir a necessidade de que se interprete a lei diante dos fatos concretos dentro dos limites da legalidade e dos princípios constitucionais vigentes. Considerando, pois, a complexidade dos elementos

formadores dessa análise – intérprete, texto e contexto -, Greco (2011, p. 502) destaca:

[...] na relação intérprete e texto, o que se interpreta efetivamente e o que se descreve não é o 'mundo do texto' nem o mundo 'atrás do texto'. Interpretação é, em última análise, a expressão de como o intérprete, através do texto, vê e constrói seu próprio mundo, seu ambiente num determinado contexto.

Diante, pois, do contexto – que pode ser compreendido como as particularidades do caso concreto –, faz-se necessário uma discussão acerca dos problemas existentes no processo de aplicação das normas tributárias e na resolução do imenso contingente de litígios decorrentes daquela desconfiança no papel do aplicador já abordada anteriormente. No que tange a matéria tributária, existem duas vias de tentativas para a resolução dos litígios: o processo administrativo tributário e processo judicial.

Em regra, os conflitos tributários discutidos no âmbito da administração pública são levados a auditores, que costumam conhecer e julgar os processos em primeira instância e, posteriormente, caso seja necessário, a estruturas colegiadas, que podem receber títulos, como tribunais – é o caso do TATE (Tribunal Administrativo-Tributário) do Estado de Pernambuco e o TIT (Tribunal de Impostos e Taxas) do Estado de São Paulo –, ou conselhos administrativos fiscais. O interessante é que, ao menos na primeira instância, o mais comum é que os agentes públicos – parte da autoridade administrativa portanto – são aqueles que tratam da matéria e efetivamente decidem, figurando como parte e juiz ao mesmo tempo no contencioso fiscal, apesar da ressalva do dever agir conforme a legislação determina.

De acordo com Carneiro (2018, p. 62), o processo administrativo tributário “é instaurado através da impugnação, ou simplesmente de uma defesa administrativa do sujeito passivo relativa ao lançamento do tributo ou ao auto de infração lavrado pela fazenda.”. Assim, o lançamento, conforme o art. 142 do CTN, é um procedimento administrativo que tende 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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Com o lançamento, o crédito tributário é constituído, e o

sujeito passivo passa a poder impugná-lo, ensejando reforma ou a extinção do processo/ato administrativo.

Apesar de o CTN conter as normas gerais sobre o direito tributário, ele não possui a competência de regular o processo administrativo em todos os âmbitos da federação, ficando a cada um dos entes, União, Estados, Municípios e Distrito Federal o encargo de legislar acerca dos próprios processos fiscais. Isso complica ainda mais a situação das empresas que atuam em todo o território nacional e que têm que administrar diversos processos, observando diversas legislações processuais distintas.

No âmbito da União, o processo administrativo é regido pelo Decreto nº 70.235/92, com aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99 e do Código de Processo Civil. E, de acordo com Carneiro (2018, p. 64), ocorre da seguinte forma: impugnado o lançamento, o processo é encaminhado para julgamento em primeira instância, que se dá nas Delegacias Regionais. Julgada improcedente a impugnação, caberá ao sujeito passivo o recurso voluntário, e julgada procedente, caberá o recurso de ofício pelo fisco; ambos os recursos são encaminhados para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. O recurso de ofício que for indeferido gera uma decisão administrativa irrecorrível. Por outro lado, em caso de deferimento do recurso de ofício, abre-se prazo para o contribuinte interpor o recurso voluntário, que irá ser distribuído em outra câmara diversa da que julgou o recurso de ofício.

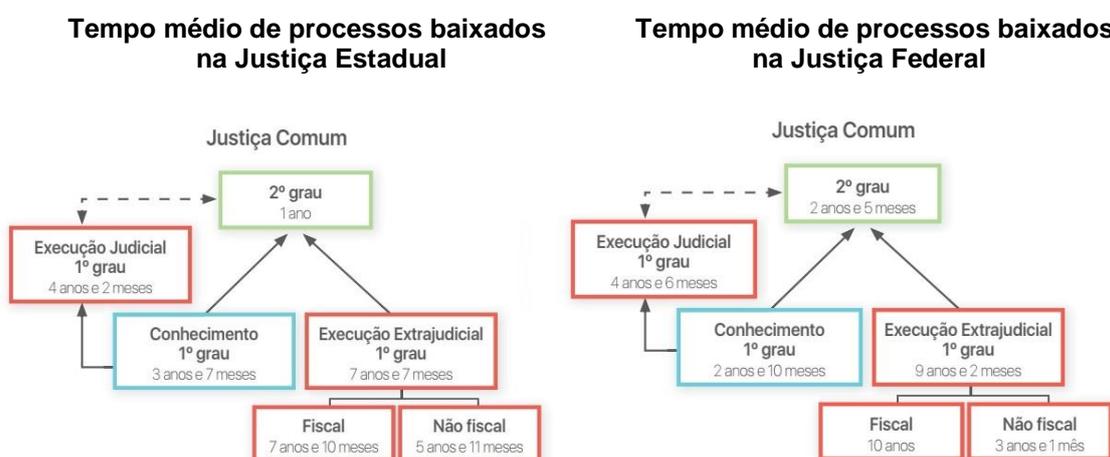
Rocha (2017, p.54) critica essa forma de jurisdição administrativa, afirmando que “não é possível justiça tributária sem um processo tributário justo e equilibrado, desenvolvido no âmbito de uma instituição independente, composta por julgadores que conheçam profundamente o Direito Tributário.”. Isso porque, no processo administrativo, **o mesmo órgão que julga é também parte no processo**, e a figuração da administração pública como parte e juiz no mesmo processo traz ao contribuinte uma sensação de desconfiança do órgão julgador. (Grifo nosso).

Insta lembrar que um dos papéis do processo administrativo fiscal é fazer com que os conflitos tributários sejam solucionados e não cheguem à via judicial. Porém, os processos administrativos não possuem prazos determinados para conclusão, levando longos anos para serem solucionados, o que gera uma situação de insegurança jurídica para os contribuintes, os quais acabam recorrendo ao judiciário, na busca de vencer a morosidade processual.

No que tange ao processo judicial, o Poder Judiciário brasileiro vem passando por diversos problemas, no que diz respeito ao acúmulo de processos judiciais a serem sentenciados. De acordo com o Relatório Justiça em Números 2020, ano base 2019, a taxa de congestionamentos de processos brasileiros em 2019 foi de 68,5%. Aproximadamente, cerca de 31,5% de processos que tramitam na justiça brasileira foram baixados, ou seja, numa média de 100 processos cerca de 32 foram solucionados. Apesar de que, de acordo com o CNJ, esse tenha sido o maior número de processos baixados na história, sendo o segundo ano consecutivo de queda nos números de casos pendentes, ainda há um grande contingente de processos sem uma prestação jurisdicional rápida e eficaz.

Conforme cita o Relatório entre 2009 e 2016, a taxa de congestionamento oscilou entre 70% e 73%. A partir de então, a taxa começou a regredir e atingiu o menor índice da história com 68,5% de processos judiciais em andamento. Isso demonstra que, mesmo com o crescimento desse número processual, o congestionamento ainda é bastante elevado, sendo visível o reduzido número de processos baixados, fato que corrobora com a urgente necessidade de um sistema judicial brasileiro mais eficiente.

Dessarte, essa morosidade processual traz para população uma sensação de insegurança e insatisfação, gerando uma descredibilidade no judiciário. A taxa ainda varia de acordo com Estados e Tribunais e agrava-se ainda mais nas judicializações correspondentes a litígios tributários, conforme se pode observar no gráfico abaixo:



Fonte: Justiça em Números 2020, p. 51

Fonte: Justiça em Números 2020, p. 59

De acordo com o sumário Justiça em Números 2020, as execuções fiscais são as principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, levando cerca de 10 anos para serem baixados. Além disso, a justiça processual brasileira é dotada de uma imensa quantidade de procedimentos recursais, fazendo com que os processos se estendam por um longo período. Vale salientar que a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu Título IV, traz quase que completamente as normas sobre o Sistema Tributário Nacional, fazendo com que relevantes questões sobre a matéria sejam encaminhadas até a Suprema Corte, contribuindo para que o judiciário demore ainda mais, como demonstrado anteriormente, através da exposição gráfica para solução de demandas tributárias. Em vista de a morosidade interferir diretamente na duração razoável do processo, afeta não só a Administração Pública, mas, principalmente, o contribuinte, o qual deixa de ter seus direitos efetivamente garantidos em um tempo legítimo.

Outro problema concernente ao procedimento judicial tributário é a falta de aptidão técnica específica na matéria, por parte de juízes e tribunais para aplicação das normas, fato corroborado por Rocha (2017, p. 56):

A verdade é que o juiz médio não foi treinado e preparado, para apreciar questões tributárias que fujam aos debates envolvendo princípios constitucionais e outras matérias de natureza essencialmente jurídica, normalmente radicadas na interpretação da Constituição Federal ou do Código Tributário Nacional.

Os processos que envolvem questões tributárias são complexos e muitas vezes requerem dos julgadores uma análise técnica específica e especializada de matéria aplicada a um ramo econômico, que, na maioria das vezes, um juiz comum “generalista” não possui. Exemplificando, citam-se os processos que podem exigir um conhecimento contábil, a exemplo da adoção do *International Financial Reporting Standards* no Brasil, a partir da Lei nº 11.638/07, um padrão de norma utilizado a nível mundial, para a elaboração e divulgação de demonstrações contábeis, ou até mesmo se um determinado produto pode ser considerado ou não como insumo para determinada atividade econômica.

Percebe-se, pois, que o contencioso brasileiro parece apresentar obstáculos para a concreção dos direitos do contribuinte: 1) seja pelo formalismo jurídico, cuja interpretação é pretensamente arraigada na legalidade estrita e na tipicidade cerrada; 2) seja pela falta de confiança que o contribuinte possui em relação aos

órgãos jurisdicionais; 3) seja pela multiplicidade de processos estagnados, aguardando decisão e a pluralidade de recursos disponíveis; 4) seja pela falta de habilidade técnica específica dos órgãos instituídos, configurando-se numa prestação jurisdicional de qualidade incerta, a qual não cumpre com os princípios constitucionais, garantias e direitos do contribuinte.

Diante dos fatos expostos, tem-se dado bastante relevância aos meios alternativos de solução de conflitos, oferecendo ao contribuinte novas formas de resolução da(s) lide(s), fora da via judicial e administrativa, como é o caso da Arbitragem.

2.2 A ARBITRAGEM NO BRASIL

Como se sabe, a Arbitragem é um meio heterocompositivo de resolução de conflitos e foi regulada pela Lei nº 9.307/96. Nela, são percebidas algumas características interessantes, como a possibilidade de escolha pelas partes de um árbitro com alta especialidade e capacidade técnica no assunto, para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis. Complementando, Scavone Júnior (2017, p. 19) traz sua definição de Arbitragem:

O meio privado e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

A arbitragem é meio privado por resultar de um negócio jurídico firmado entre as partes, onde elas abdicam da jurisdição estatal por meio de uma convenção de arbitragem. Esta, por sua vez, é gênero que se manifesta em duas espécies: a cláusula arbitrária e o compromisso arbitral. De acordo com o art.4º da Lei 9.307/96, a cláusula compromissória “é a convenção, através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato.”. A cláusula compromissória deve vir expressamente estipulada no contrato. Já o compromisso arbitral está inserido no art. 9º da mesma lei, que “é a convenção, através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”. Para Cunha (2020, p. 897), o compromisso arbitral pode ser extrajudicial, firmado

em contrato público, assinado por duas testemunhas, ou pode ser judicial, no qual as partes renunciam ao processo judicial e firmam o acordo perante o juiz ou tribunal.

É importante ressaltar que a cláusula arbitrária existe previamente ao surgimento do litígio quando as partes ao contratarem admitem à arbitragem a solução de qualquer conflito que possa advir durante o contrato. Já o compromisso arbitral surge depois que o conflito já se iniciou. Ambos produzem efeito vinculante e submetem as partes à arbitragem.

Dessa forma as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil - CPC de 2015 ratificou a arbitragem como um meio de jurisdição privada e conferiu à sentença proferida pelo árbitro caráter de definitividade, tendo valor de título executivo extrajudicial, de acordo com o art. 515 do CPC. Diante disso, com a relevância dada pelo CPC à arbitragem, Chiovenda (2000, p.3) afirma que “a natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição.”. Colaborando, Scavone Júnior (2018, p. 20) esclarece que o significado de jurisdição é “‘dizer o direito’, ou seja, é o poder conferido a alguém imparcial para aplicar a norma e solucionar o conflito por meio do processo, prolatando sentença capaz de produzir coisa julgada material e, nessa medida, pode ser imposta aos litigantes.”.

Não apenas o juiz no processo judicial, como também o árbitro, na Arbitragem, é um terceiro imparcial, ao qual é conferido o poder de aplicar o direito ao caso concreto, buscando a resolução da demanda que, uma vez solucionada, não caberá mais recurso. Essas qualidades amparam a natureza de jurisdicionalidade da arbitragem.

É sabido que esta possui natureza jurídica jurisdicional, ou seja, um equivalente jurisdicional paralelo à jurisdição estatal, por ter as seguintes características: definitividade da sentença arbitral, renúncia à recorribilidade na esfera jurisdicional estatal; exequibilidade da sentença, que é título executivo extrajudicial. Outro fator que corrobora com a natureza jurisdicional da arbitragem, é que o árbitro é um juiz de fato e de direito, o qual, uma vez escolhido pelas partes, é equiparado ao juiz togado, no que tange à decisão de forma impositiva que aplicará o direito ao caso concreto, cuja sentença proferida não necessita de homologação judicial, consoante ao art. 18 da Lei de Arbitragem.

Conforme Scavone Júnior (2018, p. 22), pode-se elencar diversas vantagens com o uso da arbitragem: a) especialidade: na arbitragem as partes optam por juízes

(árbitros) com habilidade técnica específica na matéria a ser julgada, enquanto que a jurisdição estatal os juízes recorrem aos peritos que, além do tempo para a análise do caso, muitas vezes não são de confiança das partes, as quais, em certos casos, contratam peritos particulares para suprimir suas dúvidas em relação ao conflito analisado; b) rapidez: o prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral é de seis meses, caso as partes não tenham acordado tempo diferente no contrato, de acordo com o art. 23 da Lei de Arbitragem.; c) irrecorribilidade: a sentença arbitral tem a mesma validade de uma sentença judicial transitada em julgado, não passível de recurso; d) informalidade: os procedimentos arbitrais não são revestidos das formalidades de um processo judicial, sendo procedimentos simples, como a escolha do árbitro, do direito material e processual a ser aplicado na solução do conflito, dentro dos limites da Lei nº 9.307/96; e) confidencialidade: a arbitragem pode ser sigilosa, diferente da arbitragem na administração pública que é regida pelo princípio da publicidade.

Ressalte-se, ainda, que a Arbitragem pode ser institucional ou avulsa. Institucional, quando as partes optam na convenção arbitral a se submeter a órgão especializado que tratará das questões formais, inclusive da escolha dos árbitros, observando o art. 13, §4º da Lei de Arbitragem:

As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, co-árbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

Isso posto, compreende-se que a arbitragem é avulsa quando as partes não escolhem uma instituição especializada para administrar a arbitragem e resolvem entre elas todo o procedimento.

Do ponto de vista de Cunha (2020, p. 902), a doutrina brasileira entende que a arbitragem depende da arbitrabilidade, termo utilizado para analisar quando uma determinada matéria pode se submeter à arbitragem. Ou seja, para que um litígio seja encaminhado para o juízo arbitral, ele deve possuir arbitrabilidade

No que concerne o caput do art. 1º da Lei 9.307/96, poderão se submeter à arbitragem apenas as pessoas capazes de contratar, feição subjetiva da arbitrabilidade, e cujos litígios versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, fato que constitui o caráter objetivo da arbitrabilidade.

Francisco José Cahali (2015, p. 133-134) explica:

A capacidade das partes para firmarem a convenção é *conditio sine qua non* para a utilização da arbitragem, correspondendo a arbitrabilidade subjetiva; de outro lado, para o atendimento da arbitrabilidade objetiva, exige-se que o objeto do litígio diga respeito especificamente ao tipo de direito delimitado na legislação.

A arbitrabilidade subjetiva está diretamente ligada a capacidade civil das pessoas para firmarem a convenção, porque, como se trata da abdicação da jurisdição estatal por meio de um negócio jurídico, elas devem estar plenamente capazes de dispor sobre seus direitos. Isso é marcante porque, na legislação brasileira, o direito dos incapazes se reveste de uma indisponibilidade a tal ponto, que se exige a intervenção do Ministério Público nas ações em que seus interesses estão em jogo. Já a arbitrabilidade objetiva está relacionada à matéria sobre a qual será objeto da arbitragem que, conforme a lei, os litígios passíveis de arbitragem devem versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

É mister elencar algumas considerações sobre as vantagens visíveis nas escolhas dos árbitros e sobre a possibilidade e a forma pela qual se conduz, a arbitragem administrativa. Para tanto, Elias (2012, p. 6) explica:

[...] o árbitro, tal qual um juiz togado, é investido na função jurisdicional, conforme previsão expressa no ordenamento, e pratica todos os atos inerentes ao julgamento do conflito. A ele é conferida a competência para conhecer, processar e decidir o conflito, sempre de forma fundamentada. Além disso, o árbitro é competente para comandar toda a “fase de instrução” de um procedimento arbitral, definindo as provas necessárias e pertinentes para a solução do conflito.

Os árbitros são pessoas imparciais, de confiança, escolhidos entre as partes para presidir a resolução do conflito. Possuem uma habilidade técnica específica no objeto da matéria a qual farão o julgamento. Essa escolha pode ser de um ou diversos árbitros que, neste caso, decidirão de forma coletiva. É interessante ressaltar que não necessariamente são pessoas formadas na área jurídica, como esclarece Scavone Júnior (2018, p. 133), mas, pessoas com aptidão especial para resolução do conflito.

Em relação à arbitragem na Administração Pública, a Lei nº 9.307/96 trouxe no seu art. 1º essa possibilidade de haver arbitragem na Administração Pública direta e indireta, com o objetivo de proporcionar ao Estado e ao cidadão, meios aos quais eles próprios possam escolher para a resolução das demandas tributárias

através da arbitragem. Contudo, a arbitragem na Administração Pública deve seguir o princípio da legalidade e da publicidade, de acordo com o art. 2º § 3º, que diz: “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”.

Insta dizer que, quando, neste estudo, fala-se em legalidade, não se refere à legalidade adstrita à letra da lei, a qual os clássicos interpretam as normas tributárias, e sim uma visão contemporânea, citada por Rocha (2017, p. 39):

[...] a legalidade não deve buscar o pretense fechamento conceitual, mas sim se realizar através da previsão de padrões previstos nos textos normativos que permitam uma abertura suficiente para a necessária adequação à cambiante mutação dos fatos econômicos e sociais.

Ao adequar à lei ao caso concreto, portanto, o órgão julgador não está afrontando o princípio da legalidade, pelo contrário, ele está ajustando a lei aos conflitos entre a Fazenda Pública e o Contribuinte, dentro dos procedimentos normatizados pela arbitragem.

Em relação à capacidade de a Administração Pública ser parte na arbitragem, já está expressamente admitido em lei e pacificado na doutrina, porém, discute-se na jurisprudência e na doutrina atual quais seriam as matérias que envolvem direitos patrimoniais disponíveis.

Ainda, um dos principais impedimentos relativos à arbitrabilidade no campo do direito público está relacionado à disponibilidade dos bens públicos, conforme explica Chamusca (2017, p. 19): “[...] o Estado pode e deve dispor de direitos patrimoniais, sem que isso esteja a dispor do interesse público. Isto porque a realização do interesse público, é alcançada mediante disposição de bens patrimoniais.”.

Dessa forma, no Brasil, a grande discussão sobre a arbitragem em matéria tributária concerne na arbitrabilidade objetiva em relação ao crédito tributário, se este dispõe de patrimonialidade e disponibilidade ou não. De início, já se pode dizer que não há dúvidas que o crédito tributário é um direito patrimonial, pois se reveste de conteúdo econômico. Nesse caso, a arbitrabilidade objetiva na aplicação de litígios tributários é discutida em relação ao Princípio da Indisponibilidade do crédito tributário.

3 PARA UMA NOVA PERSPECTIVA DA INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DAS MUDANÇAS LEGISLATIVAS NECESSÁRIAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Este tópico questiona se a indisponibilidade do crédito tributário inviabiliza a realização da arbitragem, e os motivos pelos quais não se adéqua aos critérios de arbitrabilidade objetiva propostos pelo instituto da arbitragem. Em um segundo momento, se verificado que a indisponibilidade do crédito tributário não presta obstáculo a utilização da arbitragem, a pesquisa vai conduzir uma argumentação acerca das mudanças legislativas necessárias para a implementação da arbitragem tributária no Brasil. Também, sugere o que deve ser feito para que os institutos se compatibilizem, além de proporcionar uma breve discussão a respeito dos projetos já propostos de mudanças legislativas na arbitragem brasileira.

3.1 Da (IN)DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, segundo Carvalho (2016, p. 60), é considerado um dos princípios basilares do sistema administrativo e diz que a Administração Pública deve agir de forma que o interesse da coletividade deva prevalecer sobre o interesse da administração.

Em corroboração, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 59) define interesse público como “o interesse do todo, do próprio corpo social”; neste caso, os bens não pertencem a Administração Pública, e sim à sociedade, sendo a primeira responsável apenas para gerir e conservá-los em prol da coletividade. Matheus Carvalho (2017, p. 59) explica: “[...] este princípio define os limites da atuação administrativa e decorre do fato de que a impossibilidade de abrir mão do interesse público deve estabelecer ao administrador os seus critérios de conduta.”.

Assim, o Estado não é detentor do interesse público, pois não é um interesse próprio, e sim de toda coletividade. Logo, ele não pode dispor de um interesse que não lhe pertence, ao contrário, ele deve agir conforme a lei, buscando satisfazer os anseios, interesses e bem comum da sociedade. Mello (2014, p. 62) fala que o interesse público não é absoluto e possui duas vertentes, dividindo-se em interesse público primário e interesse público secundário.

O interesse público primário está intimamente ligado aos interesses do bem geral, está acima dos interesses da Administração, ou seja, o interesse público primário é o interesse da coletividade, no qual a Administração busca atender as necessidades essenciais dos cidadãos, que são os titulares de tais direitos. Portanto, o interesse público primário é revestido de indisponibilidade, não podendo a Administração Pública dispor do que não é seu.

O mesmo autor (2014, p.66) afirma que o Estado é um ente jurídico, e, como as demais pessoas sujeitas de direitos, também possui interesses que lhe são particulares e individuais, como qualquer pessoa jurídica de direitos. Importante citar que os direitos próprios do Estado chamamos de direitos secundários, estes, por sua vez, disponíveis.

Nesse liame, o interesse secundário só pode se justapor quando não contradisser os interesses públicos primários e seu fim for a própria implementação desses direitos, ou seja, o interesse público secundário serve para operacionalizar os interesses da coletividade, na busca de satisfazer o interesse social.

De acordo com Passinato e Vale (2017, p. 1061):

[...] se for compreendido que há indisponibilidade da Administração sobre os interesses públicos secundários, incorreria em risco a própria saúde financeira do Estado, inviabilizando a prática de quais quer atividades públicas.

Diante disso, grande parte da doutrina discute a flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público no que tange ao interesse público secundário, uma vez que são patrimoniais e disponíveis. Conforme o relatório do Ministro Luiz Fux, no AgRg no Mandado de Segurança nº 11.308/DF:

Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumento de defesa de interesses públicos. Está sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público.

Destarte, analisando sob essa perspectiva, pode-se concluir que o princípio da indisponibilidade do interesse público não é obstáculo para a arbitrabilidade objetiva, uma vez que ele deve ser aplicado diante do contexto do caso concreto. Essa aplicação se dá a partir do parâmetro principiológico da legalidade, não tendo como base o modelo formalista de direito, e buscando a satisfação do interesse público social. Por conseguinte, para que se possa entender o interesse público no

âmbito do direito tributário, é necessário refletir sobre a natureza do crédito tributário.

O Crédito Tributário tem natureza jurídica obrigacional, ou seja, é um tributo constituído no lançamento, quando o sujeito ativo (Estado) exige do sujeito passivo (Contribuinte), responsável ou terceiro, o pagamento do tributo a partir do fato gerador. Na perspectiva de Carvalho (2019, p. 449), “o crédito nada mais é do que o direito subjetivo de que o sujeito ativo se vê investido de exigir a prestação enquanto débito, seu contraponto, o dever jurídico de cumprir aquela conduta.”.

A natureza obrigacional do crédito tributário surge das relações jurídicas quando o credor, mediante o lançamento, exige do devedor o cumprimento de determinada obrigação que, neste caso, é o pagamento do tributo, mediante a ocorrência do fato gerador. O art. 139 do CTN dispõe que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Não há, pois, que se discutir acerca o caráter de patrimonialidade do crédito tributário por ser uma prestação pecuniária e paga em moeda, de acordo com o art. 3º do CTN.

Diante disso, a discussão doutrinária gira em torno da (in)disponibilidade do crédito pelo fato de o Direito Tributário pertencer ao ramo de interesse público. Conforme Xavier (2019, p. 32), “[...] a indisponibilidade centra-se na ideia de que não cabe ao administrador dispor da fiscalização e da arrecadação do crédito tributário, mas o crédito per si, após ocorrido o lançamento torna-se disponível.”.

O que se discute em relação ao crédito não é a competência do ente em fiscalizar e arrecadar, e, sim, uma vez constituído, ele pode ser transacionado. O próprio CTN normatiza institutos, por meio dos quais o crédito tributário possa ser negociação, como a transação, remissão e anistia. A transação e a remissão são hipóteses de extinção do crédito, art. 156, III e IV do CTN; e a anistia é uma hipótese de exclusão do crédito, art. 175, II do referido código.

O legislador mediante lei específica contempla situações de disponibilidade do crédito tributário. Tais institutos corroboram para a conclusão de que o crédito tributário não é absolutamente indisponível, e que a arbitrabilidade objetiva é defensável, numa alternativa possível para a solução de litígios tributários seguindo normas reguladoras, contudo sem trazer prejuízos para Administração Pública.

Face ao exposto, Xavier (2019, p. 33) argumenta sobre a possibilidade de uma terceira via de impugnação do crédito tributário:

[...] propiciar uma terceira via de impugnação do crédito tributário em um contexto de ineficiências dos métodos convencionais (administrativo e judicial), de forma facultativa e dialógica, seria uma forma legitimada de propiciar o acesso à justiça e, possibilitar a segurança jurídica tão maculada na seara fiscal, visto que a sentença arbitral além de qualificada é vinculativa, o que tornaria a rediscussão de mérito algo desnecessário.

A aplicação da arbitragem, verificada a arbitrabilidade objetiva nas demandas tributárias, não acarreta nenhum prejuízo ao interesse público, uma vez que acelera o processo de arrecadação e traz maior celeridade para o contribuinte, além de influir diretamente na situação econômica do país, trazendo um incremento da segurança jurídica dentro dos padrões da legalidade e de eficiência da Administração Pública.

Em consolidação ao conteúdo aqui tratado, Nuno Villa-Lobos, presidente do Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD- (2018,p.7) explica:

Não se pretende apontar a arbitragem como panaceia à situação atual do contencioso no Brasil. Para além da possibilidade de se imprimir maior eficiência e celeridade aos meios hoje existentes, trata-se de criar um mecanismo alternativo que seja capaz de ampliar a resolução de disputas tributárias, sem prescindir da necessária proteção ao crédito tributário e aos direitos individuais dos contribuintes.

Outros países já adotam a arbitragem na resolução de demandas tributárias. Pode-se citar Portugal como um país que vem se tornando espelho no uso efetivo da Arbitragem Tributária, e uma abordagem de direito comparado pode trazer benefícios nesse sentido. Em Portugal, foi criado o CAAD, ou Centro de Arbitragem Administrativo, que tem natureza jurídica de associação privada, sem fins lucrativos e que desempenha a função de administrar litígios de forma institucional e especializada nas áreas administrativas e tributárias. De acordo com os dados de Nuno Villa-Lobos (CAAD, p. 35), de 3.383 (três mil trezentas e oitenta e três) entradas de processos, 2.954 (duas mil novecentas e cinquenta e quatro) foram findas, com uma média de duração de quatro meses e meio para cada processo.

O referido autor (CAAD, 2016, p.30) elenca nove vantagens comprovadas na aplicação da arbitragem no âmbito tributário: diminuição dos custos de litigância para o Estado e celeridade na resolução dos litígios para os contribuintes; democratização do acesso à justiça arbitral; devolução do valor integral da taxa de arbitragem para o contribuinte em caso de procedência total do pedido; diminuição do processo entrado nos tribunais e duração média dos processos; antecipação de arrecadação de receita fiscal; redução de custos financeiros para os contribuintes;

atração de investimento pela previsibilidade do custo e do tempo de decisão dos litígios e, por fim, a Arbitragem Tributária em Portugal está elevando a importância da jurisprudência arbitral tributária. Ressalte-se que, não apenas Portugal, mas também, na Alemanha, Estados Unidos, México e Canadá, a arbitragem tributária vem se solidificando e ganhando espaço no cenário do direito internacional.

3.2 DAS MUDANÇAS LEGISLATIVAS NECESSÁRIAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Uma vez admitida a arbitragem tributária como um meio adequado para a solução de litígios tributários, resta saber se a legislação existente traz garantia para que a arbitragem seja implementada mais segura e eficiente. De acordo com Xavier (2019, p.48), “devemos partir da premissa de que a sentença arbitral eventualmente favorável ao sujeito passivo da obrigação tributária, acarretará, por consequência extinção do crédito tributário”, uma vez que ela produz coisa julgada material não passível de discussão ou recurso.

A sentença arbitral, portanto, possui caráter definitivo, uma vez julgada em sede de matéria tributária, poderia extinguir o crédito tributário de forma expressivamente elencada no rol do art. 156 do CTN. Por isso, como foi apresentado nos tópicos anteriores, ao celebrar a convenção de arbitragem, as partes abdicam de uma possível demanda jurisdicional estatal. Nesse caso, se o conflito em relação ao crédito foi solucionado, nada mais justo que essa sentença extingui-lo definitivamente, porque o que se buscaria na esfera de execução judicial seria tão somente o cumprimento da sentença, e não a discussão do crédito em si.

O art. 156 do CTN traz um rol de hipóteses de extinção do crédito tributário, dentro do qual a sentença arbitral acerca do crédito tributário poderia estar prevista. O artigo assim dispõe em seus incisos IX e X, respectivamente: “a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória”; e “a decisão judicial passada em julgado”. No entanto, o primeiro está vinculado à decisão de processo administrativo, e, em relação ao segundo, o STF - Supremo Tribunal Federal - já se pronunciou de forma unânime na ADI 1.917-5/DF, no sentido de que o rol do art. 156 do CTN é taxativo. O fundamento do STF em relação a essa decisão é a

decisão judicial transitada em julgado, não fazendo menção à decisão arbitral, ainda que a sentença arbitral faça coisa julgada material e constitua título executivo extrajudicial.

Diante disso, é necessário que se produzam algumas modificações no CTN, para dar, tanto para o contribuinte quanto para Administração Pública, segurança jurídica nas decisões arbitrais. Além da hipótese de lei complementar, incluindo a sentença arbitral como uma nova hipótese de extinção de crédito no rol do art. 156 do CTN, pode-se levantar como sugestão a hipótese de se incluir o procedimento arbitral como uma forma de suspensão do crédito tributário.

Complementando, diz Xavier (2019, p. 51):

ao levar a lide tributária para a esfera de arbitragem, é de suma importância que se suspenda a exigibilidade do crédito tributário até que se profira a sentença arbitral, até mesmo para conferir segurança jurídica e evitar o ajuizamento de ações de repetição de indébito tributário, corroborando com a desjudicialização do processo tributário.

Face ao exposto, é necessário que se acrescente mais um inciso no art. 151 do CTN, dispondo que, enquanto uma demanda tributária seja discutida em sede de arbitragem, seria viável a hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

Assim, uma vez instituído e admitido o procedimento de arbitragem, faz-se necessário a interrupção do prazo prescricional do crédito tributário, reformando o art. 174 do CTN. E, por fim, Xavier (2019, p.52) questiona que merece ser incluído mediante lei complementar no art. 165 do CTN que a arbitragem possa reconhecer o direito à restituição de tributo pago indevidamente a maior ou a menor.

Atualmente mudanças legislativas tramitam na Câmara dos Deputados, como o Projeto de Lei Complementar – PLP- 69/2009, que altera e acrescenta dispositivos no CTN, dispondo sobre a interrupção da prescrição e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário; possibilita a adoção de um modelo mais amplo de transação tributária e atribui responsabilidade subsidiária ao representante, gestor ou diretor de pessoas físicas ou jurídicas devedoras.

O projeto traz a inserção do laudo arbitral como uma hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário no rol do art. 151 do CTN. O laudo arbitral é uma expressão pouco usada e que está cada dia mais perdendo seu uso, mas se apresenta como sinônimo a sentença arbitral, diferentemente da hipótese sugerida

por Xavier (2019, p. 51) que a suspensão do crédito ocorra até que seja proferida a sentença arbitral, ou seja, antes da sentença arbitral; no projeto é proposto que a suspensão do crédito ocorra após proferida a sentença arbitral.

O projeto ainda acrescenta no art. 174 do CTN duas hipóteses de interrupção do prazo de prescrição do crédito tributário: uma, através da admissão do procedimento de arbitragem e a outra, no mesmo inciso do projeto, a prescrição é interrompida pelo descumprimento das obrigações constantes do laudo arbitral.

Outro projeto de lei de nº 4257/2019 acrescenta o art. 16-A, 16-B, 16-C, 16-D, 16-E e 16-F, em matéria de arbitragem na Lei da Dívida Ativa. Nesse projeto, o juízo arbitral é proposto na fase de execução, caso ela esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, respeitados os requisitos da Lei de Arbitragem. O Senador Antônio Anastasia (Projeto, p. 9) justifica o projeto, uma vez que as execuções fiscais representam a maior parte de processos a serem baixados na Justiça Federal e os que demandam mais tempo para serem solucionados.

Para esclarecimento, o art. 16-A regula que as partes podem optar pela adoção da arbitragem para julgar os embargos ofertados, desde que o executado garanta a execução do depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307/96, como também os requisitos propostos na lei.

Já o art. 16-B que versa que nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por ano, ratificando o legislador a imparcialidade, confiabilidade e credibilidade conferida a arbitragem.

O referido projeto de lei no art. 16-C legitima a Arbitragem na Administração Pública como um procedimento público de direito, que deverá ser conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, a exemplo de Portugal, onde foi criado o CAAD (Centro de Arbitragem Administrativo), como já mencionado, que é um órgão institucional para resolução de demandas administrativas e tributárias.

Para maior subsídio legal, os artigos 16-D e 16-E versam sobre despesas de com o processo arbitral e com os honorários advocatícios. E por fim, o projeto acrescenta uma hipótese de nulidade da sentença arbitral que 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.

Conforme a justificativa do autor do projeto, Senador Antônio Anastasia, o projeto busca soluções de desburocratizar os procedimentos previstos na legislação para a cobrança da dívida ativa, tornando-a mais efetiva.

Assim sendo, o projeto apresenta a arbitragem apenas nos processos de execuções fiscais, como um meio mais célere de arrecadação para Administração, diversamente do que se apresenta atualmente, de que a arbitragem se configura um instituto possível em qualquer fase da lide e até mesmo antes do surgimento dela, como um meio de escolhas das partes para solução de conflitos fiscais.

Também, tramita no Senado Federal um Projeto de Lei nº 4468/2020, que institui a arbitragem especial tributária, que propõe a instauração de uma arbitragem especial no curso da fiscalização, para prevenir conflitos sobre matérias de fato, mediante solicitação do contribuinte ou por provocação da Administração Tributária.

O referido projeto veda a instauração da arbitragem nos casos de crédito tributário já constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa. Tal projeto restringe a viabilidade da arbitragem nas demandas tributárias, de modo que o que é amplamente discutido pela doutrina caminha para aplicação da arbitragem no crédito público, respeitando os parâmetros do princípio da legalidade.

A arbitragem especial de que trata o citado projeto impede a instauração de processo administrativo ou de qualquer medida de fiscalização relacionadas às questões de fato e de direito objeto do procedimento arbitral. Em sentido contrário, é proposto a compatibilização entre os institutos de resolução de demandas, tanto o administrativo como o judicial, com a arbitragem no sentido de que tanto o contribuinte como a administração possam escolher a melhor forma de solução do litígio, sem que um instituto sirva de "segunda instância" para o outro.

Verifica-se, de acordo com as propostas de lei, diferentes pontos de vista acerca de como aplicar a arbitragem na solução de litígios tributários, seja como a sentença arbitral na hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito e a convenção de arbitragem como hipótese de interrupção do crédito, seja na aplicação da arbitragem apenas na fase de execução fiscal, ou ainda seja a aplicação da arbitragem antes da constituição do lançamento do crédito.

De forma positiva ou negativa, abarcando ou não as situações possíveis, percebe-se que, de qualquer forma, a arbitragem se torna um meio viável para solução de conflitos tributários e que o princípio da indisponibilidade do crédito, de forma alguma, impede a implementação da arbitragem no Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, buscou-se exhibir os problemas mais recorrentes enfrentados no Brasil pelo alargamento do contencioso administrativo e judicial e as causas de sua ampla demora. Logo depois, ansiou-se apresentar porque essas demoras existiam e colocar a arbitragem como uma das possíveis causas para a solução desses problemas.

A arbitragem, porém, aparentemente encontra um grande obstáculo na sua efetivação, justamente pelo fato de a indisponibilidade do interesse público obstaculizar a arbitrabilidade objetiva do crédito público. Vale ressaltar, no entanto, que esse obstáculo acerca da indisponibilidade do crédito público é meramente aparente, por não se verificar de verdade, visto que a indisponibilidade não viola o crédito tributário, pois o mesmo é visto como um interesse público secundário, e sendo um interesse próprio do Estado, ele é revestido de disponibilidade e passível de transação.

Como foi colocado, a arbitragem não viola o princípio do interesse do crédito tributário, pelo contrário, ela vai dar mais efetividade na resolução da demanda, confiabilidade das partes nos árbitros, pela alta capacidade técnica em resolver o litígio tributário, e celeridade no processo, garantindo a segurança jurídica.

Por fim, constatou-se que a arbitragem se verifica como um meio possível de solucionar conflitos tributários, e que o princípio da indisponibilidade do crédito tributário não impede a realização da arbitragem em matéria tributária, mas somente vai servir de um dos balizadores dentro do processo administrativo tributário. Ainda, além de ser proposto e já estar em execução em outros países pelo mundo, também possui projetos no Brasil que foram discutidos, nos quais foram apontadas algumas soluções para a resolução desse problema aparente de incompatibilidade da indisponibilidade e da arbitrabilidade objetiva.

REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Senador Antônio. **Projeto de Lei nº 4257**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 11 maio 2021.

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA. Brasil: Centro de Arbitragem Administrativa, v. 1, n. 4, jan. 2016. Semestral.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 23 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 13 de abril de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 de junho de 2006. Brasília, 14 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 13 de abril de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 07 de maio de 2021.

CARNEIRO, Claudio. **Processo tributário administrativo e judicial**. – 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivim, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneira da. **A Fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CHAMUSCA, Beatriz Caldas. **Viabilidade da Arbitragem como forma de solução das controvérsias tributárias**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de graduação em Direito. Universidade federal da Bahia, Salvador, 2017.

ELIAS, Thiago Luís Carvalho. Natureza da arbitragem. *In*: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta (Org.). **Arbitragem nacional e internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

GUISEPPE, Chiovenda. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bockseller, 2000.

Justiça em Números 2020: ano-base 2019. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2020.

MACHADO, Carlos Henrique; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; CATARINO, João Ricardo. **A arbitrabilidade objetivados conflitos envolvendo o poder público e as perspectivas da arbitragem tributária no Brasil**. Revista do direito. Vol. 1, nº 54, 2018, pp.59-85. ISSN online: 1982-9957.

MANTEGA, Guido. **Projeto de Lei Complementar nº187/2008 MF**. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2311E6A9354D8A1A237867443EA2530E.proposicoesWebExterno2?codteor=648724&filename=Tramitacao-PLP+469/2009. Acesso em: 11 maio 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Dalri Timm. **Arbitragem tributária: breve análise luso-brasileira**. Revista RJBL. Ano 3, nº 6, 2017, pp. 10041-1073.

RIBEIRO, Senadora Daniela. **Projeto de Lei nº 4468**. 2020. Disponível em:
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>. Acesso em: 19 maio 2021.

ROCHA, Sergio André. **Da Lei à Decisão: a segurança jurídica tributária possível na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris LTDA., 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Arbitragem em Direito Tributário**. Revista da EMERJ. Vol. 11, nº 43, 2008, pp. 218-232.

VILLA-LOBOS, Nuno. **Arbitragem Tributária: a experiência portuguesa**. Brasil: Centro de Arbitragem Administrativa - Caad, 2017. 65 slides, color.

XAVIER, Camilla Siqueira. **A arbitragem em matéria tributária no Brasil: avanços e desafios**. Revista de finanças públicas, tributação e desenvolvimento. Vol. 7, nº 8, 2019, pp.21-57. ISSN online: 2317-837X.