

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA:
IMPARCIALIDADE E INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO A
PARTIR DO PROJETO DE LEI Nº 4.468/2020

JOÃO PEDRO FONTES ANDRADE

Rio de Janeiro
2023

JOÃO PEDRO FONTES ANDRADE

**ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA:
IMPARCIALIDADE E INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO A
PARTIR DO PROJETO DE LEI Nº 4.468/2020**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Hendrick Pinheiro**.

**Rio de Janeiro
2023**

CIP - Catalogação na

A553a ANDRADE, JOÃO PEDRO FONTES ANDRADE
ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: IMPARCIALIDADE E
INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO A PARTIR DO
PROJETO DE LEI N° 4.468/2020 / JOÃO PEDRO FONTES
ANDRADE ANDRADE. -- Rio de Janeiro, 2023.
49 f.

Orientador: HENDRICK PINHEIRO PINHEIRO.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Arbitragem. 2. Direito Tributário. 3.
Interesse Público. 4. Imparcialidade. 5. Projeto de
Lei 4.468/2020. I. PINHEIRO, HENDRICK PINHEIRO,
orient. II. Título.

Publicação

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

JOÃO PEDRO FONTES ANDRADE

**ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA:
IMPARCIALIDADE E INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO A
PARTIR DO PROJETO DE LEI Nº 4.468/2020**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Hendrick Pinheiro**.

Data da Aprovação: 23 / 11 / 2023.

Banca Examinadora:

Hendrick Pinheiro da Silva _____
Orientador

Marina Fontão Zago _____
Membro da Banca

Leonardo Thomaz Pignatari _____
Membro da Banca

Deise da Silva Oliveira _____
Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2023**

RESUMO

O presente trabalho analisa a constitucionalidade e a legalidade da instituição da arbitragem tributária no Brasil por compreender que esta medida seria adequada para reduzir a morosidade na solução dos conflitos tributários. Com essa finalidade, o projeto de Lei nº 4.468/2020 é utilizado como paradigma para a instituição da arbitragem especial tributária no Brasil e se analisa a compatibilidade de seus dispositivos com o direito público e tributário. Em especial, se examina a adequação do projeto de lei com a pretensa indisponibilidade do interesse público e do crédito tributário, que parte da doutrina defende serem postulados que impediriam a adoção da arbitragem tributária no Brasil. Para mais, são investigadas as formas de seleção dos árbitros e das câmaras arbitrais para que se determine se a imparcialidade dos julgadores seria garantida, por ser este importante requisito para a materialização do interesse público na medida.

Palavras-chave: Arbitragem; Direito tributário; Imparcialidade; Interesse público.

ABSTRACT

This work analyzes the constitutionality and legality of the institution of tax arbitration in Brazil, understanding that this measure would be appropriate to reduce the delay in resolving tax conflicts. For this purpose, Lei nº 4.468/2020 is used as a paradigm for the institution of special tax arbitration in Brazil and the compatibility of its provisions with public laws and tax laws is analyzed. In particular, the adequacy of the bill with the alleged unavailability of the public interest and tax credit is examined, which part of the doctrine defends as postulates that would prevent the adoption of tax arbitration in Brazil. Furthermore, the methods of selecting arbitrators and arbitration chambers are investigated to determine whether the impartiality of judges would be guaranteed, as this is an important requirement for the materialization of the public interest in the measure.

Keywords: Arbitration, Tax Law, Impartiality, Public interest.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. INTERESSE PÚBLICO E ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA.....	6
2.1 Definição de arbitragem.....	6
2.2 Arbitragem no direito público.....	9
2.3 Aplicabilidade da arbitragem no direito tributário.....	16
3. IMPARCIALIDADE NA ARBITRAGEM.....	24
3.1. Imparcialidade no processo civil.....	24
3.2. Imparcialidade no processo arbitral.....	27
3.3. Especificidades da imparcialidade no processo arbitral envolvendo a administração pública.....	31
4. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO PROJETO DE LEI 4.468/2020.....	36
4.1 Introdução ao projeto de lei.....	36
4.2 Interesse público e indisponibilidade do crédito tributário.....	37
4.3 Imparcialidade e modelo de seleção dos árbitros.....	40
5. CONCLUSÃO.....	43
6. REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O atual cenário de pós-modernidade jurídica atinge o direito tributário fazendo-se multiplicar os conceitos indeterminados e técnicos, bem como a quantidade de leis e atos normativos que compõem a matéria tributária.

Entretanto, ao mesmo passo que se tornam exponencialmente mais complexas, se atribuem cada vez mais obrigações fiscais ao cidadão comum, com técnicas como o lançamento por homologação, bases de cálculo presumidas e créditos restituíveis. Diante disso, sujeitos leigos em direito acabam por se ver obrigados a manusear esses conceitos e normas com o fim de alcançar o adimplemento perante o Fisco, causando conflitos e gastos de forma rotineira.

Nesse contexto, faz-se necessário pensar em alternativas para a solução dos conflitos tributários que prestigiem o contribuinte como um importante colaborador para o funcionamento do sistema, bem como seu direito a um processo ágil, tolerante, proporcional e transparente. É preciso que se reconheça a ineficiência das formas tradicionais de solução de conflitos tributários, e se abra espaço para uma gama de métodos alternativos, que seriam aplicados em hipóteses diferentes a depender das especificidades do caso concreto.

Atentas a esta problemática, as casas legislativas federais estão trabalhando no sentido de aprovar leis que estruturam essas alternativas, em especial a arbitragem tributária, mas encontrando resistência de parte dos operadores do direito e da doutrina.

Um dos argumentos contrários gira entorno do princípio da supremacia do interesse público e seu aparente conflito com a atribuição do poder decisório a um agente não estatal e distante das formas de fiscalização existentes no processo civil.

Exemplo deste posicionamento se encontra em Santi¹, que destaca a corrupção sistêmica do Brasil como um fator desfavorável a aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos na seara tributária. Pondera o autor que, ao se permitir maior liberdade na solução dos conflitos, se afasta parte da segurança jurídica e do controle dos atos dos administradores, o que teria impactos negativos para a nação.

¹ SANTI, E. M. D. Transação e arbitragem no direito tributário: paranoia ou mistificação? In. SARAIVA, O. O. P. F. e GUIMARÃES, V. B. **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Veloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 167-190, p. 187.

Ademais, parte da doutrina defende que todos os bens públicos seriam indisponíveis, o que impediria a Administração Pública de se utilizar da arbitragem, pois somente bens patrimoniais disponíveis poderiam ser julgados dessa forma (art. 1º, Lei 9.307/1996).

Em tal contexto, mostra-se crucial para a implementação da arbitragem no direito tributário brasileiro garantir a neutralidade do árbitro através de critérios claros de atribuição de competência e mecanismos de controle de sua parcialidade.

Por um lado, é preciso que o Estado controle a atividade arbitral a fim de evitar prejuízos ao interesse público, mas, simultaneamente, este controle não pode ser abrangente ao ponto de tornar-se a instituição arbitral subserviente ao Fisco, tal como ocorre nas instâncias de revisão administrativa dos lançamentos.

Além disso, é preciso que se analise o conteúdo do princípio da indisponibilidade do crédito tributário para que se averigüe sua compatibilidade, ou não, com a utilização da arbitragem tributária.

Nesse cenário, o presente trabalho busca, em fontes doutrinárias e legais, o conteúdo dos princípios da indisponibilidade do crédito tributário e da imparcialidade dos árbitros com o fim de analisar o Projeto de Lei 4.468/2020 e sua compatibilidade com estes postulados.

2- Interesse público, indisponibilidade do crédito tributário e arbitragem tributária

2.1 -Definição de arbitragem

Partindo-se do conceito do Tribunal Multiportas, idealizado pelo professor Frank Sander², o judiciário deve ser estruturado de forma a ser capaz de identificar qual o meio de solução de conflitos ideal para dirimir o litígio exposto pelas partes, e aplicá-lo.

Mesmo que o processo judicial seja estruturado de forma a conceder para as partes o máximo de segurança jurídica possível, garantida por institutos como os recursos e a

² Apud MACHADO H. C., SANTOS R. S. S., CATARINO J. R. Arbitralidade objetiva dos conflitos envolvendo o poder público e as perspectivas da arbitragem tributária no Brasil. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul. Vol. 1. Nº 54. Jan./abr. 2018 pp. 59-85 p. 66-67.

distribuição de competências, o tempo e os custos envolvidos para que se alcance esta estabilidade podem ser demasiadamente onerosos. Nesse viés, o caso concreto pode requerer e possibilitar uma relação mais dinâmica entre as partes, com maiores latitudes de negociação e diálogo em decorrência da confiança que elas manifestem. Em tal hipótese, o abandono de parte dos formalismos é algo positivo, mesmo que eles sejam necessários quando os riscos envolvidos sejam altos e não haja confiança na relação entre as partes.

Tal perspectiva está presente no Código de Processo Civil de 2015 ao prestigiar os métodos alternativos de resolução de conflitos, pois estes normalmente são menos custosos e mais céleres para as partes. Isso ocorre, por exemplo, quando a lei exige que seja realizada uma audiência de mediação e conciliação no início do processo, salvo se todos se manifestarem no sentido dispensá-la ou caso o direito debatido não seja disponível (art. 334, §4º, Lei nº 13.709/2015).

Nesse viés, a arbitragem se insere como uma das alternativas mais difundidas ao processo judicial, e, segundo Cretella Júnior³, ela pode ser definida como:

“o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida”.

Isto posto, a arbitragem é método de solução de conflitos fundamentado na autonomia da vontade das partes, que se sujeitam à decisão proferida pelo árbitro por comum acordo, demonstrando a confiança daqueles sobre a capacidade deste.

A manifestação das partes possui o efeito de selecionar o julgador e as normas ou parâmetros que este deve utilizar para fundamentar sua decisão (art. 2º, Lei nº 9.307/1996), sendo possível a adoção de critérios de outras áreas do conhecimento ou a equidade para a solução de sua lide.

O árbitro devidamente constituído é livre para pronunciar o julgamento de acordo com sua compreensão sobre a matéria e os fatos, e deve agir com “imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção” (art. 13, §6º, Lei nº 9.307/1996). Para

³ CRETELLA JÚNIOR, J.. Da arbitragem e seu conceito categorial. **R. Inf. Legisl.** Brasília, v. 25, n. 98, abr./jun. 1988, pp. 127-138, p. 128.

mais, a sentença por ele proferida é vinculante para as partes independentemente de anuírem com o decidido, bastando que a atuação do árbitro seja condizente com os termos do compromisso celebrado e com a lei.

Ainda é preciso destacar que a lei classifica a decisão arbitral como uma espécie de título executivo (art. 31, Lei nº 9.307/1996), devendo as partes ingressarem com demanda judicial para garantirem a realização do disposto de forma coercitiva, se necessário. Ademais, ela somente pode ser controlada pelo poder judiciário caso haja alguma nulidade do julgamento ou da convenção arbitral (art. 32, Lei nº 9.307/1996).

Consequentemente, é correta a posição de Fredie Didier Júnior⁴ ao qualificar a arbitragem como uma forma de exercício do poder jurisdicional, e não um método alternativo de resolução de conflitos.

Segundo o autor, a jurisdição é forma heterocompositiva e vinculante de resolução de conflitos concretamente deduzidos e com aptidão para formar coisa julgada. Assim, na medida em que a decisão arbitral se torna indiscutível após o prazo de 90 dias da notificação da sentença (art. 33, §1º da Lei nº 9307/1996), e é proferida por sujeito externo ao litígio, mas vinculante para as partes, há, efetivamente, exercício da função jurisdicional.

Além de tudo, a lei de arbitragem expressamente equipara o árbitro a um funcionário público para fins penais (art. 17, Lei nº 9.307/1996) e a um juiz de direito e de fato quanto à eficácia de sua sentença, que não se sujeita a recursos ou homologação por parte do judiciário (art. 18, Lei nº 9.307/1996).

Para mais, é preciso destacar que, mesmo que a jurisdição seja de monopólio do Estado, não há exclusividade em seu exercício⁵. Somente a soberania é capaz de justificar a vinculação de um sujeito ao que terceiro dispõe, pois os meios para se impor a decisão são de uso exclusivo do Estado. Contudo, caso haja autorização, que no caso do Brasil está na lei de arbitragem, é possível que os particulares se utilizem, nas condições impostas, dos mecanismos estatais para atingir esta finalidade.

⁴ DIDIER JR F., **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1, 21ª edição, Salvador: juspodivm, 2019 págs. 189 e 211

⁵ DIDIER JR F., **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1, 21ª edição, Salvador: juspodivm, 2019, pág. 211

No caso da Lei nº 9.307/1996, os requisitos para a instituição do juízo arbitral são a patrimonialidade e a disponibilidade do direito sujeito à arbitragem, bem como a capacidade plena das partes para realizar atos civis.

2.2- A arbitragem no direito público

A utilização da arbitragem em direito público é matéria que suscitou diversas controvérsias, pois confere a órgão fora da estrutura do Estado, a competência para julgá-lo, em uma situação que se considerou lesiva à soberania nacional e subversiva à exclusividade do poder jurisdicional do Estado⁶.

Ademais, esta exceção ao processo judicial convencional foi considerada por parte dos juristas uma tentativa de burla à fiscalização deste sistema, escapando-se do controle realizado, por exemplo, pelo CNJ e por outros magistrados em sede recursal, o que poderia ocasionar um tratamento preferencial aos interesses privados em sede arbitral⁷.

Além disso, parte da doutrina compreendeu que seria impossível que o ente público atendesse ao requisito da disponibilidade do bem ou direito objeto da arbitragem (art. 1º, Lei nº 9.307/1996).

Sobre este ponto, compreenderam estes juristas que, porquanto o ente público seja formado por bens e direitos pertencentes a toda a coletividade e não ser possível a disposição sobre bens alheios, todos os bens públicos seriam indisponíveis. Assim, os membros do poder executivo, ao desempenharem suas funções, nos estritos limites legais para que se alcance o interesse público, não possuem âmbito de negociação sobre bens alheios.

⁶ SUNDFELD, C. A. e CÂMARA, J. A. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 248, pp. 117-126, p. 118.

⁷ Como apontou Ricardo Marcondes Martins: “Difundiu-se no País uma propaganda ardilosa: essas empresas estrangeiras seriam os reverenciados “investidores”. O Brasil, pobre, miserável, necessitaria delas, ricas investidoras. Essas empresas estrangeiras afirmaram uma *desconfiança* em relação ao Judiciário brasileiro. Muito coerente: “Confiamos no Governo Brasileiro, notadamente corrupto, confiamos na doutrina, bem paga, mas não confiamos no Judiciário; o governo e a doutrina defenderão nossos interesses econômicos, não o Judiciário”. Por conseguinte, propagaram a idéia: “Para que nós invistamos no País, para que tenhamos o lucro que tanto almejamos, eventuais controvérsias não podem ser dirimidas pelo Poder Judiciário, mas por um arbitro de nossa confiança”.” (MARTINS R. M. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA. 2015, pág. 66)

Com isso em vista, concluíram que se trata de hipótese incompatível com o instituto arbitral, fazendo com que qualquer cláusula celebrada nesse sentido fosse considerada nula.

Esta é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, que afirma ser a indisponibilidade do interesse público um corolário da própria República, pois esta seria a *res publica*, ou seja, um conjunto de bens coletivos que a administração apenas possui a função de geri-los.⁸

Além disso, uma série de benefícios concedidos à administração pública no processo judicial por previsão legal (especialmente na Lei nº 13.709/2015) não são estendidos ao processo arbitral, que é regido por regras estabelecidas pelas partes ou pela instituição onde se realiza o procedimento⁹.

Assim, o administrador estaria prejudicando o interesse público ao retirar garantias da administração, colocando-a em situação que, sob alguns aspectos, é objetivamente menos vantajosa que em um processo judicial.

Isso ocorre, por exemplo¹⁰, com relação aos prazos processuais, que serão regidos pelas normas estabelecidas pelas partes ou pelo regimento interno do tribunal arbitral (art. 21, Lei nº 9.307), não se aplicando a regra do prazo em dobro para a administração direta, suas autarquias e fundações de direito público (art. 183, Lei nº 13.709/2015). Outro exemplo diz respeito à impossibilidade de se utilizar do reexame necessário (art. 496, Lei nº 13.709/2015), pois a sentença arbitral não é sujeita à recurso no poder judiciário (art. 18, Lei nº 9.307).

⁸ MACHADO, H. C., SANTOS, R. S. S., CATARINO, J. R. Arbitralidade objetiva dos conflitos envolvendo o poder público e as perspectivas da arbitragem tributária no Brasil. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54. jan./abr. 2018, pp. 59-85, p. 73.

⁹ Art. 5º, nº Lei 9.307: Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

¹⁰ GROTTI, D. A. M. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. **RBEFP**. Belo Horizonte, n. 21, set/dez 2018, pp. 51-77, p. 71.

Por outro lado, diversos juristas adotaram entendimentos contrários, de forma a justificarem o interesse público na arbitragem e sua compatibilidade com os princípios de direito administrativo, posição esta que é, atualmente, majoritária.

Primeiramente, é preciso assentar que há uma necessidade prática para a utilização do juízo arbitral. Isso se dá porque a expertise do juiz diz respeito à compreensão técnica das normas jurídicas, pois sua função é justamente a de aplicar o direito ao caso concreto. Assim, questões que exigem o emprego de conceitos que fogem da área jurídica, tal como ocorre, por exemplo, no transcorrer de uma licitação, exigem do julgador um conhecimento que o juiz não possui. Dessa forma, surge o interesse de se inserir um outro sujeito para intervir na demanda, que garanta a utilidade da decisão.

No processo judicial convencional, esta questão é resolvida pela utilização de técnicos de confiança da corte, que apresentam laudos sobre a matéria e depois são questionados pelas partes por meio de quesitos. Contudo, mesmo que o juiz não possua conhecimentos na área, ele não é vinculado ao conteúdo do laudo, sendo livre para valorar a prova técnica conforme seu convencimento motivado¹¹.

Este cenário causa insegurança jurídica, pois caso uma das partes discorde do laudo ou produza um laudo contrário, dificilmente o juiz será capaz de determinar qual é a correta solução para o caso. Como não possui os conhecimentos técnicos para fundamentar sua decisão de forma apurada, acabará por se utilizar de critérios casuísticos ou de senso comum para se guiar no caso.

Consequência direta desta situação é a falta de fundamentação da decisão, pois os critérios efetivamente utilizados para se proferi-la dificilmente serão previsíveis ou constarão formalmente na manifestação do juiz.

Neste âmbito, a arbitragem se torna o método mais eficiente para se solucionar a lide, caso as partes não desejem realizar uma autocomposição, justamente porque o

¹¹ Este é entendimento pacífico nos tribunais superiores, por se entender que o laudo pericial é mero elemento probatório, a ser valorado como qualquer outra prova. Este posicionamento se apresenta, por exemplo, em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 106464(AgRg no RHC nº 106464). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. São Paulo, 07/05/2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1536612 (AgRg no REsp nº 536612). Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Rio Grande do Sul, 07/06/2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo em Recurso Especial nº 1340001 (ARESP nº 1340001). Relator: Ministro Francisco Falcão. Pernambuco, 16/10/2018.

árbitro selecionado poderá ser um profissional treinado na área e capaz de justificar seu entendimento de forma adequada.

Um dos desdobramentos disso está na aplicabilidade da sentença, pois com a confiança na qualidade da decisão, as partes tendem a aplicá-la de forma mais amistosa e célere, tal como destaca Grotti¹²:

A adoção de mecanismos privados de solução de controvérsias representa uma garantia para os investidores, uma vez que tende a reduzir as disputas judiciais duradouras. Ademais, a previsão de um modo célere de decisão de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, a serem solucionadas por julgadores especializados na matéria, significa maior aceitabilidade da decisão e uma redução dos riscos dos investidores quanto ao retorno do vultoso capital aplicado.

Além de tudo, a arbitragem tende a ser mais célere que o processo judicial, pois diversos elementos que retardam o desfecho deste não são aplicáveis àquela que é regida por normas próprias. A não utilização de institutos como os recursos e o estabelecimento de longos prazos para a realização de diligências, bem como a desnecessidade da utilização de cartórios para a realização de diversos atos processuais, são fatores capazes de acelerar de forma significativa a solução da lide.

Ademais, com relação ao argumento de que os bens públicos seriam todos indisponíveis, se disseminou doutrina no sentido de classificar o interesse público em primário ou secundário, o que possui o efeito prático de dividir os interesses estatais em disponíveis e indisponíveis.

Caio Tácito foi um dos primeiros juristas de relevo a se posicionar neste sentido, e ele fundamentou esta distinção com base nos contratos administrativos¹³. Ao constatar que a Administração Pública, celebra contratos e é capaz de estipular cláusulas financeiras, soluções amigáveis ou espontâneas para suas obrigações e negociar, concluiu que os direitos envolvidos não poderiam ser absolutamente indisponíveis.

¹² GROTTI, D. A. M. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. **RBEFP**. Belo Horizonte, n. 21, set/dez 2018, pp. 51-77, p. 67.

¹³ TÁCITO, C. Arbitragem nos litígios administrativos. **R. Dir. Adm.** Rio de Janeiro, n. 210, out./dez. 1997, pp. 111-115, p. 114.

O interesse público primário seria o de prover serviços públicos, o que é a função essencial do Estado e a base para a legitimação de seus poderes, leis e garantias. Nesse sentido, os direitos envolvidos nas prestações desses serviços se tornariam indisponíveis, pois essenciais para que se alcance a finalidade do Estado.

O interesse público secundário seria o interesse patrimonial do Estado, ou seja, seria a finalidade dos administradores de adquirirem mais fontes de recursos para o Estado, permitindo que ele consiga, posteriormente, utilizá-los em serviços públicos¹⁴. Assim, este é interesse instrumental, a ser utilizado para a realização do primeiro, que é hierarquicamente superior, não podendo haver conflito entre a disponibilidade dos bens públicos e o alcance das finalidades públicas.

A distinção entre quais direitos e bens são afetados pelo interesse público primário ou secundário e, conseqüentemente, são disponíveis ou indisponíveis é marcada pela ambigüidade e pela casuística, não havendo um critério geral para a realização dessa distinção.

Contudo, um elemento importante nesse quesito, diz respeito à divisão entre os atos de império e os atos de gestão, sendo que os primeiros são caracterizados pela utilização das prerrogativas de direito público e os últimos, por sua inaplicabilidade¹⁵. Nesse sentido, haveria disponibilidade dos bens e direitos envolvidos nos atos de gestão e a indisponibilidade nos atos de império, justamente porque nesta última situação os indivíduos se encontram em situação de mera sujeição, não sendo possível a negociação¹⁶.

Isso ocorre, por exemplo, quando a Administração Pública emite uma portaria, não havendo qualquer possibilidade de negociação entre o indivíduo sujeito a esta norma e o administrador quanto ao seu conteúdo ou aplicabilidade em relação a si mesmo.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que esses interesses secundários se assemelham ao dos particulares, e são caracterizados por serem os interesses do Estado enquanto pessoa, pois dizem respeito a sua própria condição. (MELLO C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014. pág. 66)

¹⁵ CARVALHO FILHO, J. S., **Manual de Direito Administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 137.

¹⁶ GROTTI, D. A. M. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. **RBEFP**. Belo Horizonte, n. 21, set/dez 2018, pp. 51-77, p. 69-70.

Por outro lado, há doutrina que defende a unicidade e a indivisibilidade do interesse público de o Estado realizar suas funções públicas, tal como discriminado pela Constituição Federal, e é crítica em relação a divisão defendida por Caio Tácito.

Sob este enfoque, por mais que o Estado possa se submeter a regimes de direito privado em suas ações, tal como ocorre nas empresas estatais ou nos contratos administrativos, ele não se afasta do regime de direito público, pois este determinou aquela submissão¹⁷.

Por exemplo, somente pode ser criada uma empresa pública em determinado setor econômico caso se demonstre que sua atuação seja estratégica, gerando riscos caso seja entregue para particulares. Assim, a existência do interesse público secundário de se sujeitar o Estado ao regime de direito privado somente existe porque o interesse primário dita que esta é ação necessária para sua própria realização.

Nesse sentido, não haveria um interesse secundário autônomo em relação ao primário, pois aquele somente existiria caso perfeitamente alinhado a este. Assim, a Administração Pública somente pode perseguir seus interesses patrimoniais caso esta conduta permita a prestação de serviços públicos em maior número ou qualidade, e, simultaneamente, não afete direitos dos cidadãos ou prejudique as finalidades da Administração Pública.

Além disso, parte da doutrina entende que não haveria hierarquia entre o interesse primário e o secundário, pois estas seriam categorias regidas pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade¹⁸.

Portanto, ao mesmo tempo que a expansão e a manutenção dos serviços públicos sejam do interesse público, também deve o administrador buscar fontes de receitas e redução de gastos públicos para financiar estas atividades. Ademais, caso estes entrem em conflito, o administrador deve analisar as alternativas possíveis de harmonização entre esses interesses com base em um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, não havendo uma resposta a priori para tal.

¹⁷ MARTINS R. M. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA. 2015, pág. 71.

¹⁸ CASTILHO I. F. Arbitragem Tributária: Aspectos Teóricos e a Possibilidade Jurídica. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 7, n. 9, jul./dez. 2019, p. 9.

Apesar das divergências, adota-se o entendimento de que há uma divisão entre interesse público primário e outro secundário, sendo que este último é instrumental para a realização do primeiro, tal como defendido por Hely Lopes Meirelles¹⁹.

É importante destacar que esta disponibilidade não possui a mesma extensão e características do direito privado, na medida em que os bens públicos não estão entregues à livre disposição do administrador. Ao contrário, este possui o poder-dever de empregá-los de forma a maximizar o interesse público, seguindo as disposições legais e infralegais sobre sua destinação.

Dessa forma, o administrador não pode se utilizar dos mecanismos e verbas administrativas para atender aos seus interesses pessoais, ou utilizá-los, por exemplo, sem a publicização de seus atos.

Para mais, a correta aplicação das leis e a concreta realização da justiça integram o interesse público primário, o que envolve hipóteses em que a Administração Pública sofra com decisões contrárias ao seu interesse patrimonial. Assim, no caso da arbitragem, a mera condenação da Administração Pública pelo árbitro não é indicativa imediata de que a medida violou o interesse público.

Há interesse da Administração na arbitragem quando as questões envolvidas possuem caráter técnico ou haja alguma necessidade em se dispor sobre o rito processual para estabelecer, por exemplo, prazos mais curtos ou a ausência de recursos, com o fim de atribuir celeridade ao procedimento. Nesse sentido, o momento para que se determine os elementos indicativos do interesse público na medida é antes da celebração da cláusula ou compromisso arbitral, de forma que o resultado do procedimento não afeta esta análise.

Estas questões evoluíram de forma paulatina na legislação brasileira, tendo sido editadas uma série de leis e decretos no sentido de realizar permissões para a realização de arbitragem em certas espécies de contratos. Isso ocorre, por exemplo, com o Decreto-Lei nº 2.348/1986, que permitiu a arbitragem em licitações internacionais, e com a Lei nº 11.079, que realizou autorização para a prática no âmbito das parcerias público privadas.

¹⁹ MACHADO, H. C., SANTOS, R. S. S., CATARINO, J. R. Arbitralidade objetiva dos conflitos envolvendo o poder público e as perspectivas da arbitragem tributária no Brasil. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54. jan./abr. 2018, pp. 59-85, p. 72.

Atualmente há previsão legislativa expressa nesse sentido e a jurisprudência se encontra pacificada quanto a possibilidade de a administração pública celebrar a arbitragem. A principal previsão legislativa atual está na própria Lei nº 9.307, que em seu art. 1º, §1º dispõe que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se de arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Ademais, a arbitragem é atualmente prática comum nos contratos realizados pela administração pública, em especial em contratações sobre obras de infraestrutura, revelando a necessidade concreta de utilização de formas alternativas para a resolução de conflitos.

Por fim, deve ser destacada a posição de Ari Sunfeld, que defendeu a legitimidade da Administração Pública para celebrar arbitragens antes mesmo de haver lei autorizativa expressa nesse sentido²⁰. Defendeu o jurista que como a Lei nº 8.666 não prevê de forma exhaustiva todas as hipóteses de contratos que a administração pública pode celebrar, a Administração Pública pode se utilizar de todas as espécies que se coadunem com o regime de direito público. Ademais, esclareceu que esta é possibilidade que independe de autorização legislativa expressa, inclusive para a arbitragem, independentemente de disposição em sentido expreso, incluindo-se a arbitragem:

Assim ocorre com a arbitragem. Trata-se de um sistema de jurisdição privada, a ser aplicado mediante acordo entre as partes envolvidas. É, portanto, um tipo de contrato (ou de cláusula) que está à disposição das pessoas em geral, inclusive aquelas integrantes da Administração Pública. Na Lei de Arbitragem não há referência expressa aos entes estatais, como também não há em relação a qualquer outra espécie de pessoa. A lei foi dirigida a todas as pessoas, genericamente. Não houve qualquer discriminação em relação a pessoas físicas ou jurídicas, a pessoas de direito público ou de direito privado, a pessoas estatais ou não estatais. A única exigência feita foi a de que a *pessoa* seja capaz de contratar. Sendo pessoa com capacidade jurídica para firmar contrato, ela poderá também se valer da arbitragem. Essa é a regra imposta por lei. Como não se discute a capacidade de contratação das entidades estatais, não há como negar que tais figuras estão incluídas entre as pessoas aptas a fazer uso do procedimento arbitral.

2.3 Aplicabilidade da arbitragem em direito tributário

²⁰ SUNDFELD, C. A. e CÂMARA, J. A. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 248, pp. 117-126, p. 122-123.

O direito tributário, na condição de ramo jurídico que rege o poder de tributar do Estado, é ramo do direito público, de forma que as considerações realizadas acima se aplicam a esta matéria.

Contudo, por mais que se admita a possibilidade de a Administração Pública celebrar cláusulas e convenções arbitrais, há dúvida quanto à disponibilidade dos bens regulados pelo direito tributário para realizar esses negócios jurídicos nesta seara.

O principal fator que impede a realização da arbitragem tributária diz respeito à falta de previsão legal autorizando essa possibilidade. O princípio da legalidade tributária abrange as hipóteses de extinção e constituição do crédito tributário, não sendo possível conceder poderes ao juízo arbitral para condenar ou absolver um sujeito quanto a uma obrigação tributária.

Contudo, mesmo que a impossibilidade de se instituir arbitragem sem previsão legal seja questão pacífica, a constitucionalidade em se criar lei nesse sentido é controvertida.

A principal questão diz respeito ao suposto caráter indisponível do crédito tributário, que impediria a realização de negócios jurídicos sobre este.

A obrigação tributária é advinda da lei, não sendo possível que qualquer outro veículo normativo a institua, o que é o principal conteúdo do princípio da legalidade tributária, tal como definido no art. 150, I, da Constituição Federal. Segundo Leandro Paulsen²¹, a legalidade advém do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, advém do próprio conceito do Estado de Direito.

Nesse sentido, somente pode haver poder do Estado caso seu conteúdo normativo seja determinável antes de sua conduta. Caso contrário, o arbítrio e a casuística determinarão o que pode, ou não, ser realizado, com base em relações materiais de poder e influências, de forma antidemocrática e oportunista²²:

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil anuncia a instituição de um Estado democrático que tem como valor supremo, dentre outros, a segurança. Segurança é a qualidade daquilo que está livre de perigo, livre de risco, protegido, acautelado, garantido, do que pode ter certeza, ou, ainda, daquilo em que se pode ter confiança, convicção. O Estado de direito constitui, por si só, uma referência de segurança. Esta se revela com detalhamento, ademais, em inúmeros dispositivos constitucionais, especialmente em garantias que visam proteger, acautelar, garantir, livrar de

²¹ PAULSEN L., **Curso de Direito Tributário**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 89 e 90

²² PAULSEN L., **Curso de Direito Tributário**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 89

risco e assegurar, prover certeza e confiança, resguardando as pessoas do arbítrio. A garantia e a determinação de promoção da segurança revelam-se no plano deontológico (“dever ser”), implicitamente, como princípio da segurança jurídica.

Ademais, a obrigação tributária deve ser instituída de forma isonômica, não podendo ser concedidos tratamentos desiguais sem justificativas prévias, tal como disposto no art. 150, II da Constituição Federal. O comando constitucional impede a utilização de fatores de discriminação baseados na ocupação profissional do contribuinte, porém deixa em aberto a possibilidade da adoção de outros, desde que efetivamente revele que os sujeitos não estejam em “situações equivalentes”.

A doutrina classifica como formal a igualdade existente no texto legal, e esta é alcançada quando não há qualquer exceção ou alteração em sua interpretação caso seja aplicada em face de um determinado sujeito²³. Um exemplo disso está no art. 121 do Código Penal, que prevê que “matar alguém” constitui crime de homicídio doloso, sem a realização de qualquer limitação ao sujeito ativo que possa realizar esta conduta.

Por outro lado, é classificada como material a igualdade referente às condições materiais de vida que um sujeito possui em relação ao outro. Sob este aspecto, é analisada a maneira com que as normas incidem sobre os sujeitos de forma concreta, e se constata que aqueles que possuem condições materiais mais precárias possuem maiores dificuldades para suportarem as obrigações legais.

Isso ocorre, por exemplo, quando dois sujeitos devem pagar um mesmo imposto percentual sobre sua renda, mesmo que uma seja muito superior a outra. Por mais que formalmente devam pagar o mesmo percentual, na prática aquele que receba valores menores terá uma dificuldade maior para cumprir a obrigação, pois suas necessidades básicas comprometem um percentual maior de sua renda.

Partindo-se desta divisão, é pacífica a promoção da igualdade material com base no estabelecimento de desigualdades formais, com o estabelecimento de categorias de contribuintes a serem tributados de forma distinta. Isso ocorre, por exemplo, com a progressividade do imposto de renda, em que são estabelecidos patamares de renda com alíquotas distintas, variando desde as rendas isentas e a alíquota de 37,5%. Ademais, é

²³ MORAES, V. C. A. **A igualdade – formal e material – nas demandas repetitivas**. Série Monografias do CEJ, vol. 24, Brasília: Portal CNJ, 2016, p. 44.

preciso assentar que os fatores de discriminação devem ser utilizados para promover os valores constitucionais, e devem estar vinculados por lei.

A obrigação tributária, que deve possuir as características supramencionadas, é convertida em crédito tributário para que se torne exequível, pois este é o momento em que se torna líquida e certa. Portanto, o crédito tributário é instrumental da obrigação tributária, e ambos possuem a mesma natureza (art. 139, Decreto-Lei nº 5.172/1966).

A atividade administrativa que se presta a gerar o crédito tributário deve seguir estritamente os dispositivos legais pertinentes ao próprio processo administrativo quanto à obrigação tributária, tal como dispõe o art. 3º do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, o administrador não é capaz de realizar qualquer tipo de negócio jurídico não previsto em lei para alterar a obrigação tributária quando esta é convertida em crédito.

Nesse sentido, como consequência da legalidade e da isonomia, surge o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, impedindo que o administrador disponha sobre o conteúdo da obrigação tributária no curso de sua cobrança²⁴. Para que se garanta uma postura imparcial, que assegure a isonomia tributária entre os contribuintes, não há âmbito de discricionariedade, por parte do administrador, no momento da formação do crédito tributário, havendo o dever de se calcular o montante e se determinar a ocorrência do fato gerador em estrita observância dos parâmetros legais.

Rocha traz a seguinte definição do princípio da indisponibilidade do crédito tributário²⁵:

Corolário do princípio da legalidade, nesta assentada, é o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, segundo o qual, não sendo a Fazenda Pública titular dos valores que arrecada, exercendo, na verdade, uma função pública, não podem as autoridades fazendárias decidir sobre a conveniência e oportunidade de demandar o recolhimento do montante de tributos devido.

²⁴ Nesse sentido, MACHADO, H. C., SANTOS, R. S. S., CATARINO, J. R. Arbitralidade objetiva dos conflitos envolvendo o poder público e as perspectivas da arbitragem tributária no Brasil. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54. jan./abr. 2018, pp. 59-85, pp. 78-79. jan./abr. 2018; MACHADO C. H. e MACHADO, C. H. e DOMINGOS, F. N. A indisponibilidade do crédito tributário: obstáculo à arbitragem no Brasil: uma análise luso-brasileira. In: Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga. (Org.). *Studi Sui Diritti Emergenti (Estudos sobre os Direitos Atuais)*. Reggio Calabria: MICHR (Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria) & IBEROJUR, 2019, p. 287-295, pp. 288.

²⁵ SILVA S. A. R. G. Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 122, pp. 90-106, nov. 2005, p. 101.

Como consequência disso, aponta parte da doutrina que a arbitragem em matéria de direito tributário se torna impossível, pois, por mais que existam direitos disponíveis da Administração Pública, o crédito tributário não é um deles, não se enquadrando na hipótese do art. 1º, §1º da Lei 9.307.

Ponderam estes juristas que permitir a disposição do crédito tributário pelo administrador no momento de sua cobrança seria forma de instituir a personalidade no tratamento das causas tributárias. Nesse sentido, de destaque é a posição de Ricardo Marcondes²⁶, que afirma ser a corrupção e a suposta influência dos empresários sobre os árbitros fatores que tornariam a arbitragem tributária uma forma de se escapar ao controle do judiciário.

Contudo, há doutrina em sentido contrário, que defende a possibilidade de se instituir a arbitragem tributária no Brasil, por compreender que, mediante lei autorizativa, seria possível dispor sobre o crédito tributário.

A principal evidência de que o legislador é capaz de dispor sobre o crédito tributário está na existência de institutos como a anistia, a remissão e a isenção, em que a lei retira o dever de pagamento da obrigação tributária. Por mais que a lei deva ser aplicada a todos, de forma isonômica, o legislador é autorizado a criar distinções com base no sujeito passivo ou no fato gerador da obrigação para excluir o dever de pagamento.

Nesse sentido, caso o fator de *discrímen* seja adequado, proporcional e razoável para promover as finalidades constitucionais, não há violação da isonomia, pois será utilizado para promover a igualdade material, mesmo com o sacrifício da igualdade formal. Ademais, como no exemplo da exclusão do crédito tributário, a medida deve ser prevista em lei, tal como disposto no art. 150, §6º da Constituição Federal, o administrador, ao lançar o crédito tributário, estará vinculado à estrita legalidade e será obrigado a não lançar o crédito tributário²⁷:

Assiste razão a autora quando afirma que o crédito tributário é disponível (sic) para administração dentro dos limites da lei. Isto porque se não fosse possível dispor de alguma forma do crédito tributário, líquido ou ilíquido,

²⁶ MARTINS R. M. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo – SP. MALHEIROS EDITORES LTDA. 2015, pág. 66.

²⁷ CASTILHO I. F. Arbitragem Tributária: Aspectos Teóricos e a Possibilidade Jurídica. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, v. 7, n. 9, pp. 1-37, jul./dez. 2019, p. 8.

seria impossível os institutos da remissão, anistia, isenção ou imunidade. Estes institutos tratam-se da ponderação entre um interesse público (crédito tributário) e outro, seja econômico, político ou social. Ocorre que direito disponível é aquele que está à livre disposição do detentor, o que não ocorre com o crédito tributário. É tecnicamente mais correto considerar tal interesse como ponderável à luz da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ademais, não há violação ao princípio da legalidade, pois a administração pública somente pode participar de arbitragens de direito, sendo vedada a utilização da equidade como critério de julgamento (art. 1º, §3º, Lei nº 9.307/1996). Dessa forma, a arbitragem não envolve disposição sobre o conteúdo legal, mas tão somente sobre o sujeito competente para aplicá-lo no caso concreto²⁸.

Portanto, não há qualquer incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário para o administrador e a possibilidade de haver alguma forma de disposição sobre ele.

Tal como destaca Tôres²⁹, o conceito do que seria direito disponível e indisponível é definido pelo direito de cada Nação, não havendo um critério prévio para se fazer essa distinção. Ademais, na legislação brasileira há apenas a menção quanto à indisponibilidade das regras de competência tributária, pois são “indelegáveis”, por força do art. 7º do Código Tributário Nacional, não se realizando qualquer alusão quanto ao crédito tributário.

Para além da possibilidade de ser constitucional a lei que estabeleça a arbitragem tributária no Brasil, há também uma necessidade prática quanto a sua elaboração. Os métodos tradicionais de solução dos conflitos tributários, que se dão essencialmente pela via administrativa ou judicial, demonstram sinais claros de insuficiência, com taxas de congestionamento exorbitantes e altos custos para a administração pública.

Ademais, o processo administrativo tributário possui sérios problemas quanto à imparcialidade dos julgamentos realizados nesta instância, havendo uma clara tentativa

²⁸MACHADO C. H. e MACHADO, C. H. e DOMINGOS, F. N. A indisponibilidade do crédito tributário: obstáculo à arbitragem no Brasil: uma análise luso-brasileira. In: Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga. (Org.). Studi Sui Diritti Emergenti (Estudos sobre os Direitos Atuais). Reggio Calabria: MICHR (Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria) & IBEROJUR, 2019, p. 287-295, pp. 289.

²⁹TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 86, p. 40-64, out./dez.1998, p. 56.

de proteção dos interesses arrecadatórios. Isso se torna evidente, por exemplo, na medida em que os julgadores dessas demandas são representantes da administração pública, pois são funcionários da fazenda escolhidos para exercerem esta função.

Agravando este cenário, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, onde os contribuintes deveriam ser representados para conferir um caráter democrático à solução administrativa de conflitos tributários, há a previsão do voto de minerva por parte de outro representante fazendário.

Além deste grave problema na formação das decisões, a eficácia delas também é problemática. Isso se dá porque a instância judicial não é vinculada pela decisão administrativa e o contribuinte é livre para ingressar em juízo a qualquer momento durante o processo administrativo e mesmo após o proferimento da decisão. O efeito prático disso é a realização redundante de uma série de diligências e formalidades que já haviam sido realizadas em sede administrativa, havendo um baixo reaproveitamento dos atos realizados fora do judiciário, gerando gastos desnecessários e atrasando a solução da lide.

Nesse contexto, a doutrina debate sobre as possibilidades de reforma do atual processo tributário para que se solucionem esses problemas, sendo de destaque a posição que defende a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos e a arbitragem para este fim.

Rocha³⁰ pontua que o atual sistema tributário é realizado de tal forma que o contribuinte é forçado a aplicar a complexa legislação tributária, especialmente em decorrência das formas de lançamento por homologação, que se tornam cada vez mais comuns.

Ademais, também aponta o autor que há uma proliferação de conceitos indeterminados na legislação, de forma a exigir do aplicador dessas normas um estudo e interpretação acurada para que este possa agir de forma regular.

Defende o ilustre professor que a adoção dos meios alternativos de solução dos conflitos tributários deve ser realizada quando há dúvidas quanto à aplicação da norma.

³⁰ SILVA S. A. R. G. Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário Brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 122, pp. 90-106, nov. 2005, p. 92.

Assim, esses meios alternativos seriam uma forma de se lidar com a crescente complexidade das normas tributárias a serem aplicadas por sujeitos que não são especialistas na área, sem que se afete o interesse arrecadatório público.

Em decorrência disso, princípios como “a transparência, a praticidade, a proporcionalidade, a ponderação, a tolerância e a responsabilidade”³¹ devem passar a guiar a relação entre o fisco e o contribuinte, e uma reforma no processo tributário deve contemplar essa nova realidade.

Para mais, a arbitragem também é um dos meios de se estabelecer um âmbito de consenso entre a administração pública e os particulares, para que se determine qual o interesse público existente no caso concreto. Sob este enfoque, parte da doutrina defende que a supremacia do interesse público deve reinterpretada no âmbito do atual estado democrático de direito para que se permita um desenvolvimento cooperativo entre a sociedade civil e a Administração Pública sobre o que seria do interesse coletivo.

Esta perspectiva busca a revisão da forma com que se determina o que seria o interesse público, que deixaria de ser competência exclusiva do administrador e do legislador, e passaria a ser uma tarefa coletiva³². Dessa forma, haveria a legitimação da supremacia do interesse público, pois deixaria de ser imposto de forma autoritária e passaria a ser determinado de forma democrática, por diversos meios como a arbitragem e a transação

A arbitragem seria, dessa forma, uma modalidade de resolução de conflitos em que a coletividade, em negociações com o Estado, seria capaz de determinar quais parâmetros

³¹ SILVA S. A. R. G. Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário Brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 122, pp. 90-106, nov. 2005, p. 92.

³². Tal como defende PINHEIRO: “A diferença entre um interesse público de bases autoritárias e um interesse público democrático está em seu conteúdo. Portanto, no cerne, a questão da supremacia – e, por decorrência, da indisponibilidade – está na necessidade de motivação dos atos administrativos, que transcendem uma esfera argumentativa para englobar a necessidade de recurso a outros elementos de prova a embasar determinada decisão.¹⁵⁸

[...]

A noção de interesse público no atual Estado Democrático de Direito transcende uma verticalidade em relação ao particular para assumir uma postura mais democrática. Como relata Irene Patrícia Nohara, “o ideário de uma Administração Pública que impõe seu interesse unilateralmente sem perquirir a vontade do destinatário dos atos administrativos já está sendo ultrapassado por uma práxis administrativa que busca a consensualidade”.¹⁵⁹ (PINHEIRO H. **Transação Tributária: Planejamento e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 158-159).

de julgamento e quais formalidades seriam as ideais para a resolução dos seus conflitos tributários.

Nesse cenário, a arbitragem surge como uma das formas com que isso pode se concretizar, superando diversas dificuldades apresentadas atualmente. Primeiramente, na medida em que o árbitro selecionado pelas partes pode ser especializado em qualquer área do conhecimento, a arbitragem é modelo ideal para a solução de conflitos envolvendo critérios que não envolvam conceitos estritamente jurídicos.

Isso pode ocorrer, por exemplo, em um caso em que a principal questão conflituosa diga respeito à ocorrência, ou não, do fato gerador “auferir renda”, por haver discrepâncias quanto à contabilidade de uma empresa. Nesse caso, o ponto central do caso gira entorno da produção de provas contábeis e de sua interpretação segundo os critérios técnicos atinentes a esta área do conhecimento.

Dessa forma, a concessão da competência para o julgamento a um sujeito especializado na área e capaz de justificar sua decisão com base nos critérios técnicos pertinentes é de suma importância, tal como já destacado quanto à arbitragem em direito público.

Além disso, é forma de se conceder maior aceitação entre as partes quanto ao decidido, pois há maior confiança no julgador, gerando maior facilidade para se aplicar a sentença.

Ademais, é forma de se garantir a imparcialidade no procedimento, pois ambas as partes escolhem o árbitro, superando-se as dificuldades atualmente presentes no processo administrativo.

Além de tudo, o procedimento tende a ser mais célere, pois as formalidades do processo judicial não são empregadas em sua totalidade, com limitação dos recursos cabíveis e prazos mais enxutos.

Por fim, é meio vinculante de solução dos conflitos, evitando-se a instauração de novo processo para se rediscutir o que já foi decidido, tal como ocorre atualmente quando o processo administrativo é contestado judicialmente.

3- Imparcialidade na arbitragem

3.1 - Imparcialidade no processo civil

A existência de um julgador imparcial é pressuposto essencial para a validade ética das formas de resolução de conflitos heterônomos. As partes submetem seus conflitos para terceiros na medida em que não são capazes de fazê-lo de forma autônoma ou assistida (por meio da mediação ou arbitragem, por exemplo), ou porque interesses difusos ou de terceiros estão envolvidos, surgindo a necessidade de alguém externo a lide intervir no caso para substituir a vontade das partes.

Como tal julgador é inserido justamente para equacionar os interesses em conflito, este não pode tomar partido de algum deles, pois, nesse caso, ele se confunde com as partes, tornando-se injustificados os seus poderes decisórios. É dever deste sujeito ponderar sobre a argumentação e as provas produzidas pelas partes e produzir uma decisão devidamente fundamentada para que a lide seja adequadamente solucionada e nenhuma injustiça seja perpetrada.

Contudo, por mais que o princípio da imparcialidade do julgador seja comum à arbitragem e ao processo civil, este se apresenta com morfologias distintas em cada um dos casos.

No processo civil, a imparcialidade é pressuposto ético do próprio poder jurisdicional, as finalidades públicas de aplicar o direito material e impor estabilidades às relações sociais devem ser perseguidas pelo julgador no exercício de sua prerrogativa, não sendo admissível a tutela de interesses privados³³. Ademais, este princípio é extensível a todos os serventuários envolvidos no processo, tal como os escrivães e os oficiais de justiça, pois estes são capazes de afetar o resultado e a eficácia do processo, e são igualmente responsáveis pela realização da justiça.

A primeira garantia deste princípio se encontra na estrutura judiciária existente, cuja divisão de competências é elaborada legalmente, em especial no Título III do Código de Processo Civil.

Desse conjunto institucional se deduz o princípio do juiz natural, ou seja, a necessidade da existência de julgador competente para a causa por meio de critérios técnicos e previamente estabelecidos. Nesse sentido, o entendimento doutrinário

³³ FRIEDE, R. DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, v. 20, n. 1, abr. 2019, p. 442-476, pp. 443.

majoritário é o de que a garantia do juiz natural possui natureza dupla, pois, simultaneamente, impede o estabelecimento de tribunais de exceção e garante que o julgamento seja realizado por autoridade competente³⁴.

Ademais, é preciso destacar que esta garantia está consagrada na Constituição Federal, mesmo que a expressão não tenha sido utilizada no texto, pelos arts. 5º, XXXV, XXXV, LIII e XL.

Para além da divisão de competências, o CPC conceitua hipóteses em que o juiz se encontra impedido ou suspeito para julgar a causa, e atribui consequências para este fato, de forma a preservar a imparcialidade dos julgadores.

As causas para o impedimento estão previstas no art. 144 do Código de Processo Civil, e elas são caracterizadas por situações objetivamente auferíveis em que se considera parcial o juiz. A título de exemplo, destaca-se o inciso IX, que considera impedido o juiz “quando promover ação contra a parte ou seu advogado”, de forma a revelar a existência de um conflito com uma das partes formalmente documentado.

As hipóteses elencadas neste rol são taxativas, e representam presunções juris et de jure da parcialidade do juiz³⁵, e podem ser invocadas em qualquer fase do processo e, inclusive, em ação rescisória, para que se declare a nulidade de todas as decisões proferidas (art. 966, II, Lei nº 13.709/2015).

Por outro lado, as causas de suspeição estão dispostas no art. 145 do Código de Processo Civil, em rol exemplificativo, e são caracterizadas por conexões subjetivas entre o julgador e as partes, de forma que a prova de sua ocorrência é mais difícil de ser constatada.

Ao contrário do impedimento, a suspeição somente pode ser alegada nos 15 dias-úteis posteriores ao momento em que a parte conheceu do fato (art. 146, lei nº 13.709/2015), ocorrendo a preclusão do direito de alegá-la se superado o prazo. Além

³⁴ SILVEIRA, M.C., Reflexões acerca do Princípio do Juiz Natural, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, volume 18, pp. 119-213 p. 203, ano 2000

³⁵ FRIEDE, R. DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, Volume 20, n. 1, p. 442-476, pp. 443 abril 2019.

disso, caso se aceite o pedido, o juiz substituto pode convalidar os atos realizados pelo substituído, de forma que somente há nulidade quando se demonstre o dano efetivamente sofrido.

Em ambas as hipóteses, o juiz possui o dever de se declarar como suspeito ou impedido e pode fazê-lo após a manifestação da parte, convocando o juiz substituto para decidir a demanda. Contudo, contestadas as alegações, o incidente é remetido ao tribunal superior, em autos apartados.

Além de tudo, a Constituição Federal, no art. 95, prevê garantias para os juízes no sentido de mantê-los estáveis em suas funções, com o fim de impedir que sejam realizadas pressões externas no sentido de coagi-los a decidir em favor de uma das partes.

Por fim, a possibilidade de recurso em face das decisões judiciais é instrumental para a garantia da imparcialidade, na medida em que as partes podem se manifestar quanto a eventuais ilegalidades ocorridas, e outro órgão julgador pode reavaliar o decidido.

3.2 – Imparcialidade na arbitragem

Por outro lado, a imparcialidade no âmbito da arbitragem é fundamentada no acordo das partes quanto ao julgador da causa. Nesse momento há uma revelação da confiança existente sobre a capacidade do árbitro de proferir uma decisão justa e correta, o que envolve diversos elementos, como o preparo técnico e, especialmente, a capacidade de adoção de uma postura neutra.

Portanto, a forma de se garantir a imparcialidade arbitral é oposta ao modelo do juiz natural. No processo civil, o juiz integra o quadro de uma instituição preexistente ao caso concreto e é selecionado por meio da livre distribuição, impossibilitando que algum sujeito parcial o tenha selecionado.

Na arbitragem, por outro lado, o fato de duas partes litigantes e com interesses na causa terem, de comum acordo, selecionado um árbitro, garante que este será imparcial, pois, caso contrário, a outra parte não o teria aceito.

Assim, enquanto no primeiro modelo a imparcialidade é garantida pela ausência de decisões na escolha dos julgadores, no segundo é justamente a negociação e a confluência de vontades que materializa esta garantia³⁶.

Ademais, destaca Júdice³⁷, na medida em que a arbitragem é normalmente desenvolvida por profissionais atuantes em um mercado regido pelas regras da oferta e da demanda sobre a prestação desse serviço, árbitros imparciais naturalmente seriam selecionados.

Isso se dá porque como o atributo da imparcialidade é essencial para o devido desenvolvimento da atividade, os árbitros que demonstrem não possuírem esta característica seriam excluídos do mercado, preservando-se, de forma global, a sua neutralidade.

Nesse sentido, o dever de revelação do árbitro sobre quaisquer fatos ou situações que possam comprometer sua independência ou imparcialidade, previsto no art. 14, §1º, Lei nº 9.307/1996 surge como obrigação ética e jurídica garantidora da confiança e da reputação desse profissional. Este dever surge para o árbitro mesmo antes de ser provocado pelas partes, pois ele deve possuir uma postura ativa no sentido de proteger o interesse dos envolvidos em um julgamento justo e imparcial. Além disso, a realização efetiva desta prática revela seu compromisso com a ética arbitral e preserva a imagem do profissional no mercado, de forma a revelar-se como opção mais atrativa no meio.

Ademais, como a confiança é elemento essencial desta espécie contratual, tal como disposto no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, o princípio da boa-fé e os deveres anexos, tais como o de lealdade, de cooperação e de prestação de informações, devem pautar a atuação das partes³⁸.

³⁶ JÚDICE, J. M. ÁRBITROS: CARACTERÍSTICAS, PERFIS, PODERES E DEVERES. Revista de Mediação e Arbitragem, v. 22, fev. 2014, pp. 835-860, p. 340.

³⁷ JÚDICE, J. M. ÁRBITROS: CARACTERÍSTICAS, PERFIS, PODERES E DEVERES. Revista de Mediação e Arbitragem, v. 22, fev. 2014, pp. 835-860 p. 342.

³⁸ LEMES, S. F. O procedimento de recusa e impugnação de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. Revista de Mediação e Arbitragem, v. 50, fev. 2017, pp. 1-10, p. 4.

Mais a mais, existem mecanismos para que as partes contestem a imparcialidade dos árbitros selecionados, com uma atuação repressiva complementar às formas de prevenção mencionadas.

Primeiramente, é preciso destacar que, nos termos do art. 14 da Lei nº 9.307/1996, as causas de suspeição e impedimento previstas nos arts. 144 e 145 da Lei nº 13.709/2015 se aplicam aos árbitros, de forma a tornar nulas as decisões proferidas nessas hipóteses, nos termos do art. 32, II, Lei nº 9.307/1996.

Contudo, dispõe o art. 14, §2º da Lei nº 9307/1996 que:

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 de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.(...)

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando :a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Do disposto, conclui-se que a aplicação dos institutos da suspeição e da imparcialidade na arbitragem gera efeitos distintos no processo civil, por mais que as hipóteses elencadas no Código de Processo Civil sejam as mesmas.

Conforme mencionado acima, caso o julgador se enquadre nas hipóteses de suspeição ou impedimento, as partes podem se manifestar contra este fato, havendo apenas uma diferenciação quanto ao prazo para fazê-lo³⁹.

Por outro lado, na arbitragem o julgador que se caracterize como suspeito ou impedido pode ser apto para julgar, desde que as partes possuam conhecimento deste fato e tenham participado em sua escolha.

Como a arbitragem envolve direitos disponíveis e é fundamentada na autonomia da vontade das partes, elas podem dispor não apenas das regras processuais aplicáveis⁴⁰, mas

³⁹ A suspeição pode ser alegada no prazo de 15 dias-úteis, contados da data do conhecimento do fato (art. 146, Lei nº 13.709/2015), enquanto o impedimento pode ser reconhecido a qualquer tempo, e, inclusive, em ação rescisória (art. 966, II, Lei nº 13.709/2015).

⁴⁰ Art. 21, Lei nº 9.307/1996: A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou

também das regras materiais⁴¹ e sobre quem pode, ou não, julgar a causa. Os poderes dos árbitros advém da manifestação de vontade das partes no sentido de que se submeterão à decisão que será proferida, de forma a diferenciá-lo da figura do juiz e do regramento aplicável a ele⁴².

As regras de processo civil, que são de ordem pública e desenvolvidas para serem aplicadas a qualquer lide, exigem do legislador uma postura mais conservadora. Isso se dá porque esta forma de resolução de conflitos se propõe a ser aplicável em qualquer caso, incluindo-se os conflitos em que a desconfiança e os riscos sejam altos. Dessa forma, as garantias devem ser indisponíveis, para que haja a efetiva pacificação social e a atribuição de maior segurança e confiança na decisão.

A arbitragem, por outro lado, é fundamentada na autonomia da vontade, o que possibilita a adoção de outros critérios quanto ao impedimento dos julgadores, para que haja uma adaptação ao contexto concreto em que o litígio se desenvolve⁴³.

Nesse sentido, as hipóteses de suspeição e impedimento podem ser superadas pelo consentimento das partes, que podem adotar como árbitro até mesmo seus e ainda assim ser produzida uma decisão válida e vinculante. É preciso destacar que não é preciso haver uma manifestação expressa no sentido de afastar essas disposições legais, bastando haver o efetivo conhecimento sobre a condição, que constitui o consentimento tácito sobre a idoneidade do árbitro, tal como disposto no art. 20 da Lei nº 9.307/1996.

Quanto ao procedimento para a declaração da suspeição ou impedimento, este se concentra extrajudicialmente, devendo ser direcionada a impugnação ao próprio tribunal

entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

⁴¹ Art. 2º, Lei nº 9.307/1996: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes

⁴² JÚDICE, J. M. ÁRBITROS: CARACTERÍSTICAS, PERFIS, PODERES E DEVERES. Revista de Mediação e Arbitragem. Vol. 22. Pág. 339. Publicação em 02/2014

⁴³ LEMES, S. F. O procedimento de recusa e impugnação de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. Revista de Mediação e Arbitragem, v. 50, fev. 2017, pp. 1-10, p. 7.

arbitral ou ao árbitro⁴⁴, tal como disposto no art. 20 da Lei nº 9.307/1996. Ademais, é preciso destacar que, nos termos do art. 30 da Lei nº 9.307/1996, o último momento em que o árbitro pode ser provocado a se manifestar quanto a sua decisão ocorre 5 dias após o recebimento da notificação do conteúdo da sentença.

Na hipótese em que a impugnação seja procedente, o árbitro passa a ser aquele escolhido pelas partes como substituto, ou aquele selecionado pela aplicação das regras do tribunal arbitral sobre o assunto, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.307/1996.

Caso haja resistência de uma das partes quanto à substituição do árbitro, e inexistindo manifestação expressa na convenção de arbitragem sobre o desinteresse na substituição (art. 16, §2º, Lei nº 9.307/1996), a questão pode ser direcionada ao juiz, nos termos do art. 7º, Lei nº 9.307/1996.

Findas as possibilidades de manifestação no âmbito do processo arbitral, resta apenas a impugnação pela via judicial, caso seja hipótese de nulidade da sentença, nos termos do art. 33 da Lei nº 9.307/1996. Para mais, a suspeição e o impedimento são hipóteses de nulidade, nos termos do art.14 combinado com o art. 32, II da Lei nº 9.307/1996 tal como exposto acima.

3.3 – Especificidades da imparcialidade no processo arbitral envolvendo a administração pública

A administração pública, na condição de órgão político constituído para a realização dos direitos, princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal, não possui o mesmo grau de liberdade que um particular na realização de seus atos. O regime jurídico aplicável ao administrador público em sua função é regido por leis específicas, tal como a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações) e a Lei 8429/1992 (Lei da Improbidade administrativa), e princípios especiais, tal como a legalidade e a publicidade (art. 37, CRFB).

⁴⁴ LEMES, S. F. O procedimento de recusa e impugnação de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. Revista de Mediação e Arbitragem, v. 50, fev. 2017, pp. 1-10, p. 8.

Em especial, é preciso destacar a necessidade de se elaborarem e se aplicarem instrumentos para garantir a fiscalização das decisões dos administradores, entre elas a escolha dos árbitros. Nesse sentido Oliveira⁴⁵:

A presença da Administração Pública na arbitragem exige a observância de certas peculiaridades no procedimento alternativo de solução do conflito. Tais particularidades decorrem da função estatal envolvida no litígio arbitral, que atrai as regras norteadoras do sistema democrático e do regime público, em especial para garantir a fiscalização das condutas do Poder Público pelos órgãos de controle e pela sociedade. A legitimidade da arbitragem depende da consideração por aqueles envolvidos direta ou indiretamente no tratamento do conflito por juízo arbitral deste núcleo mínimo, normativo e principiológico, que fundamenta a atuação administrativa, cabendo aos árbitros, os prepostos e os procuradores das partes o dever de adequação da utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública.

Contudo, a permissão para que a administração pública celebre arbitragens, realizada pela Lei 13.129, deixou em aberto uma série de questões de grande relevância para sua aplicação⁴⁶. Ao passo em que a lei de arbitragem foi desenvolvida para ser aplicada em relações privadas, a necessidade da adequação de seus institutos e conceitos para as relações de direito público é um desafio a ser enfrentado pelos intérpretes e operadores do direito.

Entre as lacunas deixadas pela lei, destaca-se a ausência de dispositivos relativos aos critérios de escolha dos árbitros e câmaras arbitrais, bem como sobre o procedimento que deve ser adotado.

Primeiramente, esta situação fragiliza a *accountability* da atuação do administrador, na medida em que os critérios empregados passam a ser casuísticos e de difícil controle. A legitimidade de sua atuação como representante dos cidadãos cujos bens administra deve ser lastreada em um sistema de controle de suas ações, o que inclui a necessidade de se empregarem critérios claros e que sejam eficazes para a maximização do interesse público.

⁴⁵ OLIVEIRA, G. J. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-2/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 31/10/23

⁴⁶ Esses temas são abordados em: OLIVEIRA, R.C.R. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 51, págs. 59-79, dez. 2015.

Ademais, a garantia da imparcialidade do árbitro se torna igualmente dificultada, pois com a ausência de um procedimento para a escolha do julgador, torna-se possível que uma parte receba maiores poderes para a determinação do julgador.

Com relação a esta última questão, surge a dúvida quanto à aplicação da Lei nº 8.666/1993 e o procedimento licitatório para a escolha do árbitro, como instrumento para se assegurar a adoção de critérios objetivos e a busca da melhor alternativa.

Contudo, a licitação não é instrumento adequado para garantir o interesse público na escolha dos árbitros, na medida em que a celeridade que marca a relação arbitral seria afetada pela licitação⁴⁷, abalando justamente o interesse público existente nessa forma alternativa de solução de conflitos.

Ademais, a lei de licitações estabelece limites para sua própria aplicação, para que não alcance todos os contratos realizados pela administração pública, justamente com o fito de se preservar o interesse público.

A contratação dos árbitros por parte da administração pública deve ser classificada como hipótese de inexigibilidade de licitação, na medida em que a arbitragem é serviço prestado por profissional de notória especialização, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 74, III e §3º, Lei nº 14.133/2021. As qualidades técnicas específicas que as partes consideraram relevantes para o caso concreto se encontrariam em um número restrito de potenciais candidatos, o que impossibilita a necessária concorrência para a realização. Ademais, a confiança das partes sobre o árbitro ou tribunal arbitral, que é o elemento fundamental para esta espécie contratual, possui caráter eminentemente subjetivo, o que

⁴⁷ Nesse sentido, Garcia:

“Sob o ângulo do atendimento do interesse público, a licitação é meio e não fim. Não pode ser interpretada ou indevidamente estendida como um dever universal e única salvação para inibir ilícitudes. Existem situações nas quais realizar licitação será um desserviço ao interesse público. Não se trata de retórica vazia, mas de previsão expressa na Constituição Federal e na Lei nº 8.666/93, que delimitou as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

(...)

Avançando na compreensão do tema, não se identifica que a licitação seja o mecanismo apropriado para a contratação das Câmaras. Arbitragem pressupõe celeridade. A partida, paralisar o processo arbitral para promover o processo de licitação formal, parece contrariar a dinâmica da própria arbitragem.”

(GARCIA, F.A. A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: Licitar ou não?. **Direito do Estado**, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>. Acesso em: 31/10/23)

inviabiliza o modelo licitatório, que é fundamentado na comparação entre elementos objetivos. Nesse sentido, defende Oliveira⁴⁸:

A lógica que sustenta esta prática é a seguinte: (i) os serviços executados no âmbito de um painel arbitral qualificam-se como serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular; (ii) a competição entre diferentes prestadores de serviços dessa natureza, assim, resta inviável, uma vez que as atividades por eles desempenhadas estão relacionadas a características eminentemente subjetivas, insuscetíveis de comparação por critérios objetivos; (iii) a legislação brasileira permite que, nos casos em que a competição entre diferentes prestadores de serviços técnicos profissionais especializados for inviável, a contratação pode ocorrer diretamente, sem que seja necessária a precedência de licitação pública e desde que o contratado seja um notório especialista (art. 25 da Lei Federal 8.666/1993).

Contudo, por mais que não seja caso de utilização da licitação, ainda assim é preciso demonstrar a efetiva capacidade do árbitro ou da câmara arbitral para a solução do conflito concreto no processo de sua contratação⁴⁹. A finalidade pública de controle das decisões dos administradores não se confunde com os meios para alcançá-lo, subsistindo o dever de justificar as contratações realizadas.

Atenta a este contexto, a Advocacia Geral da União (AGU) editou portaria⁵⁰ ditando os critérios a serem empregados para a determinação da especialização necessária para que alguém atue como árbitro em processos em que a União seja integrante⁵¹. O documento estabelece que podem ser árbitros:

Art. 2º São requisitos para a escolha de árbitros, sem prejuízo de outros previstos em legislação específica: I - estar no gozo de sua plena capacidade civil; II - deter a confiança das partes; III - deter conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio; IV - não ter, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil; V - não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida; e VI

⁴⁸ OLIVEIRA, G. J. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-2/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 31/10/23

⁴⁹ YAMAMOTO, Ricardo. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 2018. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018, p. 74,75.

⁵⁰ BRASIL. Portaria Normativa AGU nº 42, 07/03/2022. Estabelece critérios para a escolha de árbitros pela União em processos arbitrais que seja parte. Diário Oficial da União. Brasília, edição 46, seção 1. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/portaria-normativa-agu-no-42-de-7-de-marco-de-2022-criterios-de-indicacao-de-arbitros.pdf/view>

- não ser ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

§ 1º Para o cumprimento do requisito previsto no inciso III do caput, serão considerados os seguintes critérios: I - a formação profissional; II - a área de especialidade; III - a nacionalidade; e IV - o idioma.

Em grande parte, foram reproduzidos dispositivos já existentes na lei de arbitragem. O primeiro e segundo incisos estão expressos no art. 13 da Lei nº 9.307/1996, enquanto o quinto e o sexto reproduzem o disposto no art. 14 da Lei nº 9.307/1996, combinado com o art. 145, IV do Código de Processo Civil.

Contudo, foi introduzido o requisito do “conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio”, sendo que a técnica é um dos elementos essenciais para a caracterizar a arbitragem⁵². Ademais, estabelece como critérios para a averiguação desta condição a formação profissional e especialização, exigindo-se, portanto, experiência prática ou titulação compatível com o cargo.

Além disso, cita a nacionalidade que possua e os idiomas pelos quais o árbitro se comunica, o que pode vir a ser relevante em um contexto de arbitragem internacional ou com empresas estrangeiras.

Para mais da possibilidade de contratação direta dos árbitros e tribunais arbitrais, também é utilizado o cadastramento, em que se pré-seleciona as entidades consideradas capazes de exercer a jurisdição para que, depois, se determine qual delas será competente⁵³. As entidades que tiverem interesse no cadastramento devem se apresentar para sua realização, e devem esclarecer quais as provas e documentação pertinente para tal.

⁵² GROTTI, D. A. M. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. RBEFP. Belo Horizonte. Nº 21. Págs. 66-67. Set/dez 2018.

⁵³ YAMAMOTO, Ricardo. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 2018. Págs. 75 e 76. Tese de mestrado. Direito dos Negócios. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

Esta prática é adotada, por exemplo, no Decreto nº 46.245/2018 do Rio de Janeiro⁵⁴, em que são estabelecidos critérios para que uma câmara arbitral possa ser credenciada em seu art. 14:

Art. 14: O órgão arbitral institucional, nacional ou estrangeiro, deverá ser previamente cadastrado junto ao Estado do Rio de Janeiro e atender aos seguintes requisitos: I - disponibilidade de representação no Estado do Rio de Janeiro; II - estar regularmente constituído há, pelo menos, cinco anos; III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, com a comprovação na condução de, no mínimo, quinze arbitragens no ano calendário anterior ao cadastramento.

(...)

§ 3º Considera-se representação a existência de local apropriado, que funcione como protocolo para recebimento de peças e documentos da arbitragem.

§ 4º A disponibilidade da representação compreende o oferecimento, sem custo adicional para as partes, dos serviços operacionais necessários para o regular desenvolvimento da arbitragem, tais como local para realização de audiências, e secretariado.

Da leitura do dispositivo depreende-se que se busca cadastrar instituições arbitrais capazes de exercerem a jurisdição no Estado do Rio de Janeiro, que possuam experiência prévia no ramo do direito público e que tenham boa reputação.

Nesse sentido, há a devida adequação da arbitragem ao regimento do direito administrativo, na medida em que a tomada de decisão por parte do administrador é limitada em prol da moralidade e do interesse público.

4 – Indisponibilidade do crédito tributário e imparcialidade do árbitro no projeto de lei nº 4.468/2020

4.1 – Visão geral do projeto de lei 4.468/2020

O projeto de lei em questão tem como objetivo a instituição da arbitragem tributária no Brasil, por compreender ser esta forma de agilizar o processo arrecadatório e aumentar a receita auferida⁵⁵.

⁵⁵ Conforme disposto na justificativa do projeto de Lei nº 4.468/2020: “O sentido é sempre o mesmo. O direito tributário deve orientar-se em direção à praticabilidade e à segurança jurídica, mediante permanente observância dos princípios da certeza, da transparência, da confiabilidade, da simplicidade e da previsibilidade na criação de leis e na relação tributária.

A partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, impõe-se um princípio do dever estatal de rápida solução dos litígios, e não sua eternização, com custos vários para o Estado. E o art. 3º do CPC, no seu § 3º, não deixa dúvidas, ao estimular, inclusive no processo judicial, o uso da conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos.”

O objeto deste procedimento diz respeito tão somente à matérias fáticas relacionadas à obrigação tributária, e deve ser instaurado antes da constituição do crédito⁵⁶. Importante destacar que após assinatura do compromisso arbitral, fica impedida a instauração de processo administrativo ou qualquer medida de fiscalização relacionada às questões de fato e de direito do caso, bem como a imposição de multas⁵⁷. Para mais, a decisão proferida vincula a autoridade judicial⁵⁸ e somente pode ser contestada frente ao judiciário caso seja alegada a nulidade da decisão, no prazo de 60 dias⁵⁹.

A arbitragem especial deve ser sempre realizada por câmara arbitral previamente credenciada⁶⁰, caso atendidos aos requisitos presentes no art. 3º, parágrafo único. Uma vez selecionada a câmara arbitral, o tribunal será formado por três julgadores, sendo um deles indicado pela Autoridade Tributária e outro pelo contribuinte, sendo que o terceiro será selecionado por decisão unânime dos já constituídos⁶¹.

Na ausência de dispositivo específico quanto ao procedimento a ser adotado, este deve ser estabelecido pelas normas internas da câmara arbitral selecionada. Ademais a publicidade do procedimento deve ser garantida com a publicação da sentença arbitral em “site da instituição arbitral que administrou a arbitragem”⁶². Além do mais, estão previstos os direitos das partes ao “contraditório, a ampla defesa e os meios inerentes, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento”⁶³.

Por fim, prevê alterações na Lei 9.430 para permitir a liquidação das sentenças judiciais que constituam crédito tributário passível de restituição e que sejam administrados pela Secretaria da Receita Federal⁶⁴.

4.2 – Indisponibilidade do crédito tributário e interesse público no projeto de Lei 4.468

Conforme mencionado em capítulos anteriores, o interesse público não implica na indisponibilidade absoluta de todos os direitos e bens da administração pública, havendo

⁵⁶ Art. 1º, parágrafo único e art. 2º do Projeto de Lei nº 4.468/2020.

⁵⁷ Art. 7º, I, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

⁵⁸ Art. 8º, Projeto de Lei nº 4.468/2020

⁵⁹ Art. 10º, Projeto de Lei nº 4.468/2020

⁶⁰ Art. 3º, XII, Projeto de Lei nº 4.468/2020

⁶¹ Art. 4º, Projeto de Lei nº 4.468/2020

⁶² Art. 3º, V, Projeto de Lei nº 4.468/2020

⁶³ Art. 3º, IV, Projeto de Lei nº 4.468/2020

⁶⁴ Art. 12, Projeto de Lei nº 4.468/2020

âmbitos em que a contratação e, conseqüentemente, a arbitragem é possível⁶⁵. Nesse sentido, basta que haja alguma espécie de interesse público concretamente auferível para que o legislador e o administrador, no caso concreto, possam justificar as medidas realizadas para que sejam celebrados contratos por parte da administração pública.

Ademais, a indisponibilidade do crédito tributário, que advém dos princípios da igualdade e da legalidade tributárias, não abrange o legislador, que possui a competência para dispor desses direitos por meio da lei⁶⁶.

O projeto de lei em questão se propõe a instituir a arbitragem tributária no Brasil, e busca reduzir os índices de congestionamento judiciário das lides tributárias ao introduzir uma forma mais célere de solução desses conflitos⁶⁷. Portanto, um dos principais objetivos desse projeto diz respeito ao aumento da arrecadação, que é dificultada de forma excessiva pela burocracia envolvida nas demandas judiciais.

Esta celeridade é alcançada por meio da adoção das regras procedimentais das câmaras arbitrais, com a redução dos formalismos, possibilidades de recursos e redução dos prazos, tal como mencionado acima.

Ademais, há interesse público no caráter técnico na arbitragem em questão, tal como demonstrado pela delimitação de seu objeto a somente matérias de fato, não se

⁶⁵ TÁCITO C. Arbitragem nos litígios administrativos. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, n. 210, out./dez. 1997, pp. 111-115, p. 114.

⁶⁶ CASTILHO I. F. Arbitragem Tributária: Aspectos Teóricos e a Possibilidade Jurídica. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, v. 7, n. 9, pp. 1-37, p. 8 jul./dez. 2019.

⁶⁷ No projeto de lei, esta intenção é clara, pois na justificativa são citados dados sobre a ineficiência dos processos judiciais em se recuperar os créditos tributários: “Para o fisco, os índices de recuperação de valores judicializados não se mostra compensatório frente ao esforço empregado nas disputas pendentes de julgamento. Para ilustrar, se recupera judicialmente apenas cerca de 1%1 do estoque da dívida ativa federal (essa dívida chega a R\$ 5 Trilhões, se consideradas também as Estaduais e Municipais).

(...)

Ao cuidar da Dívida Ativa, o Anexo V da LDO 2020 assim esclarece a situação financeira da União: “O estoque da Dívida Ativa da União, ao final de 2018, alcançou o valor de R\$ 2.181,1 bilhões, representando um crescimento de 9,26% em relação ao exercício anterior. Desse valor, aproximadamente 82%, R\$ 1.783,5 bilhões são tratados como perdas, ou seja, há uma expectativa de recuperação/arrecadação de R\$ 397,6 bilhões com impacto maioritariamente primário. (...)” E Prossegue: “Segundo a PGFN, a partir do histórico de adimplemento, por classe, nos últimos dez anos, as expectativas de recuperação dos créditos das classes “A” e “B” nos próximos dez anos são, respectivamente, 70% e 50%, por conseguinte, os ajustes para perdas são, respectivamente, 30% e 50%. Assim, do saldo de R\$ 2.181.083 milhões, aproximadamente 82%, R\$ 1.783.466 milhões são tratados como perdas, ou seja, há uma expectativa de recuperação/arrecadação de R\$ 397.617 milhões com impacto maioritariamente primário.” (p. 50). Mesmo que a PGFN tenha tomado importantes medidas para redução deste passivo, o problema não se alterou quanto às medidas para reduzir a conflitividade.”

invadindo a expertise dos juízes sobre o direito. Portanto, busca-se uma maior qualidade das decisões proferidas, almejando-se a justiça e a segurança jurídica no caso concreto.

Além disso, entre os critérios para se tornar um árbitro no âmbito de aplicação deste projeto, há o requisito mínimo de que ele possua “dez anos de comprovada experiência profissional na área”, bem como “duas graduações de nível técnico ou superior ou uma graduação e uma pós-graduação”⁶⁸.

Mais a mais, as decisões arbitrais são passíveis de fiscalização por parte dos órgãos de controle e da população civil, na medida em que as sentenças proferidas devem ser integralmente publicadas no site da instituição⁶⁹.

O controle também é realizado caso seja averiguada uma das hipóteses de nulidade da decisão (art. 10, Projeto de Lei nº 4.468/2020), caso em que esta poderá ser impugnada perante o judiciário no prazo de 60 dias.

Diante do exposto, conclui-se que a arbitragem tributária, tal como disposta pelo projeto de lei, atende ao interesse público e, portanto, é passível de ser aprovada pela via legislativa. Em face dos diversos interesses envolvidos, é realizada a ponderação de forma adequada, prestigiando-se a arrecadação, a segurança jurídica, a qualidade das decisões e a celeridade sem deixar de se observar o controle das decisões dos administradores e a igualdade.

Contudo, este é projeto de lei ordinária e, nesta condição, buscou compatibilizar-se com a ausência de previsão do instituto da arbitragem no Código Tributário Nacional ao limitar sua aplicabilidade aos litígios anteriores à constituição do crédito tributário.

A razão para tal redação diz respeito ao art. 146, III, “b” da Constituição Federal, que estabelece reserva de lei complementar para as normas que digam respeito a obrigação, crédito, lançamento, prescrição e decadência tributárias, que se encontram hoje reguladas pelo Código Tributário Nacional. Além disso, é preciso pontar que o art. 142 da Lei nº 5.172/1996 dispõe que:

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,

⁶⁸ Art. 4º, §9º, II, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

⁶⁹ Art. 3º, V, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Portanto, na medida em que a averiguação do fato gerador, o cálculo do montante devido e a determinação da matéria tributável são matérias de fato competentes exclusivamente às autoridades administrativas, somente lei complementar pode introduzir alteração à matéria.

Por fim, é preciso destacar que o judiciário é capaz de alterar o lançamento tributário realizado ou condicioná-lo na medida em que possui a competência genérica na Constituição para apreciar qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF). Contudo, esta disposição não é extensível ao juízo arbitral, que não pode violar as normas de competência vigentes em sua atuação.

4.3- Imparcialidade no Projeto de Lei nº 4.468/2020

O projeto de lei em questão aborda a escolha dos árbitros com base em um sistema de cadastramento. As câmaras arbitrais devem se manifestar no sentido de que desejam se inscrever e que atendem aos requisitos dispostos no art. 3º, parágrafo único do Projeto de Lei 4468, que diz:

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.

O primeiro requisito busca a praticabilidade do procedimento, bem como garantir a supremacia nacional, enquanto os demais tentam restringir as câmaras arbitrais àquelas que tenham reconhecimento quanto a sua técnica e imparcialidade.

Comparando-se os requisitos apresentados e o disposto no Decreto 46245/2018 do Rio de Janeiro, há um rigor maior no projeto de lei, que exige três anos a mais de atividade para que seja possível a realização do cadastro. Para mais, há diferença quanto ao âmbito territorial por se tratar de lei aplicável à nível nacional, tornando-se injustificável a limitação a apenas algum Estado.

Assim, na medida em que o Estado do Rio de Janeiro realiza cadastramentos para a realização de arbitragens públicas com base nesses requisitos a aproximadamente anos

sem haver a declaração da violação à imparcialidade, deve-se concluir que o projeto, neste sentido, adequada para a garantia da imparcialidade.

Ocorrendo a manifestação de vontade por parte do contribuinte no sentido de que deseja optar pela arbitragem especial tributária, a próxima etapa é a realização de uma audiência para a assinatura do compromisso arbitral⁷⁰. Nesta audiência devem comparecer uma “autoridade administrativa a ser designada pelo Ministério da Fazenda ou Advocacia Geral da União” e o contribuinte representado por advogado.

Este é momento crucial para a determinação da câmara arbitral que julgará o caso, pois é cláusula essencial do compromisso arbitral o local onde a arbitragem será desenvolvida⁷¹. Portanto, são as partes que escolhem qual das câmaras arbitrais cadastradas será a competente para a realização do procedimento.

Tal como na arbitragem entre particulares, a garantia da imparcialidade se dá pelo caráter adversarial dessa escolha, com ambas as partes buscando maximizar seus interesses e, mesmo assim, alcançam o consenso. Nesse sentido, a presença de um advogado representando o contribuinte passa a ser essencial, pois é preciso que se tenha conhecimento sobre as qualidades das câmaras arbitrais para que a imparcialidade seja defendida com a oposição dos interesses.

Selecionada a câmara arbitral, o próximo passo será a escolha do tribunal arbitral, que é composto por três julgadores, sendo um deles indicado pela autoridade tributária, outro pelo contribuinte, e, após a escolha dos demais, o terceiro pelo comum acordo dos outros dois, e este presidirá o tribunal⁷². Caso não haja consenso, a escolha é atribuída à própria câmara arbitral, segundo suas leis regimentais próprias⁷³.

Novamente o caráter adversarial da escolha garante a imparcialidade do tribunal, pois como nenhuma das partes é capaz de escolher a maioria dos julgadores, não é possível a influência direta sobre a decisão que será proferida.

Nesse sentido, conclui-se que o processo de determinação da câmara e do tribunal arbitral é realizado de forma que as partes não possuem a possibilidade de selecionar de forma privilegiada o julgador de sua demanda, pois está em igualdade com a outra.

⁷⁰ Art. 5º, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

⁷¹ Art. 6º, I, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

⁷² Art. 4º, caput, I, II e §5º, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

⁷³ Art. 4º, § 6º, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

Para além disso, o Projeto de Lei nº 4.468/2020 estabelece requisitos especiais para que alguém possa ser árbitro nesse procedimento no art. 4º, §9º:

§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;

Da leitura do dispositivo se constata a preocupação do legislador em garantir a qualidade técnica do árbitro que poderá participar desta espécie de procedimento, de forma a atender ao interesse público na arbitragem de que as decisões sejam tomadas por especialistas. Além do mais, a imparcialidade é reflexamente garantida na medida em que a escolha do julgador passa a ser mais criteriosa e restritiva, limitando-se a possibilidade de se escolher alguém subserviente aos interesses de alguma das partes.

Ademais, é preciso destacar que para ser o presidente do tribunal arbitral há ainda o requisito de ser bacharel em direito⁷⁴, presumidamente para que seja realizada a devida condução do processo arbitral, com o respeito às garantias processuais das partes e ao contraditório.

Quanto aos procedimentos repressivos para que as partes possam impugnar a parcialidade dos árbitros, o Projeto de Lei prevê os procedimentos da impugnação⁷⁵ e da declaração de nulidade da sentença⁷⁶. As hipóteses de nulidade da sentença são semelhantes às elencadas na Lei nº 9.307/1996, havendo diferenças em razão dos requisitos das sentenças, os prazos e princípios distintos entre o projeto de lei e a Lei nº 9.307/1996. Com relação ao procedimento de impugnação, as diferenças advêm do estabelecimento de um prazo para a sua realização (15 dias) e da presença de requisitos para ser árbitros, específicos do projeto de lei.

Devido à proximidade das formas de impugnação e nulidade, na medida em que estas são formas eficazes de se combater a parcialidade dos árbitros nos demais procedimentos arbitrais, deve também ser suficiente neste projeto de lei.

⁷⁴ Art. 4º, §5º, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

⁷⁵ Art. 4º, §8º, Projeto de Lei nº 4.468/2020

⁷⁶ Art. 10, Projeto de Lei nº 4.468/2020.

5 – Conclusão

Diante do exposto, conclui-se, primeiramente, que a arbitragem em direito público é forma legítima para a solução de conflitos, e é forma de se buscar julgamentos com base em outras áreas do conhecimento, além de possibilitar uma maior celeridade na solução da lide. Para mais, na medida em que o interesse público é dividido entre primário e secundário, os requisitos da arbitralidade objetiva podem ser atendidos pela administração pública.

Com relação à arbitragem tributária, conclui-se que esta é possível, na medida em que a indisponibilidade do crédito tributário não impede sua adoção, pois o legislador é capaz de dispor sobre ele, tal como demonstrado pelos institutos da isenção e da anistia. Contudo, a formação de decisão sobre a obrigação tributária, por mais que o crédito não seja constituído, envolve etapa essencial do lançamento tributário, que é matéria sujeita à reserva de lei complementar, nos termos do art. 146, III, “b”, da Constituição Federal e art. 142 do Código Tributário Nacional.

Ademais, o projeto de Lei 4.468 atende ao interesse público da efetivação de um processo tributário mais célere e com a possibilidade da utilização de outras áreas do conhecimento para que se justifique a decisão. Para mais, a presença de critérios técnicos para se determinar quais câmaras arbitrais e árbitros podem participar deste procedimento permite, o controle das decisões dos administradores.

Por fim, a imparcialidade no procedimento da arbitragem especial é efetivamente garantida pela ausência de disparidade do poder das partes sobre a escolha dos julgadores, de forma a dificultar a criação de um tribunal subserviente ao interesse de alguma delas.

6- Referências

- JÚDICE, J. M. ÁRBITROS: CARACTERÍSTICAS, PERFIS, PODERES E DEVERES. Revista de Mediação e Arbitragem. Vol. 22. Páginas 835-860. Publicação em 02/2014
- LEMES, S. F. O procedimento de recusa e impugnação de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. Revista de Mediação e Arbitragem, v. 50, fev. 2017, pp. 1-10
- GROTTI, D. A. M. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. RBEFP. Belo Horizonte. Nº 21. Págs. 51-77. Set/dez 2018.
- MACHADO H. C., SANTOS R. S. S., CATARINO J. R. Arbitralidade objetiva dos conflitos envolvendo o poder público e as perspectivas da arbitragem tributária no Brasil. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul. Vol. 1. Nº 54. Págs. 59-85. jan./abr. 2018
- JÚNIOR J. C. Da arbitragem e seu conceito categorial. R. Inf. Legisl. Brasília. Vol. 25. Nº 98. Págs 127 – 138. Abr./jun. 1988
- FRIEDE, R. DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, Volume 20, n. 1, págs. 442-476, abril 2019.
- SILVEIRA, M.C., Reflexões acerca do Princípio do Juiz Natural, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, volume 18, págs. 199-213, ano 2000
- CASTILHO I. F. Arbitragem Tributária: Aspectos Teóricos e a Possibilidade Jurídica. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, v. 7, n. 9, pp. 1-37, jul./dez. 2019.
- OLIVEIRA, G. J. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-2/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 31/10/23
- OLIVEIRA, R.C.R. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, n. 51, pp. 59-79, dez. 2015.
- GARCIA, F.A. A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: Licitar ou não?. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>. Acesso em: 31/10/23
- YAMAMOTO, Ricardo. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 2018. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018, p. 74,75.
- SANTI, E. M. D. Transação e arbitragem no direito tributário: paranoia ou mistificação? Págs. 167 a 190 em: SARAIVA, O. O. P. F. e GUIMARÃES, V. B. Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Veloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008
- SILVA S. A. R. G. Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário Brasileiro. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 122, pp. 90-106, nov. 2005.

DIDIER JR F., Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1, 21ª edição, Salvador: juspodivm, 2019

SUNDFELD C. A. e CÂMARA J. A. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo, v. 248, págs. 117-126 DOI: 10.12660/rda.v248.2008.41529. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41529>. Acesso em: 9 nov. 2023.

FILHO J. S. C., Manual de Direito Administrativo. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020

MELLO C. A. B. Curso de Direito Administrativo 32ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

PAULSEN L., Curso de Direito Tributário, 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

PINHEIRO H. Transação Tributária: Planejamento e Controle. Belo Horizonte: Fórum, 2021

TÁCITO, C. Arbitragem nos litígios administrativos. **R. Dir. Adm.** Rio de Janeiro, n. 210, out./dez. 1997, pp. 111-115

MORAES, V. C. A. Série Monografias do CEJ, vol. 24: A igualdade – formal e material – nas demandas repetitivas sobre direito sociais. Portal CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/monografias-do-cej2>. Acesso em 10.11.23.

MACHADO, C. H. e DOMINGOS, F. N. A indisponibilidade do crédito tributário: obstáculo à arbitragem no Brasil: uma análise luso-brasileira. In: Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga. (Org.). Studi Sui Diritti Emergenti (Estudos sobre os Direitos Atuais). Reggio Calabria: MICHR (Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria) & IBEROJUR, 2019, p. 287-295

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 106464 (AgRg no RHC nº 106464). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. São Paulo, 07/05/2019;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1536612 (AgRg no REsp nº 536612). Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Rio Grande do Sul, 07/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo em Recurso Especial nº 1340001 (ARESP nº 1340001). Relator: Ministro Francisco Falcão. Pernambuco, 16/10/2018.

BRASIL. Portaria Normativa AGU nº 42, de 07 de março de 2022. Estabelece critérios para a escolha de árbitros pela União em processos arbitrais que seja parte. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/portaria-normativa-agu-no-42-de-7-de-marco-de-2022-criterios-de-indicacao-de-arbitros.pdf/view>. Acesso em: 16/11/2023

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24/09/1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%B

[A%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.%201%C2%BA%20As%20pessoas%20capazes,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis.&text=Art.%202%C2%BA%20A%20arbitragem%20poder%C3%A1,eq%C3%BCidade%2C%20a%20crit%C3%A9rio%20das%20partes..](#) Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.468, de 03 de setembro de 2020. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>. Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17/03/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, CF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16/11/2023

BRASIL. Decreto-lei nº 2.348, de 24 de julho de 1987. Altera o Decreto-lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27/07/1987. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del2348.htm. Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31/12/2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06/07/1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 03/01/1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 3/06/1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm. Acesso em: 16/11/2023

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01/04/2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, RJ, 20/02/2018. Disponível em: https://www.ioerj.com.br/portal/modules/conteudoonline/mostra_edicao.php?sessao=VG5wQmVVNTZhekZSYTFGMFQwVmFSbEZwTURCT2VtTjZURlJuTlZKVlJYUINha1pGVG1wUmVFMUVhRWRQVkJZVMQ==&p=Mw==&tb=dm9sJiMwMTM7. Acesso em: 16/11/2023.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30/12/1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.430%2C%20DE%2027%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201996.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20tribut%C3%A1ria,consulta%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 16/11/2023.