

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

PAULO ANTONIO RODRIGUES MARTINS

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: a fusão de horizontes gadameriana como condição de possibilidade para compreensão, aprovação e implementação no Brasil

SÃO LEOPOLDO-RS

2021

PAULO ANTONIO RODRIGUES MARTINS

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: a fusão de horizontes gadameriana como condição de possibilidade para compreensão, aprovação e implementação no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo-RS

2021

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: a fusão de horizontes gadameriana como condição de possibilidade para compreensão, aprovação e implementação no Brasil”, elaborada pelo doutorando Paulo Antonio Rodrigues Martins, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 11 de abril de 2022.



Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro Participação por Webconferência

Membro: Dr. Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira Participação por Webconferência

Membro: Dr. Paulo Júnior Trindade dos Santos Participação por Webconferência

Membro: Dr. Marciano Buffon Participação por Webconferência

Membro: Dr. Wilson Engelmann Participação por Webconferência

Ao meu filho Pedro.
Alma forte e sorriso farto.
Amo-te.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela vida.

À Atena, deusa da sabedoria, da força e da prudência. Mais conhecida como Anielle, minha companheira de vida. Dois doutorandos na mesma casa e com uma criança de tenra idade. Não foi fácil. Obrigado pelo apoio e pelos diálogos domésticos. Eu aprendi um pouquinho de Fairclough e você de Gadamer.

Ao Sr. Paulo e à Sra. Alice. Obrigado pela educação. Carrego em mim, uma parte de vocês.

Ao tio Rosângelo, jusfilósofo, que em algumas madrugadas frias, me presenteou com horas de diálogos sobre filosofia clássica, inspiração para temas complexos desta tese.

À Gracielle, irmã e colega de profissão, que assumiu o escritório de advocacia, nas minhas incontáveis ausências em prol dos estudos doutorais.

À Universidade de Rio Verde (UniRV), minha *alma mater*. E que hoje tenho a honra de ser professor (quase) titular. Obrigado por investirem em minha formação acadêmica e, sobretudo, por formalizarem o convênio com uma das melhores Escolas de Pós-Graduação em Direito no Brasil, a UNISINOS. Agradeço nas pessoas do antigo Reitor (Professor Sebastião Lázaro Pereira) e, também, do atual Reitor, o amigo e Professor Alberto Barella Netto.

À Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), pelo corpo docente altamente qualificado e de perfil humanista. Lídimos representantes da hermenêutica jurídica no país.

Agradeço à CAM/ACIRV (Câmara de Arbitragem e Mediação da Associação Comercial e Industrial de Rio Verde-Goiás), fundada no ano de 1.998. Obrigado por me conectarem de forma autêntica com o processo proto-heterocompositivo de solução de conflitos. A arbitragem renovou meu amor pelo Direito.

Agradeço imensamente ao professor Darci Guimarães Ribeiro, orientador da tese, que num café da tarde ocorrido no interior da magistral biblioteca da UNISINOS, avalizou o pré-projeto de pesquisa em arbitragem tributária. Obrigado por me mostrar presencialmente obras relevantes da biblioteca da instituição de ensino e, especialmente, o acervo doado pelo professor Ovídio Araújo Baptista da Silva. O senhor agrega numa só pessoa, conhecimento e gentileza.

Agradeço ao professor Wilson Engelmann, exemplo singular de docente. Incansável na busca pelo aperfeiçoamento dos seus alunos. O senhor me faz recordar o personagem do Prof. Keating (interpretado por Robin Williams), no filme “Sociedade dos Poetas Mortos” (1.989). Não propriamente pelas atitudes revolucionárias, mas pela inspiração humana. O senhor é humano, demasiadamente humano.

Também agradeço a todos os professores do PPGD da instituição de ensino e aos antigos e atuais colaboradores, em especial, a Vera Loebens, Ronaldo César e a Paloma Recktenvald

Agradeço aos colegas que participaram comigo do curso de doutorado. As viagens para São Leopoldo foram cansativas (aulas pela manhã e seminários à tarde), mas também recheada de bons momentos. Aproveito para fazer uma homenagem ao nosso colega Oduvaldo Santana Júnior (*in memoriam*), que era um dos mais empolgados com o curso de doutorado. Fiquei com muitas saudades dos bate-papos de corredor, das brincadeiras e, principalmente, dos abraços de “paizão”.

Aos caros Arício Vieira da Silva (que eu acompanho desde a especialização *latu sensu*, o mestrado e, agora, o doutorado) e ao ítalo-brasileiro Ricardo Luiz Nicoli (que cursou parte dos créditos do doutorado na Itália). Amigos prestativos durante todo o curso de doutorado, sempre prontos para auxiliar com uma informação ou uma sugestão. Obrigado pela amizade verdadeira.

Agradeço, ainda, ao apoio acadêmico dos membros da diretoria do IBATT (Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias), que participaram de diversas reuniões on-line promovidas pelo Grupo de Estudos em Mediação, Arbitragem e Agronegócio da Universidade de Rio Verde (GEMA), para divulgação dos sistemas adequados de solução de conflitos tributários no Cerrado Goiano. Obrigado especial aos Dr. Marcelo Ricardo Escobar e Dra. Mariana Martins.

Agradeço, por fim, aos leitores e leitoras dessa tese, meu muito obrigado!

“DIANTE DO TEU ROSTO TARDIO,
único –
caminhando entre
noites que também me transformam,
algo veio para ficar
que já estive uma vez conosco, in-
tocado por pensamentos.

Paul Celan”.¹

¹ GADAMER, Hans-Georg. **Quem sou eu, quem és tu?** Rio de Janeiro: EdUERJ, 2005. p. 66.

RESUMO

O estudo analisa e demonstra, com amparo na teoria hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, que a compreensão, aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil dependem da fusão de horizontes entre o passado histórico (das normas administrativas tributárias) com o presente do intérprete (atuais demandas sociais), que gerarão novos horizontes de compreensão e praticabilidade ao instituto jurídico, para o fim de promover o acesso à ordem jurídica justa no âmbito fiscal. Como problema de pesquisa, questiona-se: a fusão de horizontes gadameriana é uma condição de possibilidade para compreensão genuína, aprovação legislativa e implementação prática da arbitragem tributária no Brasil, tendo em vista as resistências culturais que não compreendem o instituto jurídico como verdadeiro mecanismo de acesso à ordem jurídica justa? Em tais circunstâncias, postula-se como hipótese a necessidade de se afastar pré-compreensões ou pré-conceitos mal elaborados do instituto jurídico da arbitragem tributária no país (como as visões equivocadas de sinônimo de disponibilidade do interesse público e renúncia do crédito tributário), e de se promover novos entendimentos autênticos e conectados com as atuais demandas da sociedade, como, por exemplo, um instrumento de eficiência na arrecadação do crédito público e na ressignificação da relação entre Administração Tributária e contribuinte (para uma gestão pública dialógica e horizontal), sinônimo, na verdade, de acesso à ordem jurídica justa no âmbito tributário. Diante da investigação procedida nesta tese doutoral, que utilizou o método fenomenológico-hermenêutico, com incursões analítico-descritivas, conclui-se que, as resistências teóricas e culturais em relação ao instituto da arbitragem tributária no Brasil são mal elaboradas, provenientes de um horizonte histórico limitado, em que o princípio do interesse público é visto apenas como interesse da Administração, e numa postura inflexível e não dialógica por parte do Poder Público, que promove um número excessivo de ações judiciais ineficazes, que sobrecarregam o Poder Judiciário e, na verdade, não atendem ao interesse público constitucionalmente estruturado.

Palavras-chave: arbitragem tributária; acesso à ordem jurídica justa; fusão de horizontes.

RESUMEN

El estudio en cuestión analiza y demuestra, con base en la teoría hermenéutica de Hans-Georg Gadamer, que la comprensión, aprobación e implementación del arbitraje tributario en Brasil depende de la fusión de horizontes entre el pasado histórico (reglas administrativas tributarias) con el presente de intérprete (demandas sociales actuales), lo que generará nuevos horizontes de comprensión y practicabilidad al Instituto Jurídico, con el fin de promover el acceso a un ordenamiento jurídico justo en el ámbito fiscal. Como problema de investigación, la pregunta es: la fusión de los horizontes gadamerianos es una condición de posibilidad para el entendimiento genuino, la aprobación legislativa y la implementación práctica del arbitraje tributario en Brasil, dadas las resistencias culturales que no entienden al instituto jurídico como un verdadero mecanismo de acceso al orden legal justo? En tales circunstancias, se postula como hipótesis la necesidad de alejarse de precomprensiones o prejuicios mal preparados del instituto jurídico del arbitraje tributario en el país (como las visiones equivocadas sinónimo de disponibilidad del interés público y renuncia de crédito tributario), y promover nuevos entendimientos auténticos conectados con las demandas actuales de la sociedad, como por ejemplo, un instrumento de eficiencia en la recaudación del crédito público y en la redefinición de la relación entre la Administración Tributaria y el contribuyente (para un diálogo dialógico). y gestión pública horizontal), sinónimo, de hecho, de acceso a un ordenamiento jurídico justo en el ámbito tributario. Dada la investigación realizada en esta tesis doctoral, que utilizó el método fenomenológico-hermenéutico, con incursiones analítico-descriptivas, se concluye que las resistencias teóricas y culturales en relación al instituto de arbitraje tributario en Brasil están mal elaboradas, provenientes de un contexto histórico. horizonte limitado, en el que el principio de interés público es visto sólo como un interés de la Administración, y en una postura inflexible y no dialógica por parte del Poder Público, lo que promueve un número excesivo de juicios ineficaces, que sobrecargan al Poder Judicial. y, de hecho, no sirven al interés público estructuralmente.

Palabras clave: arbitraje fiscal; acceso al orden jurídico justo; fusión de horizontes

LISTA DE SIGLAS

CAAD	Central de Arbitragem Administrativa de Portugal
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CNE	Conselho Nacional de Educação
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil, de 2015
CR/88	Constituição da República, de 1988
GEMA	Grupo de Estudos em Mediação, Arbitragem e Agronegócio
IBATT	Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias
LBA	Lei Brasileira de Arbitragem
MASC	Métodos Adequados de Solução de Conflitos
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJs	Tribunais de Justiça
TRFs	Tribunais Regionais Federais
UNIRV	Universidade de Rio Verde
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA NO BRASIL: UMA TRANSMUTAÇÃO NATURAL	22
2.1 Prolegômenos	22
2.2 Projeto Florença	23
2.2.1 A terceira onda renovatória: um novo enfoque do acesso à justiça	27
2.2.2 A terceira onda renovatória e as principais reformas no sistema processual brasileiro: aperfeiçoamento técnico e métodos adequados de solução de conflitos	36
2.3 O acesso à ordem jurídica justa no Brasil: conceito atualizado de acesso à justiça	52
2.3.1 O Centro Judiciário de Cidadania (CEJUSC): atendimento e orientação ao cidadão	63
3 A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS E ARBITRAGEM	71
3.1 Prolegômenos	71
3.2 Novos paradigmas de solução de conflitos pela Administração Pública	72
3.2.1 Consensualismo e proto-heterocomposição	72
3.3 A boa administração pública	87
3.3.1 A boa administração pública tributária	97
3.4 Desjudicialização de conflitos e administração pública: contributos para a racionalização do sistema judicial	109
3.4.1 Desjudicialização de conflitos: conceito e características	114
3.4.2 Desjudicialização de conflitos na administração pública tributária	117
3.4.2.1 <i>Mediação e transação nas disputas fiscais</i>	121
3.5 A arbitragem na administração pública no Brasil	130
3.5.1 Contornos teóricos	130
3.5.2 Revisitação dos temas: (in) disponibilidade, interesse público e direito patrimonial disponível	135
3.5.3 Consolidação legislativa e jurisprudencial: o terreno fértil para adoção da arbitragem tributária no Brasil	147
4 ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA NO BRASIL: UMA FUSÃO DE HORIZONTES	160

4.1 Prolegômenos	160
4.2 Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e o conceito de Fusão de Horizontes	162
4.2.1 A fusão de horizontes como concepção participativa do entendimento	167
4.3 Arbitragem tributária em Portugal como modelo eficaz de solução de conflitos	176
4.4 Arbitragem tributária no Brasil: análise dos atuais projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional	184
4.4.1 Projeto de lei n. 4.257 de 2019 (Senador Antônio Anastasia)	193
4.4.2 Projeto de lei do Senado n. 4.468 de 2020 (Senadora Daniella Ribeiro)	201
4.4.3 O projeto de lei (modelo) de arbitragem tributária do Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias - IBATT	211
4.5 A arbitragem tributária como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa no Brasil: os contributos da fusão de horizontes gadameriana	219
4.5.1 Atuais e novos horizontes culturais de solução de conflitos tributários	221
4.5.2 Fusão de horizontes e resignificação da relação jurídica entre Administração Tributária e contribuinte: aprovação e implementação de um modelo horizôntico de arbitragem tributária no Brasil	226
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	237
REFERÊNCIAS	251

1 INTRODUÇÃO

Um pouco antes do início do curso de Doutorado, no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), a intenção dessa pesquisa era voltada para o estudo da arbitragem em litígios administrativos no Brasil. Um campo fértil para o desenvolvimento da arbitragem como método adequado de solução de conflitos, que ganhou destaque com a reforma da Lei n. 9.307, de 1.996 (Lei de Arbitragem), promovida pela Lei n. 13.129 de 2015.

De acordo com os especialistas, a introdução (expressa) da arbitragem em conflitos com a administração pública na Lei n. 9.307 de 1996, veio ao encontro das inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao longo da história no país. Além de agilizar a solução de litígios que envolvam o Poder Público, a arbitragem representa segurança jurídica para a entrada de grandes investimentos internacionais no Brasil.

Contudo, com o desenvolvimento do curso e com as orientações do professor Darci Guimarães Ribeiro, novas ideias foram surgindo, no intuito de delimitar o tema e, também, promover uma pesquisa que fosse parte da vida profissional do pesquisador. Que fosse verdadeiramente uma pesquisa fenomenológica-hermenêutica, que retratasse também casos práticos, vicissitudes e experiências do intérprete (seu horizonte histórico).

Em razão disso, das experiências hermenêuticas do pesquisador e da sua formação acadêmica (especialização *latu sensu* em direito tributário), a pesquisa se concentra no tema da arbitragem tributária no Brasil (com o incentivo expresso do orientador). Um tema que em 2018-2019, época inicial da presente pesquisa, era exótico para a Administração Tributária. Mas defendido por alguns doutrinadores de renome no país (como, por exemplo, professores Heleno Taveira Torres, Selma Ferreira Lemes, Marcelo Ricardo Escobar e outros) e já apresentava debates acadêmicos maduros, inspirados na bem-sucedida experiência portuguesa.

Assim, a relevância do tema está relacionada com a atual situação caótica do sistema tributário brasileiro. Os principais *rankings* internacionais envolvendo competitividade negocial colocam o Brasil numa posição ruim. Um dos principais, *Doing Business*, divulgado pelo Banco Mundial, colocou o Brasil numa desconfortável 124ª posição – no quesito facilidade para fazer negócio. Em relação

ao campo específico de pagamento de impostos, o Brasil assumiu a lamentável 184ª posição (entre 190 economias mundiais). (2020/2019).²

Vários fatores contribuem para esse cenário e o sistema processual tributário inoperante é consequência deles. Assim, em termos processuais, também temos um grande problema no contencioso fiscal no país, que é ineficaz e contraproducente na arrecadação do crédito tributário.³

A Administração Tributária arrecada relativamente pouco e arrecada mal; promove milhares de ações judiciais que ficam congestionadas no Poder Judiciário. De acordo com os últimos dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 2021, o principal litigante habitual no Brasil é o próprio Estado (via ações previdenciárias e tributárias). (CNJ, 2021).⁴

De outro lado, o atual modelo de contencioso fiscal não valoriza a relação de transparência e confiança entre a Administração e o contribuinte, mantém a postura oitocentista de perfil autoritário do Estado e não promove a eficiência no sistema de arrecadação do crédito tributário.

Ou seja, quem perde com esse sistema processual tributário anacrônico e ineficiente são os contribuintes pessoas físicas e pessoas jurídicas (falta de segurança jurídica) e o próprio Estado (ineficiência na arrecadação fiscal). Na verdade, a sociedade brasileira perde, uma vez que a economia no país não se desenvolve adequadamente e o Poder Público não possui verbas públicas suficientes para aplicar em todas as políticas sociais necessárias no contexto da Pandemia da COVID-19.

A partir de ações e debates públicos promovidos pela sociedade civil organizada, o 'grito de socorro' por melhorias no sistema processual tributário

² THE WORLD BANK. **Doing business**. Washington, DC: Banco Mundial, 2021. Disponível em <https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>. Acesso em: 10 ago. 2021.

³ “No relatório publicado em 2019, pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO), com base em auditoria realizada pela EY (*Ernst & Young Global Limited*), em estudo sobre os Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro, as constatações são desanimadoras no tocante à eficiência do Poder Público. Entre os dados apresentados, destaca-se o estoque do crédito tributário contencioso, composto por crédito tributário da Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que alcançou R\$ 3,4 trilhões, de acordo com dados do Balanço Geral da União. Ver INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO); ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED (EY). **Os desafios do contencioso tributário no Brasil**: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil. São Paulo: ETCO; [S. l.]: EY, nov. 2019. Disponível em: <https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

chegou ao Congresso Nacional. Em 2019, o Senador Antônio Anastasia apresentou um Projeto de Lei do Senado (n. 4.257) para implantação da arbitragem tributária no Brasil. O projeto quer normatizar a arbitragem tributária no momento em que o crédito tributário já foi constituído e o conflito de interesses judicializado. Já em 2020, a Senadora Daniella Ribeiro apresentou outro Projeto de Lei do Senado (n. 4.468) para implantação de uma arbitragem tributária especial no Brasil (realizada antes da constituição do crédito tributária e fixada para questões de fato como, por exemplo, classificação fiscal de produtos e mercadorias).

Ambos projetos tramitam no Congresso Nacional e já receberam apoio de diversas entidades da sociedade civil. Existe ambiente político para aprovação de uma lei de arbitragem tributária no Brasil, talvez já para o próximo ano (2.022).

Não pode passar em branco, também, o excelente Projeto de Lei (Modelo) desenhado pelos associados do Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias (IBATT), verdadeiros especialistas na matéria. Essa proposta deverá ser encaminhada para o Congresso Nacional, por meio de algum representante Parlamentar, nos próximos meses.

Parece que a aprovação legislativa não é o grande obstáculo para a efetivação da arbitragem tributária no país, em razão dos graves e urgentes problemas narrados em linhas pretéritas. Contudo, a questão cultural pode impedir a implantação eficaz do instituto jurídico, pois impera na prática dos operadores brasileiros, uma cultura jurídica voltada para a judicialização excessiva de conflitos (também no âmbito tributário). Uma cultura retroalimentada na formação jurídica de primeira etapa (graduação), que poderá ser modificada, de verdade, no ambiente acadêmico, somente com a inclusão obrigatória da disciplina de conciliação, mediação e arbitragem no ano de 2022 (em razão das alterações promovidas nas matrizes curriculares do curso de Direito, pelo Conselho Nacional de Educação CNE).⁵

Outro grande obstáculo para implementação eficaz da arbitragem tributária no Brasil, mesmo com (eventual) lei autorizativa, é a compreensão equivocada do instituto jurídico pela própria Administração Tributária, bem como a interpretação

⁵ DISCIPLINAS de conciliação e mediação deverão ser incluídas nos cursos de direito. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 24 fev. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296875/disciplinas-de-conciliacao-e-mediacao-deverao-ser-incluidas-nos-cursos-de-direito>. Acesso em: 10 jul. 2019.

inflexível de princípios tradicionais do direito administrativo tributário, como interesse público e indisponibilidade do crédito tributário.

Justamente por isso, a delimitação do tema foca nas condições de possibilidade de compreensão, aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil, que seja sinônimo de acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, a teoria de base adotada para essa análise é a fusão de horizontes, de Hans-Georg Gadamer.

Portanto, a possibilidade de compreensão genuína do instituto da arbitragem tributária no Brasil é averiguada com base na fusão de horizontes do texto / norma (passado), com a vida concreta do intérprete (presente). Com a fusão desses horizontes, é possível atribuir um sentido constitucionalmente adequado para a arbitragem tributária.

Com efeito, o problema de pesquisa a ser enfrentado pela investigação diz respeito às interpretações equivocadas do instituto da arbitragem tributária no Brasil, por parte de alguns representantes da Administração Tributária. Entendem, equivocadamente, a arbitragem tributária como sinônimo de disponibilidade de interesse público (receita pública). Enxergam na arbitragem tributária possíveis lesões ao interesse público. Acreditam que o interesse público é, exclusivamente, o interesse da Administração e por isso alimentam a cultura da judicialização excessiva de conflitos tributários. Não visualizam a arbitragem tributária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa no âmbito fiscal.

Nessa senda, a tese se propõe a responder à seguinte indagação: - A fusão de horizontes gadameriana é condição de possibilidade para compreensão genuína, aprovação legislativa e implementação prática da arbitragem tributária no Brasil, tendo em vista as resistências culturais que não compreendem o instituto jurídico como verdadeiro mecanismo de acesso à ordem jurídica justa?

Existem diversas perguntas que orientam a formulação do problema da pesquisa e que serão respondidas no desenvolvimento da tese. São as seguintes: - Qual é a atual interpretação do princípio do acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro? - Qual é a característica do princípio do acesso à ordem jurídica justa? - Qual é o modelo de Administração Pública adotado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988? - Do que se trata o conceito de boa Administração Pública? O que caracteriza o movimento pela desjudicialização de conflitos no Brasil? Quais são as vantagens da adoção da arbitragem na Administração Pública? - Qual é o atual cenário e a eficácia do contencioso fiscal no Brasil? Quais são os

principais obstáculos culturais para adoção da arbitragem tributária no Brasil? - Quais são as condições de possibilidade de aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil? - Qual são as atuais interpretações dos princípios do interesse público e indisponibilidade do crédito tributário pela doutrina brasileira? - Quais são as prováveis vantagens do conceito de fusão de horizontes para a adequada compreensão e aplicabilidade da arbitragem tributária no Brasil? - O que caracteriza o modelo horizontico de arbitragem tributária no Brasil?

A hipótese original⁶ a ser comprovada ou contraditada ao final da pesquisa, propõe-se a demonstrar que a fusão de horizontes é condição de possibilidade para aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil, como instituto jurídico compreendido não apenas como otimização da arrecadação de tributos mas, sobretudo, como legítimo instrumento de acesso à ordem jurídica justa e de ressignificação da relação entre Administração Tributária e contribuinte, inspirado numa gestão pública dialógica, horizontal e mais democrática.

O objetivo geral da tese consiste em analisar e demonstrar, com suporte na teoria de Hans-Georg Gadamer sobre fusão de horizontes, a relevância da compreensão, aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil como efetivo instrumento de acesso à ordem jurídica justa no âmbito tributário.

Os objetivos específicos que guiam a elaboração da tese, com a finalidade de alcançar o objetivo geral e responder ao problema formulado, estão distribuídos ao longo do texto e são cinco: o primeiro é demonstrar que houve uma transmutação natural e madura do conceito tradicional de acesso à justiça no Brasil para um conceito mais abrangente denominado de acesso à ordem jurídica justa, que contempla não apenas acesso ao Poder Judiciário, mas acesso à informação e especialmente aos meios adequados de solução de conflitos, inclusive tributários. O segundo busca evidenciar que o modelo de Administração Pública no Brasil previsto no texto constitucional é pautado, também, pelo princípio da eficiência, corolário do conceito de Boa Administração Pública. O terceiro é analisar as diversas variáveis que envolvem o movimento pela desjudicialização de conflitos no país, especialmente em litígios que envolvam o Poder Público. O quarto tenciona examinar as condições de possibilidade de compreensão adequada, aprovação

⁶ Em busca efetivada no Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), não foram localizadas teses ou dissertações que possuam hipóteses semelhantes à desta pesquisa. <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>

legislativa e implementação (prática) da arbitragem tributária no Brasil, como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa. O quinto defende que o conceito de fusão de horizontes de Hans-Georg Gadamer é condição de possibilidade para a implementação eficaz da arbitragem tributária no Brasil, pois a reinterpretção de princípios tradicionais e a mudança de cultura na solução de conflitos tributários passa pela formulação de novos horizontes, onde as más-compreensões podem ser identificadas e deixadas de lado em prol da satisfação do interesse público democrático previsto na Constituição Federal de 1.988.

No que se refere à justificativa, é notória a urgente necessidade de se adotar mecanismos adequados para solução de conflitos tributários no Brasil, além do judicial, que permitam o acesso à ordem jurídica justa e contemplem ao mesmo tempo, a satisfação do interesse público na arrecadação célere de tributos e, também, a observância do interesse do contribuinte numa tributação justa e transparente.

O sistema jurídico tributário no país é confuso, complexo e, por consequência, pródigo em multiplicar os conflitos entre a Administração e o contribuinte. Além do mais, a prática comum da Administração Tributária é a da judicialização excessiva de disputas fiscais, o que só aumenta a sobrecarga de processos no Poder Judiciário. Por conseguinte, o contencioso tributário no Brasil, tanto na esfera administrativa quanto judicial, se tornou inoperante e ineficaz.

Um dos principais problemas é a cultura de solução de conflitos tributários, proveniente da má-compreensão de institutos jurídicos novos e que podem ser eficazes para a satisfação do interesse público democrático, como a arbitragem tributária. Os obstáculos culturais também são alimentados pela compreensão inadequada do instituto da arbitragem tributária, frente à interpretação anacrônica dos princípios do interesse público e da indisponibilidade do crédito tributário.

Por outro lado, o suporte teórico do conceito de fusão de horizontes de Gadamer, pode colaborar para a compreensão adequada do instituto da arbitragem tributária, uma vez que ele preserva a tradição (horizonte do texto), mas promove uma fusão com o horizonte do intérprete (presente). Dessa fusão nasce um novo horizonte (de consensos), que pode enxergar a verdadeira natureza da arbitragem - que é possibilitar o acesso à ordem jurídica justa no âmbito tributário - e afastar más-compreensões e preconceitos equivocados ou ultrapassados.

Merecem, assim, posição de destaque, no desenvolvimento da tese, os impactos jurídicos e sociais que devem ser considerados ao se defender a compreensão hermenêutica da arbitragem tributária como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. É um movimento de cidadania (fiscal) e de interesse público democrático, a beneficiar não só os contribuintes, mas a própria Administração Tributária.

O método utilizado nesta pesquisa é o fenomenológico-hermenêutico,⁷⁸ com incursões analítico-descritivas. Referido procedimento visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado e não fazer uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem separados (como no modelo cientificista cartesiano). Pelo contrário, o sujeito (pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado com o objeto de estudo – arbitragem e direito tributário – o qual interage com ele e suporta as consequências de seus resultados (além de advogado no contencioso cível e fiscal, o doutorando também exerce a função de arbitralista, contribuindo para a difusão da compreensão da arbitragem tributária como meio de acesso à ordem jurídica justa).

Assim, não se cuida de uma investigação alheia ao pesquisador, pois ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida desde sua experiência e mediante a pré-compreensão de mundo, da vida e os resultados produzidos pela pesquisa no meio social. É uma pesquisa de compreensão hermenêutica.

A preocupação dos profissionais da área jurídica, por sua vez, com os resultados produzidos pelo atual contencioso fiscal no país é latente, uma vez que o modelo de ajuizamento excessivo de ações judiciais é ineficiente e não favorece o Estado e muito menos o contribuinte. Em razão disso, os operadores do Direito, especialmente os representantes da Administração Tributária podem cotejar o horizonte do intérprete (presente – contencioso inoperante) com o horizonte da norma jurídica (tradição – interesse público), com o objetivo de “[...] desarticular as camadas de sentido inautênticas que constituem o horizonte de sentido⁹, e auxiliar o intérprete na busca da melhor resposta que o Direito está habilitado a oferecer. Essa

⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁸ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. *In*: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento. conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção os pensadores).

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 81.

fusão de horizontes é importante para os novos consensos essenciais para a convivência social.

O fenômeno da arbitragem tributária já é adotado em vários países, tendo Portugal uma das estruturas mais bem-sucedidas. No Brasil, já existem Projetos de Lei em andamento para implementá-lo, porém, é importante que se faça uma análise dos horizontes históricos em que ele é compreendido e interpretado, para que o instituto, após aprovado, seja efetivamente implementado. Ou seja, um novo instituto jurídico só é aplicado, quando compreendido e interpretado, num único processo de fusão horizôntica.¹⁰

Repisa-se: pela via da fusão de horizontes, a arbitragem tributária é vista como instrumento de acesso à ordem jurídica justa e não como mera estratégia para acelerar a arrecadação fiscal ou para invalidar a obrigação tributária de contribuintes contumazes.

A elaboração da tese tem como matriz teórica a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, no recorte da fusão de horizontes como condição de possibilidade para a compreensão (autêntica), a interpretação e a implementação (aplicação) do instituto da arbitragem tributária no Brasil.

Esta tese se vincula à linha de pesquisa denominada Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, cujo objetivo é aprofundar as críticas elaboradas aos modelos hermenêuticos tradicionais, com amparo nos aportes da Semiótica, da Hermenêutica Filosófica e da (s) Teoria (a) da Argumentação Jurídica. Disso decorre a necessidade da investigação da efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas pelos tribunais (inclusive arbitrais), com esteio em uma revisão dos conceitos hoje predominantes na doutrina, na jurisprudência, na Teoria do Estado e na Teoria do Direito, tornando primordial o estudo da Constituição e da Jurisdição (inclusive privada) e seus vínculos com as diversas áreas do Direito material e processual.

Essa linha de pesquisa suporta o debate crítico-reflexivo desde a perspectiva da centralidade das Constituição e do Constitucionalismo em ambiente de crescente complexidade e fragmentação, assente nos aportes teóricos de Hans-Georg Gadamer. Por isso, a escolha desta linha de pesquisa, cuja preocupação está na

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1.

efetividade do Direito e na aplicabilidade das normas pelo Poder Judiciário (e tribunais arbitrais), alinhando-se aos projetos de pesquisa do Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, intitulados: a) Desvelando o Novo Código de Processo Civil a partir de um estudo Sócio-Filosófico do Direito: uma leitura a partir da Conflitologia e sua justaposição contextual e textual; b) O processo civil visto pela teoria do Estado Democrático de Direito e pela Constituição: aportes monista e hermenêutico na criação dos Direitos fundamentais a partir da primazia do caso concreto.

Vale-se a tese de busca bibliográfica em livros, capítulos de livros, artigos de revistas científicas nacionais e internacionais (em especial, da doutrina de Portugal) e sites especializados.

Para seus objetivos, a tese se arrima em cinco partes e em três capítulos.

No primeiro, cuida-se inicialmente do direito de acesso à justiça e suas variadas acepções jurídicas, advindas do Projeto Florença (Encabeçado pelo professor Mauro Cappelletti). Além disso, faz uma análise da terceira onda de acesso à justiça, tendo como foco principal os métodos adequados de solução de conflitos.

Logo depois, a tese analisa o conceito atualizado de acesso à justiça no Brasil, como acesso à ordem jurídica justa, tendo o professor Kazuo Watanabe o grande precursor. Para esse conceito atualizado, o acesso à justiça é mais amplo do que acessar o Poder Judiciário, pois também envolve acesso à informação, à assessoria jurídica adequada e, também, aos meios alternativos de solução de conflitos.

No final desse primeiro capítulo, a pesquisa analisa as funções do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), especialmente o papel (que deveria ser) desempenhado pelo Poder Judiciário (como Poder de Estado), no atendimento e orientação ao cidadão (cidadania).

O segundo capítulo apresenta uma análise do modelo constitucional de gestão administrativa no Brasil, a partir do conceito de Boa Administração Pública. Uma visão não só da importância da eficiência na Administração, mas também do perfil democrático estabelecido pelo texto constitucional, orientador de condutas administrativas mais flexíveis e dialógicas, pautadas na gestão administrativa democrática. Também são analisados o consensualismo e a proto-heterocomposição na solução de litígios administrativos, bem como os movimentos

institucionais pela desjudicialização de conflitos administrativos e tributários, inaugurado nesse último campo pelo instituto da transação tributária.

Em sequência, são revisitados temas importantes para a aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil, como (in) disponibilidade, interesse público e direito patrimonial disponível.

No terceiro e último capítulo, são demonstrados os principais objetivos da tese. Analisa-se inicialmente a arbitragem tributária e o acesso à ordem jurídica justa no país, tendo a teoria da fusão de horizontes de Gadamer como suporte fundamental. Também é analisada a arbitragem tributária em Portugal e os Projetos de Lei do Senado para implementá-la no Brasil. Ainda é analisado perfunctoriamente o Projeto de Lei (Modelo) desenhado pelos associados do Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias (IBATT), que ainda não foi encaminhado como modelo sugestivo ao Congresso Nacional.

Ao final do último capítulo, a tese analisa a condição de possibilidade para compreensão, interpretação e implementação da arbitragem tributária, como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa no Brasil, com foco nos atuais e novos horizontes culturais de solução de conflitos tributários, bem como no aporte teórico da fusão de horizontes, que pode ressignificar a relação jurídica entre a Administração Tributária e o contribuinte. A proposta derradeira é a de adoção de uma arbitragem tributária horizontica no Brasil.

Portanto, a tese pretende apresentar uma abordagem crítica no debate sobre a compreensão, aprovação e implementação de um modelo legal de arbitragem tributária no Brasil.

2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA NO BRASIL: UMA TRANSMUTAÇÃO NATURAL

Analisar-se-á nesse capítulo a lenta, gradual e permanente transição conceitual do direito de acesso à justiça para o direito de acesso à ordem jurídica justa no Brasil. O objetivo não é propriamente conceituar o que seja “justiça”, no sentido jusfilosófico, mas delinear as várias formas de *acessar* as justiças, acessar uma ordem jurídica que seja racionalmente equilibrada (equidade), adequada e constitucionalmente possível.

2.1 Prolegômenos

A solução de conflitos no Brasil tradicionalmente passa pela atuação estatal, através do Poder Judiciário (Jurisdição)¹¹. Para a sociedade isso é natural, uma vez que o juiz é um julgador imparcial e se mantém equidistante dos interesses individuais das partes. A sociedade brasileira confia no Judiciário (especialmente de primeira instância)¹².

O direito de acesso à Justiça (estatal) tem sua representatividade máxima na Carta Constitucional de 1.988 e representa uma verdadeira cláusula pétrea¹³. A

¹¹ “Conceito de jurisdição. A palavra jurisdição vem da expressão latina *jus dicere* que significa ‘Declare o que é certo’. Em seu sentido etimológico, tanto o Poder Judiciário quanto o Legislativo declaram o direito; o primeiro em relação ao caso concreto e o segundo em geral. Mas, na realidade, jurisdição é dever do Judiciário administrar a justiça. Em art. 1 Pr. expressa que jurisdição é o poder de administrar a justiça, ou seja, o direito e a obrigação de aplicar a lei”. (tradução nossa). No texto original: “Concepto de jurisdicción. La palabra jurisdicción viene de la expresión latina *jus dicere* que significa ‘declarar el derecho’. De acuerdo con su sentido etimológico, tanto el Poder Judicial como el Poder Legislativo declaran el derecho; el primero con relación al caso concreto y el segundo en forma general. Pero, en realidad, la jurisdicción es el deber que tiene el Poder Judicial para administrar la justicia. El art. 1 Pr. expresa que jurisdicción es la potestad de administrar justicia, o sea el derecho y obligación de aplicar la ley”. ESCOBAR FORNOS, Iván. **Introducción al proceso**. 2. ed. Managua: HISPAMER, 1998. p. 165.

¹² “Esse parece ser um indicativo de que o Poder Judiciário é compreendido por parte dos brasileiros como uma instituição dividida, onde as primeiras instâncias são avaliadas positivamente e as instâncias superiores são pensadas a partir de referências mais negativas, especialmente a partir do desenvolvimento de operações jurídico-policiais nos últimos anos, que trouxeram grande destaque para juízes de primeira instância e procuradores do Ministério Público, além do STF que também foi alvo de grande midiáticação em decisões de grande efeito político”. GASPAS, Lucas José de Castro. **Distância política e confiança no Judiciário: um estudo sobre os efeitos da confiança institucional dos brasileiros**. 2021. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) -- Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Maringá, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2021. Disponível em: <http://www.pgc.uem.br/arquivos-dissertacoes/lucas-jose-de-castro-gaspar.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. XXXV - a lei não excluirá da

função precípua do Poder Estatal, nesse campo, é garantir a efetivação dos direitos fundamentais e a sonhada paz social.

Esse princípio também é denominado pela dogmática jurídica tradicional de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou o direito de ação, como também é conhecido). O conteúdo semântico da palavra 'inafastabilidade', contudo, passa uma mensagem cognitiva equivocada de obrigatoriedade, de monopólio, como se o Poder Judiciário fosse o único caminho possível para solução dos conflitos sociais.

De qualquer forma, esse princípio se afirmou em todos os Estados Modernos, e no Brasil foi reconhecido explicitamente na Constituição de 1.946 (art. 141 §1º) com uma redação próxima da atual. Alguns autores, não obstante, indicam que o princípio da inafastabilidade da jurisdição já poderia ser tido como presente na Constituição de 1.891, em razão da sistemática jurídica adotada nesse documento constitucional.¹⁴

De mais a mais, o direito de acesso à Justiça é bastante difundido no meio jurídico brasileiro e foi internalizado pelo sentimento social como um importante instrumento de garantia dos direitos individuais e sociais previstos na Constituição Federal. Claro que, esse princípio vem passando por uma lenta e gradual transformação (transmutação), adquirindo conteúdo material (efetivação), além da referência meramente formal.

Não obstante, para que se avance na análise específica dessa transmutação em curso no Brasil, é preciso revisitar as celebradas pesquisas realizadas pelos professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth na Universidade de Florença-ITÁLIA.

2.2 Projeto Florença

O famoso e prestigiado Projeto Florença foi coordenado pelo professor Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolo Trocker. Tratou-se de um

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferrez da Silva. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** (art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1.988). [S. l.], 2007. Disponível em: <http://rafaelinformatica.com.br/silvaribeiro/artigospdf/a14.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

estudo empírico do direito processual civil em diversos países, que retratou em três ondas renovatórias, os diversos entraves para o acesso à justiça.

É sabido e ressabido que os entraves para o acesso à justiça são problemas que afetam países pelo mundo todo. Questões políticas e econômicas podem obstar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, como, por exemplo, os altos custos das taxas judiciais. A falta de informação adequada sobre seus próprios direitos, também é um entrave relevante, especialmente em países menos desenvolvidos, como o Brasil.

As pesquisas realizadas no Projeto Florença desnudaram realidades até então conhecidas, mas pouco sistematizadas pelos operadores do Direito. Sob a denominação de ondas renovatórias do direito processual civil, os pesquisadores apresentaram três movimentos que representariam a superação dos entraves para o acesso à Justiça.

A primeira onda de acesso à justiça envolveu os hipossuficientes. Não só constatação da insuficiência da assistência judiciária gratuita, como também acesso a advogados (patronos) mais experientes¹⁵. Os altos custos das taxas judiciárias também são fatores que dificultam o acesso do cidadão ao Poder Judiciário. Por exemplo, o Estado de Goiás possuía em 2020 as custas judiciais mais caras do país para propositura de uma ação cível, ao lado dos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.¹⁶ Uma explicação plausível para esse tipo de prática é a tentativa de

¹⁵ “Os sistemas em que o Estado se propõe a arcar com os honorários advocatícios caso a parte não tenha condições financeiras também não foram imunes a críticas. Na Alemanha, a proposta teve início nos anos de 1919 a 1923 e, na Inglaterra, em 1943, compensando os advogados por consultas e pela atuação em juízo. Posteriormente, foi desenvolvida por outros países, como Estados Unidos, em 1965; na França e na Suécia, em 1972, seguidos, anos mais tarde, pela província de Quebec; pela Austrália e pela Holanda, além do aperfeiçoamento do sistema já existente em alguns países. O problema é que, ainda quando havia um sistema de assistência judiciária, muitos desses sistemas eram falhos, seja porque nem sempre eram os melhores escritórios de advocacia financiados pelo governo para a assistência judiciária sem ônus para os hipossuficientes, pelos melhores escritórios cobrarem mais caro e pelo governo não possuir dotação orçamentária suficiente para tal; seja pela distância dos escritórios de advocacia que atuavam *pro bono* em relação às áreas mais pobres da cidade. No caso dos sistemas jurídicos da Inglaterra, da França e da Alemanha, somava-se a esses fatores a proibição de ajuizamento de demandas que versassem sobre uma lesão de reduzido valor aos beneficiários da justiça gratuita, para o Estado não necessitar arcar com um valor maior do que o proveito econômico da parte (CAPPELLETTI; GARTH; TROCKER, 1976, p. 685-686), salvo se for demonstrado que a questão não era limitada a indivíduos com a mesma situação econômica”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Juris*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1831, 2015.

¹⁶ O Estado de Goiás, por exemplo, está no rol de estados que cobram o maior valor mínimo e o maior valor máximo referentes a custas judiciais. “Os Tribunais de Justiça de Goiás (TJGO), Mato Grosso (TJMT), Mato Grosso do Sul (TJMS) são os que cobram valores mínimos mais elevados do

diminuir o quantitativo exagerado de processos nas prateleiras judiciais. Contudo, além de ferir o direito fundamental do cidadão de acesso ao Poder Judiciário, esse tipo de política institucional ‘atira em direção ao pé’, pois é visivelmente contraproducente e estrategicamente equivocada.

Exemplos de leis ou projetos de leis equivocados, no sentido de restringir (direta ou indiretamente), o acesso ao Poder Judiciário, são fartos no Brasil. Recentemente, em meados de 2021, o governo brasileiro apresentou uma Medida Provisória ao Congresso Nacional (MP 1.045 de 2021), originalmente destinada a ressuscitar o Programa de Preservação do Emprego e da Renda (iniciado pela MP 936 de 2020). Contudo, por meio de diversas emendas aprovadas pela Câmara dos Deputados, essa Medida Provisória se tornou uma minirreforma trabalhista.

Dentre as diversas alterações trabalhistas inseridas no Projeto de lei de Conversão da MP 1.045 de 2021, destacam-se restrições à concessão da justiça gratuita. Com a suposta pretensão de definir é que é insuficiência de recursos para pagar as custas judiciais (exigência do art. 98 do CPC), o referido Projeto introduz mudanças na CLT, na Lei dos Juizados Especiais Federais, na Lei n. 5.106 de 1966 (organização da Justiça Federal) e também no Código de Processo Civil.

Por conseguinte, de acordo com o Projeto originariamente aprovado na Câmara dos Deputados, terá direito à justiça gratuita somente a pessoa de baixa renda que tenha renda mensal *per capita* de até $\frac{1}{2}$ do salário mínimo ou renda familiar de até 3 salários mínimos, que tenha cadastro em órgão oficial do Governo Federal instituído em programas sociais (provavelmente o CadÚnico). Entretanto, esse tabelamento monetário não é nem um pouco razoável, vai de encontro ao direito de acesso à justiça e não acompanha o processo de evolução jurisprudencial sobre o tema¹⁷. Para a jurisprudência dominante, a necessidade e possibilidade de

país para ingressar com uma ação cível. No TJMT, é preciso pagar R\$ 556,94, no mínimo. Já os maiores valores máximos de custas são observados no TJGO, no TJSP e no TJBA. No TJ de Goiás, de acordo com o valor da causa, o gasto a título de custas iniciais pode chegar a R\$ 113 mil – 300 vezes a mais que uma causa iniciada no STJ, por exemplo”. EM GOIÁS, o gasto com as custas iniciais de um processo judicial pode chegar a 113 mil. **Rota Jurídica**, [S. l.], 25 nov. 2019. Disponível em: <https://www.rotajuridica.com.br/em-goias-o-gasto-com-as-custas-iniciais-de-um-processo-judicial-pode-chegar-a-r-113-mil/>. Acesso em: 20 maio 2020.

¹⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. REJEIÇÃO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DA NECESSIDADE DO BENEFÍCIO. MISERABILIDADE JURÍDICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. 1. De acordo com o princípio da dialeticidade, aplicável aos recursos no processo civil, para devolver à instância revisora a matéria sobre a qual recai a irresignação, deve a parte combater diretamente os fundamentos da decisão impugnada. Inexistindo incongruência

concessão da justiça gratuita deve ser analisada no caso concreto e pode ser impugnada pela parte contrária, que deve comprovar os motivos pelos quais a concessão não deve prosperar.

Nesse desiderato, é evidente que esse Projeto de Conversão viola, substancialmente, o art. 5, inc. LXXIV, da Constituição Federal de 1.988 e configura uma limitação econômica ao acesso à justiça, restringindo de forma contraprodutiva o paradigma da judicialização no Brasil. Na verdade, como será defendido nos capítulos seguintes, é mais democrático e constitucionalmente justo efetivar instrumentos processuais de desjudicialização de conflitos por parte dos litigantes habituais (especialmente a administração pública), do que propriamente criar instrumentos monetários para dificultar o acesso de todo e qualquer cidadão ao Poder Judiciário. Racionalização do sistema judicial é um caminho mais adequado.

Felizmente, o Projeto de Lei de Conversão não foi aprovado pelo Senado Federal. Na visão de muitos senadores, o Projeto retirava direitos dos trabalhadores e não foi devidamente debatido pelos congressistas. De acordo com o Senador Lasier Martins (Podemos-RS) foram introduzidas diversas emendas pela Câmara dos Deputados, sem o necessário debate político e, por conseguinte, os projetos de leis tradicionais seriam mais viáveis para alterações legislativas tão relevantes.¹⁸

entre as razões recursais e o conteúdo da decisão atacada, impõe-se a rejeição da preliminar arguida em contrarrazões. 2.. A Constituição Federal arrola como direito fundamental a assistência judiciária integral e gratuita, garantindo aos hipossuficientes pleno acesso aos órgãos judicantes por meio da isenção do pagamento das despesas processuais e da possibilidade de contar com a defesa técnica de seus interesses em juízo por pessoas e órgãos que prestem tais serviços gratuitamente, conforme disciplinam o art. 5º, LXXIV, do texto constitucional. 3. O Código de Processo Civil/2015 disciplina que a pessoa natural e a pessoa jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei", havendo, inclusive, em favor da pessoa natural a presunção de veracidade de suas alegações, bastando a mera alegação de insuficiência de recursos para a concessão da gratuidade, dispensando-se a produção de provas nesse sentido, conforme arts. 98 e 99, §3º, do Código de Processo Civil/2015. 4. A presunção de veracidade da necessidade de justiça gratuita, que milita em favor da pessoa natural, pode ser afastada pelo próprio magistrado, quando houver nos autos elementos que demonstrem a capacidade de custeio das despesas processuais pela parte requerente, conforme art. 99, §2º, do CPC. 5. Demonstrado, na hipótese concreta, que a parte requerente dos benefícios da justiça gratuita auferir salário considerável, resta infirmada a presunção de miserabilidade jurídica que milita em seu favor, devendo ser indeferido o pedido de gratuidade de justiça formulado. 6. Agravo conhecido e não provido (grifo nosso). BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDF). **Agravo de instrumento processo n. 20160020258148AGI - (0027684-69.2016.8.07.0000 - Res. 65 CNJ.** 1ª Turma Cível. Agravante: Daniel Raimundo Alencar. Agravado: Banco do Brasil, Caixa Economica Federal, Submarino Finance Promotora de Crédito Ltda, Banco Cetelem SA, Banco CSF SA. Relator: Simone Lucindo. 01 de fevereiro de 2017. p. 467-505. TJFD. Disponível em: encurtador.com.br/dPQ26. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹⁸ “Jabutis. O senador Lasier Martins (Podemos-RS) disse que o texto principal da proposição foi descaracterizado a partir das alterações feitas na Câmara, que ele classificou como “jabutis”. CASTRO, Augusto. Senado derruba MP com minirreforma trabalhista. **Agência Senado**, Brasília,

Noutra senda, a segunda onda renovatória ou de acesso à justiça, está relacionada aos interesses difusos e coletivos. Tradicionalmente, as demandas são apresentadas individualmente ao Poder Judiciário, para tutela de interesses individuais. Relações de consumo, contratuais e negociais em geral. Cada indivíduo que sofre uma lesão ou ameaça de lesão ao seu direito procura o Poder Judiciário e isso sobrecarrega esse importante órgão institucional. Uma realidade especialmente em países, como o Brasil, de regime econômico empresarial em processo de maturação, onde muitos direitos básicos do consumidor, por exemplo, são desrespeitados em larga escala. Em razão disso, os instrumentos processuais de defesa de interesses coletivos podem ser mais eficazes e úteis, do que propriamente as demandas para defesa de interesses individuais.

Os pesquisadores de Florença, contudo, constataram que a principal forma de proteção dos direitos transindividuais era promovida - de forma insuficiente - por atuação governamental, especialmente em países de tradição *common law*. Para mudança desse cenário, era necessário alterar toda uma lógica processual, relacionada aos efeitos da coisa julgada e à representatividade coletiva de grupos específicos de interesses (consumeristas, ambiental, etc). A tradicional dicotomia entre público e privado não era mais adequada para defesa de direitos numa sociedade de massa, complexa e multifacetada¹⁹.

Por fim, e não menos importante, foi a sistematização da terceira onda de acesso à Justiça, que merece um tópico à parte, em razão da sua relação direta com a pesquisa desenvolvida sobre a aplicação da arbitragem tributária no Brasil.

2.2.1 A terceira onda renovatória: um novo enfoque do acesso à justiça

Antes de avançar sobre a análise da terceira onda de acesso à Justiça, é interessante apontar que outro pesquisador, de nome Kim Economides, também

DF, 01 set. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/01/senado-derruba-mp-com-minirreforma-trabalhista>. Acesso em: 05 set. 2021.

¹⁹ “Ainda em relação aos direitos transindividuais, cabe destacar a brilhante intervenção de Mauro Cappelletti no ano de 1974, publicado em 1976 em uma coletânea, pela Universidade de Pavia, com o título *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, em que discorreu sobre a inadequação para a sociedade contemporânea, marcada por relações jurídicas e violações de massa, da tradicional dicotomia entre o público e o privado (MENDÉS, 2014, p. 97). Defendeu Cappelletti a necessidade de adequação do processo e dos institutos processuais às novas exigências”. MENDÉS, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Juris*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1832, 2015.

participou ativamente do “Projeto Florença”. Ele apontou a existência de uma quarta onda do processo civil, em caráter complementar ao proposto por Cappelletti. Nessa quadra, existe uma preocupação fortemente epistemológica, com a obtenção de conhecimento pelos próprios pleiteadores dos direitos (advogados, por exemplo). Questiona-se a formação técnica e humanista desses profissionais e sua capacidade de identificar com clareza as demandas sociais.

Trata-se de uma perspectiva interessante, pois a formação humanista dos operadores do Direito no Brasil, por exemplo, é, em geral, deficitária e, por isso, o Ministério da Educação está trabalhando para mudar essa realidade.²⁰ Sob o pálio da dogmática jurídica tradicional, o positivismo exegético se incrustou na formação do jurista brasileiro e elegeu o conhecimento técnico como baliza fundamental. Entretanto, numa sociedade complexa, plural e multifacetada como a atual, nem sempre regras escritas e positivadas são suficientes para a solução de conflitos sociais. Muitas das vezes, a lei (formal) é insuficiente para a pacificação social, e habilidades reflexivas são os caminhos possíveis e constitucionalmente adequados.

A formação humanista realmente é fundamental, mas a (boa) capacitação técnica também. A significativa compreensão dos diversos instrumentos jurídicos permite ao operador do direito postular direitos com possibilidade de sucesso e permite ao próprio poder estatal prestar um serviço público de qualidade (serviço público de justiça). Por exemplo, uma forma de compreender melhor o regime jurídico empresarial (sustentado no profissionalismo, na livre concorrência entre os agentes econômicos e na livre iniciativa– art. 960, do CC e art. 170, CF) é compreender o sistema consumerista, em que há presunção de vulnerabilidade do consumidor. São microssistemas jurídicos com fundamentos e tutelas jurídicas distintas.

²⁰ “As diretrizes curriculares instituídas através da Resolução CNE/CES nº 9 determinam que as instituições de ensino devem procurar a formação de um egresso multifacetado, capaz de interpretar, argumentar e aplicar corretamente as normas, mas que também seja dotado de uma postura reflexiva e crítica. Ou seja, pode-se pensar que as diretrizes educacionais atuais direcionam para a busca de um profissional reflexivo, capaz de limitar-se não somente à norma jurídica. É possível pensar e refletir na possibilidade de superação da formação antiga, que continua se apoiando em modelos ultrapassados e conservadores. O atual momento social, exige um bacharel do Direito apto a interpretar e aplicar normas, mas que também seja capaz de lidar com temas de tamanha relevância na atualidade, como corrupção partidária e empresarial, proteção dos povos indígenas, ideologia de gênero, direitos dos homossexuais, biotecnologia, saúde e educação pública, tecnologia da informação, direitos das mulheres, dentre outros”. PEREIRA, Ricardo Morais. **Do positivismo ao positivismo jurídico: reverberações na formação do bacharel em direito**. 2017. Dissertação (Mestrado em Educação) -- Programa de Pós-Graduação em Educação Universidade do Vale do Sapucaí, Pouso Alegre, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/paulo/Downloads/2550-15102-4-PB.pdf. Acesso em: 5 maio 2021.

Por exemplo, às vezes falta por parte do órgão julgador uma análise econômica do Direito (AED) e uma reflexão consequencialista. Não é constitucionalmente adequado, *data venia*, tratar os agentes econômicos com os mesmos suportes epistemológicos de feição jurídica protetiva direcionados às relações civis ou consumeristas. Esse raciocínio é aparente na jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando entende que o contrato de franquia caracteriza um contrato de adesão, merecendo tutela protetiva quando comparado a outros instrumentos contratuais.²¹

Feitas essas considerações iniciais, cabe explicar que a terceira onda renovatória de acesso à justiça, apresentada pelos pesquisadores de Florença, tem enfoque muito mais amplo do que a assistência jurídica e a busca de mecanismos para a representação de interesses 'públicos'. O objetivo não é abandonar as técnicas das duas primeiras ondas renovatórias, mas sim ampliar as possibilidades de acesso à justiça. Ela inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, no sentido de processar e prevenir disputas. Também inclui a preocupação com a manutenção das relações sociais e negociais, instrumentalizada por mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação. E não deixa de lado a constatação de que os litigantes organizacionais possuem vantagens processuais em relação aos

²¹ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL E DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONTRATO DE FRANQUIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INVALIDADE. CONTRATO DE ADESÃO. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. 1. Ação ajuizada em 22/5/2017. Recurso especial interposto em 28/5/2018. Autos conclusos ao Gabinete em 11/2/2019. 2. O propósito recursal é definir se é válida a cláusula compromissória prevista no contrato de franquia entabulado entre as partes. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento contrarie os interesses dos recorrentes. 4. Segundo entendimento do STJ, cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula. 5. Os contratos de franquia, mesmo não consubstanciando relação de consumo, devem observar o que prescreve o art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, na medida em que possuem natureza de contrato de adesão. Precedentes. 6. Hipótese concreta em que à cláusula compromissória integrante do pacto firmado entre as partes não foi conferido o devido destaque, em negrito, tal qual exige a norma em análise; tampouco houve aposição de assinatura ou de visto específico para ela (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial provido REsp 1.803.752 / SP**. Recorrentes: Brumaria Comercio de Bolos e Confeitos Eireli, Vanessa Machado Soares de Freitas, Marcel Ferreira de Freitas. Recorrido: Vo, Quero Bolo ! Franchising Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador. 04 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900226898&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

litigantes individuais, como sugestão ou pressão a favor de mudanças no sentido de leis favoráveis.²²

Importante anotar, que os litigantes organizacionais possuem instrumentos e estratégias profissionalizadas que garantem um acesso à justiça mais efetivo e qualificado. Podem testar teses jurídicas nos tribunais, se especializarem em determinada área jurídica e, ainda, sugerirem acordos quando terem certeza da conveniência da barganha. Eis aqui um exemplo claro do poder processual do contencioso jurídico da Administração Pública, que possui advogados de carreira qualificados e prontos para defenderem os interesses do Ente Público em juízo. São vantagens não encontradas na maioria dos litigantes individuais e não habituais²³²⁴.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

²³ “Os novos direitos substantivos das pessoas comuns têm sido particularmente difíceis de fazer valer ao nível individual. As barreiras enfrentadas pelos indivíduos relativamente fracos com causas relativamente pequenas, contra litigantes organizacionais – especialmente corporações ou governos – têm prejudicado o respeito a esses novos direitos. Tais indivíduos, com tais demandas, frequentemente não têm conhecimento de seus direitos, não procuram auxílio ou aconselhamento jurídico e não propõem ações. [...] Já foi afirmado pelo Professor Kojima que ‘a necessidade urgente é de centrar o foco de atenção no homem comum – poder-se-ia dizer no homem pequeno – e criar um sistema que atenda suas necessidades [...]’”. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 92.

²⁴ “O jogo da lei é construído de tal forma que jogadores frequentes organizados desfrutam de vantagens estratégicas sobre jogadores individuais ocasionais. Em suma, esses benefícios incluem: (1) a capacidade de prever com inteligência, estruturar a próxima transação e manter o controle. (2) a habilidade de desenvolver experiência e ter fácil acesso a especialistas, economias de escala e baixas taxas de iniciação para todos os casos; (3) a oportunidade de desenvolver relações informais facilitadoras com funcionários de instituições; (4) a capacidade de estabelecer e manter credibilidade como litigante; (Ou seja, o interesse na ‘reputação de negociação’ serve como um recurso para estabelecer um ‘compromisso’ com as posições de negociação)”. Sem uma reputação de negociação para manter, o litigante que vem ao tribunal apenas uma vez tem mais dificuldades em se envolver de forma convincente na negociação. ”(5) a capacidade de assumir riscos. Quanto maior a questão em questão para o litigante ocasional, mais provável é que evite o risco (ou seja, minimizar a probabilidade de perda máxima). Supondo que os riscos sejam relativamente pequenos para freqüentes litigantes, eles podem adotar estratégias calculadas para maximizar o lucro em uma longa série de casos, mesmo quando envolva o risco de perda máxima em alguns casos. (6) a capacidade de jogar para obter padrões, bem como ganhos imediatos, é lucrativo para o litigante frequente para gastar recursos para influenciar o desenvolvimento dos padrões relevantes por meio o lobby. Litigantes frequentes também podem jogar pelas regras em litígios reais, enquanto litigantes ocasionais provavelmente não o farão.” (tradução nossa). No texto original: “El juego del derecho está construído de manera tal que los jugadores frecuentes organizados gozan de ventajas estratégicas por sobre los jugadores individuales ocasionales. En pocas palabras, estas ventajas incluyen: (1) la capacidad de prevision inteligente, de estructurar la transaccion siguiente y de llevar un registro. (2) la capacidad para desarrollar experiéncia y tener fácil acceso a especilialistas, economias de escala, y bajos de iniciacion para todos os casos; (3) la oportunid de desarrollar relaciones informales facilitadoras con los funcionarios dentro de las instituciones; (4) la capacidad de establecer y mantener credibilidad como litigante; (es decir, el interes en la ‘reputacion en la negociacion’ sirve como um recurso para establecer un ‘compromisso’ con las posiciones de negociacion. Sin uma reputacion en la negociacion que mantener, el litigante que acude al estrado una sola vez tiene mas dificultades para comprometerse de forma convincente en la negociacion”. (5) la capacidad de arriegarse. Quanto mayor le parezca la matéria em cuestion la litigante ocasional, mas probable es que evite el riesgo

No tocante aos métodos alternativos para decidir causas judiciais, os pesquisadores de Florença esclareceram que as reformas dos tribunais regulares eram limitadas e por isso a criação de procedimentos mais simples e julgadores mais informais era necessária. Dentre os instrumentos mais utilizados pelos reformadores constam o juízo arbitral, a conciliação e o incentivos econômicos para solução de conflitos foram dos tribunais. Quanto ao juízo arbitral expuseram:²⁵

O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes. Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro. Por isso, não é de surpreender que recentemente tenha sido proposto que o Estado pague os árbitros ou permita que os juizes atuem como árbitros. Na França, por exemplo, desde 1.971, as partes têm a opção de encaminhar causas a um juiz para que proceda como 'árbitro amigável'. Da mesma forma, em 1.971, um programa experimental de juízo arbitral voluntário, na Califórnia, propunha-se a reduzir custos através da utilização de advogados voluntários, não remunerados como árbitros. Esse sistema foi tão bem sucedido em reduzir custos tanto para as partes como para o Estado, que foi substituído em meados de 1.976 por um sistema forma de arbitramento compulsório disponível por requisição do demandante. Dadas as delongas e despesas frequentemente características dos litígios, essas alternativas podem reduzir as barreiras de custas para as partes e, pela utilização de julgadores mais ativos e informais, beneficiar substancialmente as partes mais fracas.

Como visto, os pesquisadores de Florença enxergaram muitas vantagens no juízo arbitral, como redução do tempo na solução do litígio e a presença de julgadores mais ativos e informais. Também salientaram a limitadíssima possibilidade de recursos como vantagem na solução eficaz do conflito. Contudo,

(es decir, mimice la probabilidad de la pérdida máxima). Asumiendo que los riesgos son relativamente pequeños para los litigantes frecuentes, ellos pueden adoptar estrategias calculadas para maximizar la ganancia durante una larga serie de casos, incluso cuando ello implique el riesgo de una pérdida máxima en algunos casos. (6) la capacidad de jugar para obtener normas como tambien ganancias inmediatas. Al litigante frecuente le es rentable gastar recursos para influenciar la elaboracion de las normas relevantes a traves del lobby. Los litigantes frecuentes tambien pueden jugar para obtener reglas en un litigio en si, mientras que es poco probable que un litigante ocasional lo haga". GALANTER, Marc. El deber de no prestar servicios legales. **Revista Argentina de Teoria Jurídica**, Buenos Aires, v. 11, p. 8-9, Dic. 2010. Disponível em: https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10715/RATJ_V11N2_Galanter.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 ago. 2019.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 82.

enalteceram os problemas dos custos com os honorários do árbitro e a busca por soluções em diversos países, como pagamento estatal para os árbitros ou a presença de árbitros voluntários.

Realmente o juízo arbitral promove uma solução mais rápida para o litígio, uma vez que é uma justiça privada, mais informal e não está congestionada com milhares de demandas (como no cenário Judicial). Além disso, como será destacado no decorrer da presente tese, existe uma participação maior das partes na formação do juízo arbitral, o que acarreta um sentimento de pertencimento aguçado. Quando escolhem o procedimento e elegem o (s) árbitro (s), as partes participam ativamente da gênese processual (arbitral) e por isso se defende que não se trata propriamente de uma forma heterocompositiva de solução de conflitos (onde um 'mero' terceiro decide a lide) e sim uma forma intermediária, entre autocomposição e heterocomposição, que chamaremos de proto-heterocomposição²⁶²⁷²⁸.

²⁶ Denominamos a solução de conflitos por arbitragem de proto-heterocomposição e não heterocomposição, como a grande maioria dos estudiosos apontam. Enxergamos na arbitragem elementos híbridos que a aproximam da autocomposição. Existe um terceiro que decidirá a lide, mas esse terceiro não é propriamente aquela figura tradicional do julgador *distante* emanada do Poder Judiciário. Explico melhor: existe um consenso inicial na escolha do procedimento arbitral, especialmente corporificado por meio da convenção de arbitragem. Além do consenso inicial, existe participação ativa das partes na elaboração do procedimento arbitral. Prazos, leis aplicadas, preclusão e outros. Nesse momento, as partes desenvolvem outriedade (WARAT, 1998), pois o outro não é visto como inimigo absoluto – é apenas adversário, que ocupa outro lado (certa inspiração no conceito de Justiça Coexistencial, da Mauro Cappelletti). O litígio é menos agressivo, é uma 'lide poética', e se afasta do truncado e pouco cooperativo procedimento desenvolvido na seara judicial (somente com o CPC de 2015 o processo judicial sofreu mudanças para se aproximar do modelo cooperativo de solução de conflitos). Além disso, temos a escolha em comum do (s) árbitro (s). Talvez a maior representação de consensualidade e alteridade é justamente a escolha do (s) julgador (es). O julgador é alguém de 'confiança' das partes; confiam na sua capacidade técnica e moral. Não é um estranho nomeado pelo Estado. Tanto é verdade, que a legislação brasileira não prevê recurso para a sentença arbitral. Ela foi proferida por um julgador escolhido pelas próprias partes (é como se as próprias partes tivessem decidido a lide – a sentença arbitral já foi 'rascunhada' pelas partes no termo de arbitragem). Como a gênese do processo arbitral é consensual, naturalmente o desenvolvimento do procedimento é mais amistoso e cooperativo, com algumas exceções, é claro. Enfim, para nós a arbitragem é um modelo de solução de conflitos diferente do processo judicial, porque é pautada numa matriz epistemológica de cooperação entre as partes (proto: a arbitragem veio antes do modelo judicial - que por sua vez é um modelo essencialmente heterocompositivo, com a presença de um julgador 'estranho' designado pelo Estado).

²⁷ "Proto - elemento de composição. Exprime a noção de primeiro ou anterior (ex.: protobispo, protoestrela)". Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/proto> [consultado em 12-12-2020]. Assim, a arbitragem pode ser qualificada como forma proto-heterocompositiva de solução de conflitos, pois ela veio primeiro do que o sistema estatal de solução de conflitos (Judicial). A arbitragem é pautada em princípios e hermenêuticas próprias, específicas, que a afastam da metodologia do tradicional processo judicial (modificada apenas com o CPC de 2015). Claro que existem muitos pontos em comum, mas a feição epistemológica é diferente.

²⁸ Outra característica interessante da arbitragem, que a afasta do modelo meramente heterocompositivo de solução de conflitos, é a sua estrutura processual pós-moderna, em que o árbitro pode proferir uma decisão de feição mais mediana e dividir a diferença. O professor emérito

De outro lado, contudo, é difícil enxergar grandes utilidades práticas para partes mais ‘fracas’ no processo arbitral tradicional, especialmente do ponto de vista financeiro. O processo arbitral geralmente é mais dispendioso do que o processo judicial, pelo menos num primeiro momento. No Brasil, por exemplo, a execução da sentença arbitral se dá no Poder Judiciário, o que levará a novas despesas processuais. O processo arbitral é vantajoso, na verdade, para dois grandes litigantes organizacionais: a) discussões tipicamente empresariais (tecnicidade e expertise do árbitro) e b) litígios envolvendo o Poder Público (celeridade nas decisões e, conseqüentemente, na promoção efetiva do interesse público).

Aliás, entende-se que a racionalização e eficiência do sistema judicial passa justamente pela gradual desjudicialização de conflitos que envolvam a Administração Pública. Isso contribui para uma maior efetivação do acesso à justiça no Brasil, especialmente para partes mais ‘fracas’²⁹ e processualmente vulneráveis³⁰.

da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York (EUA), Oscar Chase, esclarece: “[...]. Já a arbitragem, por mais que envolva a decisão por um terceiro sobre os fatos e o Direito assim como a jurisdição estatal, afeiçoa-se melhor às lentes pós-modernas pelo fato de (por vezes) poupar tempo e recursos – além de ser facultado ao árbitro aderir de maneira menos peremptória a um dos lados, compondo uma decisão de feição mais mediana (*split the difference*)”. CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 158.

²⁹ O acesso à justiça da camada mais pobre da sociedade é um problema no Brasil e em várias regiões do continente latino-americano. Geralmente o contato com a justiça estatal se dá pela via do sistema penal. Um estudo realizado na Argentina, por exemplo, intitulado *Los Pobres e El Acceso a La Justicia*, constatou que a administração da justiça estatal não é acessível aos mais pobres, especialmente em matérias cíveis: “Os conflitos dos pobres, com sua heterogeneidade e distância sociocultural, não atingem a administração da justiça, porque: os pobres não veem a administração da justiça como possível destinatário de seus problemas; - A justiça tende a declarar seus problemas “irrefutáveis” devido ao baixo valor pecuniário das ações e / ou do tipo de ação. Para os pobres, o contato com a organização judiciária é principalmente com o sistema de justiça criminal e esse acesso é mediado pela polícia. Eles não vão para a administração da justiça, eles levam, por exemplo, quando as mulheres precisam de ajuda devido a situações de violência doméstica, eles vão para a polícia. [...] A justiça civil, que trata de conflitos comuns, não é vista pelo indigente como uma organização próxima que pode resolver conflitos familiares (separações, filhos, reconhecimentos, alimentação, violência doméstica), mas como distante, algo “para os outros” “Mas não “para nós”. (tradução nossa). Texto original: “Los conflictos de los pobres, con su heterogeneidad y distancia sociocultural, no llegan a la administración de justicia, porque: los pobres no visualizan la administración de justicia como posible receptora de sus problemas; - la justicia tiende a declarar “no judiciables” sus problemas por el escaso valor pecuniario de los reclamos y/o por el tipo de reclamo. Para los pobres el contacto con la organización judicial es, principalmente, con la justicia penal y este acceso es mediado por la policía. No van a la administración de justicia, los llevan, por ejemplo cuando las mujeres por situaciones de violencia doméstica necesitan ayuda, concurren a la policía. [...] La justicia civil, que trata los conflictos comunes, no es visualizada por los indigentes como una organización cercana que puede resolver los conflictos familiares (separaciones, hijos, reconocimientos, alimentos, violencia intrafamiliar), sino como distante, algo “para los otros” pero no “para nosotros”. SALANUEVA, Olga; GONZÁLEZ, Manuela. **Los pobres y el acceso a la justicia**. 1. ed. La Plata: Edulp, 2011. p. 29.

³⁰ “Acredito que as verdadeiras disparidades no uso da lei e na prestação de serviços jurídicos não ocorrem entre ricos e pobres, mas entre indivíduos e organizações. Disputas legais (ou não contendas) não acontecem entre ricos e pobres. Eles ocorrem, na maioria das vezes, entre indivíduos, por um lado,

Assim sendo, a terceira onda renovatória apresenta os meios alternativos ou adequados de solução de conflitos como importantes instrumentos de efetivação do acesso à justiça. E por isso reconhece os limites estatais na efetivação dos direitos em geral, especialmente os direitos individuais da população mais vulnerável. Ao reconhecerem e explanarem os limites do Poder Judiciário, os pesquisadores de Florença colaboraram no aperfeiçoamento do próprio serviço judicial estatal.

Na verdade, existe uma filosofia jurídica por trás do direito de acesso à justiça, como enaltece o próprio pesquisador Mauro Cappelletti. A intenção foi operar uma verdadeira revolução na forma de enxergar as perspectivas judicial e jurídicas (mudança de mentalidade). Não mais do ponto de vista apenas dos operadores do sistema (juízes, promotores e advogados), mas também do ponto de vista dos jurisdicionados, da comunidade consumidora de justiça (“perspectiva do consumidor”). O estudo promoveu uma reflexão sobre as dificuldades de acesso à justiça, não apenas do apontamento normativo, mas também dos impedimentos econômicos, sociais, culturais e psicológicos. Uma reflexão que pôs em xeque o excesso de formalismo dentro do sistema judicial e indagou até que ponto o sistema de garantias de autonomia e independência dos magistrados é utilizado verdadeiramente em prol da sociedade.

No fundo no fundo, os estudos realizados no Projeto Florença abriram uma nova perspectiva para o sistema judiciário: o sistema de Justiça estatal como verdadeiro *serviço público* que deve atender os interesses da sociedade, dos consumidores de justiça. Não apenas um poder estatal (inerte) e mero agente político. Em resumo: o projeto renovou o pensamento e a análise jurídicas e também

e grandes organizações, por outro. Normalmente, a ocasião é única para o indivíduo; é uma emergência, ou pelo menos uma quebra na rotina, que o impele a uma área arriscada e incerta. Já para a organização (geralmente uma empresa ou unidade governamental), apresentar (ou se defender) dessas demandas costuma ser rotineiro e uma atividade frequente”. “Considero que las verdaderas disparidades en el uso del derecho y en la prestación de servicios legales no se dan entre individuos ricos y pobres sino entre individuos y organizaciones. Las contendas legales (o no-contiendas) no tienen lugar entre personas ricas y personas pobres. Ellas tienen lugar, en su mayor parte, entre individuos por un lado y grandes organizaciones por el otro. Por lo general, la ocasion es única en su tipo para el individuo; es una emergencia, o al menos una interrupcion en la rutina, que lo impulsa hacia un área riesgosa e incierta. Para la organizacion (en general una empresa o una unidad gubernamental), por el otro lado, presentear (o defenderse de) esas demandas suele ser una rutina y una actividad frecuente”. GALANTER, Marc. El deber de no prestar servicios legales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 11. p. 8, Dic. 2010. Disponível em: https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10715/RATJ_V11N2_Galanter.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 ago. 2019.

ofereceu instrumentos eficazes para as reformas que se estabeleceram posteriormente³¹.

³¹ "Significado da filosofia jurídica de acesso. - A filosofia jurídica do acesso propõe, ao mesmo tempo, a) um método renovado de pensamento e análise jurídica e b) um novo método de planejamento das reformas do ponto de vista do acesso ao direito e à justiça, a análise jurídica não se limita às normas e princípios (e sua interpretação), nem se contenta em estender-se a instituições e organizações que criam ou aplicam normas: por exemplo, parlamento, tribunais e judiciário, advocacia, etc. A intenção é de fato operar o que foi definido como um judiciário, advocacia, etc. A intenção é, de fato, operar o que se chamou de 'reversão copernicana' de perspectivas: normas e princípios, institutos e instituições, grupos e associações não são mais vistos da perspectiva dos governantes (legisladores, administradores, juízes, etc.), mas no dos governados, isto é, dos 'consumidores da lei e da justiça'. Nesta perspectiva dos consumidores, o que assume prioridade de análise é a questão central da acessibilidade do direito e das instituições aos próprios consumidores e, portanto, em última instância, a questão de saber se uma dada regra, princípio, instituição, etc. são ou não produtores de justiça social efetiva, de igualdade efetiva de oportunidades. É assim que, neste tipo de análise, temas que tradicionalmente tinham pouco direito de entrada nos livros e tratados dos juristas assumem importância capital: como a questão dos custos e da duração dos procedimentos, dos beneficiários do regime geral. , na verdade, o tema preliminar e abrangente da acessibilidade do juiz e do julgamento, em suma, da acessibilidade do judiciário e da justiça aos parceiros sociais (indivíduos e grupos) e aos interesses (individuais e coletivos) que a lei substantiva afirma querer proteger. E é assim que questões como a do Judiciário e da advocacia passam a ser tratadas de uma forma substancialmente nova, com o posicionamento de questionamentos e questões como: quais grupos sociais têm acesso às profissões judicial e forense? Quais são as dificuldades, não só econômicas, mas também, por exemplo, culturais e psicológicas, de "conversar", ou melhor, de lidar com juízes e advogados? quais são as inibições criadas por procedimentos legais e formais e contra quem eles operam? e assim por diante. Mesmo temas tradicionais, tipicamente garantidores e liberais, como o da independência dos juízes ou da autonomia da profissão jurídica, precisam ser "revisitados" à luz da pergunta: para quem é essa independência e autonomia? São apenas úteis para a própria "corporação" ou também - e sobretudo - para a sociedade? a quais camadas da sociedade e à proteção de quais interesses? É claro que nesta "perspectiva do consumidor", uma resposta razoável a estas últimas questões levará à conclusão de que a independência dos juízes não é um valor em si, mas é válida apenas na medida em que é instrumental para a imparcialidade do julgamento, isto é, em limites em que beneficia os "consumidores" de justiça. Da mesma forma, temas de grande empenho e delicadeza, como por exemplo, a da responsabilidade dos juízes e do autogoverno do judiciário assumirá um novo enquadramento à luz desta "perspectiva dos governados" e não "dos governantes", sugerindo soluções muito distintas daquelas, extremamente questionável, oferecido pelo atual sistema positivo italiano. A disciplina da responsabilidade dos juízes e de seu autogoverno tem, de fato, na Itália, um viés muito mais corporativo do que social, abrindo espaço, como pude explicar em outras ocasiões, a um modelo amplamente "fechado" e "corporativo". (em parte também gerontocrático), em vez de um modelo "aberto" e "responsivo" - isto é, aberto e com poderes para atender às necessidades dos consumidores da lei e da justiça ". (tradução nossa). No texto original: "Significato della filosofia giuridica dell'accesso. — La filosofia giuridica dell'accesso propone, allo stesso tempo, a) un metodo rinnovato di pensiero e analisi giuridica, e b) un nuovo metodo per la progettazione delle riforme (5). a) Nella prospettiva dell'accesso al diritto e alla giustizia, l'analisi giuridica non si limita alle norme e ai principi (e alla loro interpretazione), né si accontenta più di estendersi agli istituti e organizzazioni che creano o applicano le norme: ad es., parlamento, corti e magistratura, avvocatura, ecc. L'intento è invero di operare quello che è stato definito un « capovolgimento copernicano » delle prospettive: norme e principi, istituti ed istituzioni, gruppi e associazioni sono visti non più nella prospettiva dei governanti (legislatori, amministratori, giudici, ecc.), ma in quella dei governati, ossia dei « consumatori del diritto e della giustizia » (6). In questa prospettiva dei consumatori ciò che assume priorità di analisi è il quesito centrale dell'accessibilità del diritto e delle istituzioni ai consumatori medesimi, e quindi, in ultima analisi, il quesito se una data norma, principio, istituto, ecc. siano o non siano produttori di effettiva giustizia sociale, di effettiva uguaglianza di opportunità. È così che in questo tipo di analisi, temi che tradizionalmente avevano scarso diritto d'ingresso nei libri e nei trattati dei giuristi, assumono invece importanza capitale: come il tema dei costi e delle durate delle procedure, dei beneficiari dei provvedimenti, e più in generale, appunto, il tema preliminare e comprensivo

Destarte, o sistema de reformas jurídicas e judiciais no Brasil sofreu influência direta do Projeto Florença, abrindo margem para a efetivação gradual e concreta do direito de acesso à justiça, como se observa abaixo.

2.2.2 A terceira onda renovatória e as principais reformas no sistema processual brasileiro: aperfeiçoamento técnico e métodos adequados de solução de conflitos³²

O Projeto Florença foi um estudo empírico bem-sucedido que gerou frutos positivos no sistema jurídico e processual de vários países pelo mundo. A

dell'accessibilità del giudice e del processo, insomma dell'accessibilità dell'ordinamento giudiziario e della giustizia alle parti sociali (individui e gruppi) e agli interessi (individuali e collettivi) che il diritto sostanziale afferma di voler tutelare. Ed è cosicché temi come quello della magistratura e dell'avvocatura sono trattati in modo sostanzialmente nuovo, con la posizione di quesiti e di tematiche come: quali sono i gruppi sociali che hanno accesso alle professioni giudiziarie e forensi? quali sono le difficoltà, non solo economiche ma anche, ad es., culturali e psicologiche, di « parlare » ossia di aver a che fare con giudici e avvocati? quali le inibizioni create da procedure legali e formali e contro chi operano?, e così via discorrendo. Perfino temi tradizionali, tipicamente garantistici e liberali, come quello dell'indipendenza dei giudici o dell'autonomia dell'avvocatura, vanno « rivisitati » alla luce della questione: a chi servono tale indipendenza e tale autonomia? Servono meramente alla « corporazione » medesima, oppure anche — e soprattutto — alla società? a quali strati della società, e alla protezione di quali interessi? È chiaro che in quest'« ottica dei consumatori », una ragionevole risposta a queste ultime domande porterà alla conclusione che l'indipendenza dei giudici non è un valore per sé, ma è valida solo in quanto strumentale all'imparzialità del giudizio, ossia nei limiti in cui essa giovi ai « consumatori » della giustizia (7). Parimenti, temi di grande impegno e delicatezza, come ad es. quello della responsabilità dei giudici e dell'autogoverno della magistratura, assume ranno una inquadratura nuova alla luce, appunto, di questa « prospettiva dei governati », anziché « dei governanti », suggerendo soluzioni ben diverse da quelle, estremamente criticabili, che sono offerte dall'attuale ordinamento positivo italiano. La disciplina della responsabilità dei giudici e del loro autogoverno ha infatti in Italia un taglio assai più corporativo che sociale, facendo luogo, come ho avuto modo di spiegare in altra occasione, ad un modello in larga misura « chiuso » e « corporativo » (in parte anche gerontocratico), anziché ad un modello « aperto » e « responsive » — aperto, cioè, e responsabilizzato di fronte alle esigenze dei consumatori del diritto e della giustizia". CAPPELLETTI, Mauro. *Ordinamento giudiziario: quale riforma?* CAPPELLETTI, Mauro. *Il Foro Italiano*, Milano, v. 107, n. 4, p. 129-140, Apr. 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23176091>. Acesso em: 29 abr. 2020.

³² Em terras norte-americanas, esse modelo de solução adequada de conflitos recebeu o nome de Tribunal ou Sistema Multiportas de solução de conflitos: "O Sistema Multiportas, idealizado já a partir dos anos 1970, demorou a ganhar atenção no Brasil. A prática alternativa mais adotada era a da conciliação promovida pelo próprio juiz do processo, a qual passou a ser mais intensificada com o advento da Lei 8.952/94, que introduziu dispositivos no Código de Processo Civil de 1973, como em seu respectivo inciso IV do artigo 127, o qual previa que o juiz teria a competência para tentar conciliar as partes a qualquer tempo do processo. Foi finalmente a partir da elaboração do Código de Processo Civil de 2015 que se pode dizer ter havido uma revolução para a implementação do sistema multiportas, uma vez que diversos dispositivos foram adotados como uma proposta de modificar a cultura jurídica tradicional de resolução de conflitos no Brasil". PAVINATO, Otávio Barcelos. **O sistema multiportas de resolução de conflitos: alternativa para maior efetividade do Judiciário brasileiro**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) -- Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/174595>. Acesso em: 04 ago. 2020.

sistematização dos reais problemas que afetam o acesso à justiça redundou na promoção de diversas reformas processuais. Também alavancou o aperfeiçoamento de métodos paralelos ao judicial para a solução dos conflitos em sociedade (soluções extrajudiciais de conflitos). Além disso, demonstrou que o problema de acesso à justiça não é apenas processual, mas também político, econômico e social.

O sistema processual brasileiro passou por paulatinas reformas preocupadas com a efetividade do direito de acesso à justiça, notadamente após as constatações publicadas pelo Projeto Florença.

Em termos de reformas nas técnicas processuais influenciadas pela terceira onda, em 13 de dezembro de 1.994, a Lei n. 8.952 introduziu no sistema processual brasileiro o instituto da tutela antecipada, que afastou o risco de que o direito das partes pereça diante do tempo que levaria até o julgamento judicial final. Como o tempo da dialética processual é naturalmente mais lento do que o tempo da maioria das atividades humanas contemporâneas, esse novo instrumento foi importante para proteger a ordem jurídica de agressões iminentes³³.

Por conseguinte, e como importante avanço no acesso à justiça no Brasil, tivemos a aprovação da Lei n. 9.099 de 1995 (Lei dos Juizados Especiais no âmbito estadual). Na verdade, a Constituição Federal de 1.988 já tinha previsto nos artigos 24, X, e 98, I, a instituição dos juizados especiais e a finalidade do legislador constituinte foi trazer para o Poder Judiciário uma camada da população que era excluída em razão das formalidades e burocracias existentes. Mais para frente, foi aprovada também a Lei n. 10.259 de 2001, que instituiu os Juizados Federais.

Os Juizados Especiais foram importantes instrumentos de acesso à justiça no Brasil, mesmo porque é a principal (ou única) experiência de justiça da maioria dos brasileiros (litigantes não organizacionais). Como são regidos pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, e do estímulo à conciliação ou transação, os Juizados de certa forma referendaram figuras já previstas por Mauro Cappelletti (conciliador e juiz leigo), para aproximação do Poder Judiciário com a sociedade³⁴.

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 46.

³⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, 2015.

Já em 2004, a Emenda Constitucional n. 45, alterou o art. 102, §2º, da Constituição Federal e acrescentou o art. 103-A ao texto constitucional, criando a súmula vinculante, que tem observância obrigatória perante juízes, tribunais e a Administração Pública, sob pena de reclamação direta ao STF. A finalidade foi trazer previsibilidade e uniformidade aos julgamentos, com o reforço da ideia de observância obrigatória dos precedentes (padrões decisórios) fixados pelos tribunais superiores, inicialmente existente apenas nos sistemas jurídicos da tradição anglo-saxônica (*common law*). A (boa) intenção era, também, reduzir o quantitativo de processos no cenário judicial – correlação não necessária, até o presente momento. Esclarece com propriedade hermenêutica o professor Lenio Streck:³⁵

Já tivemos a oportunidade de demonstrar com base em dados fornecidos pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha e de Portugal de que o aumento do efeito vinculante em decisões dos Tribunais Superiores não tem o condão de assegurar isoladamente a redução de processos.

Isso porque o efeito vinculante, enquanto medida isolada, não é capaz de alterar todo o sistema judicial brasileiro, reduzindo drasticamente o número de processos que nele ingressam a cada ano, até porque, com o aumento da população e da conscientização sobre seus direitos e deveres, o número de controvérsias judiciais tende a aumentar anualmente. O efeito vinculante, portanto, teria que vencer esse aumento natural e ainda contribuir eficazmente para a redução gradativa dos demais processos. Sem dizer que, com base em Dworkin, desde já concluímos pela impossibilidade de se encontrar uma fórmula apriorística que garanta aos juízes alcançarem a mesma solução jurídica diante de diferentes e complexos processos.

Abram-se parênteses: as estratégias de criação de diversos mecanismos processuais para redução do quantitativo de processos no cenário judicial parece não ser tão bem-sucedida quanto se espera (va). Pelo contrário, esses mecanismos podem obstar o acesso à justiça, especialmente daqueles ‘consumidores de justiça’ mais simples e sem assessoria jurídica técnica de qualidade (comum no contencioso tributário). Em um país de cidadania enfraquecida e onde muitos não têm acesso aos seus direitos (nem mesmo conhecem seus direitos), as portas do Poder Judiciário precisam ser mantidas sempre abertas (escancaradamente abertas para

³⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014. p. 15.

os litigantes não habituais³⁶). Os instrumentos processuais precisam ser mais simples e entregarem a prestação jurisdicional com eficiência e justiça. E por vezes será o caso concreto que delineará os contornos dos direitos ou não direitos pertencentes às partes. O processo (judicial) deve ser uma rua larga e arejada e não uma trilha perigosa, escura e traiçoeira!³⁷

A par disso, é salutar o reconhecimento de que a adoção ampla e irrestrita do sistema multiportas no sistema jurídico brasileiro é medida justa e adequada. Repisa-se: Uma lenta e gradual desjudicialização de conflitos pela administração pública, por exemplo, através do processo arbitral, é um passo importante para racionalização do sistema judicial brasileiro. Como litigante organizacional (*repeat player*)³⁸, o Estado tem o dever de procurar outros mecanismos de promoção do interesse público; não apenas por meio de ações judiciais que abarrotam as vias judiciais. Ao reduzir a presença do Estado como demandante no Poder Judiciário, através da via arbitral, por exemplo, o litigante (especialmente não organizacional) poderá ter mais atenção e qualidade na prestação jurisdicional. É (mais) uma medida da racionalização do sistema judicial, dentre outras.³⁹

³⁶ GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review, Law and Society Association**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

³⁷ “Ao longo de um ano em que transcorreu o processo, a personagem Joseph K. tentou inúmeras vezes falar com o juiz responsável pela causa, tendo, assim, o seu direito de audiência maculado. E, além do mais, essa tentativa sempre foi frustrada, pois de fato nunca encontrou o responsável por sua detenção. Encontrou um estudante de direito, um porteiro, uma secretária, um secretário de informação, um advogado, um inspetor, um fiscal e outros. Assim, evidencia-se a dificuldade de acesso à justiça, bem como às informações processuais, o que resulta em uma dificuldade *lato sensu* de acesso de justiça. Tanto o direito como o processo existem nessa obra literária sem a efetiva aplicação da justiça, ou seja, não são justos”. ALVES, Denize Camanho. **Uma abordagem do direito processual brasileiro sob a ótica da literatura de Franz Kafka: o princípio da efetividade da tutela jurisdicional**. f. 9. 2014. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/DenizeCamanhoAlves.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

³⁸ GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review, Law and Society Association**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974

³⁹ “Muitos processos que tramitam hoje na Justiça poderiam, e até deveriam, ser resolvidos por outras instâncias, como por exemplo, pela via administrativa e pela arbitragem. Muitas vezes, principalmente em processos de jurisdição voluntária, o juiz se guia praticamente pela conclusão de um agente administrativo, como por exemplo, processos de interdições de pessoas portadoras de enfermidades mentais, as quais precisam de um curador, o juiz se guia praticamente pela conclusão de um laudo médico que atestou a incapacidade do interditado. Assim, o judiciário só deveria ser chamado a decidir quando houvesse litígio. Além do mais, inúmeros processos que tramitam na justiça brasileira poderiam ser resolvidos em menor tempo como adoção de menores abandonados, pedidos de guarda e tutela, arrolamentos, inventários, execução de testamentos, alvará. Desde que não existisse disputa entre os interessados, poderiam esses processos ser resolvidos em instâncias administrativas, pois esses processos são de pouca complexidade e não envolvem conflitos sociais dignos da apreciação do Poder Judiciário”. ALVES, Denize Camanho. **Uma abordagem do direito processual brasileiro sob a ótica da literatura de Franz Kafka: o**

Ademais, como veremos nos próximos capítulos, é dever da Administração Pública ser eficiente e constitucionalmente justa, procurando caminhos adequados para concretização dos direitos e garantias fundamentais consagradas no texto constitucional. Promover por promover ações judiciais, sem qualquer conta de utilidade e pragmatismo, não é constitucionalmente justo e adequado.

Retomando o sucinto percurso histórico do aperfeiçoamento da técnica processual no Brasil, em 2006, a Lei n. 11.276 reenumerou o art. 518 do CPC (da época), para dispor que o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver com conformidade com súmula do STJ ou do STF. No mesmo ano, a Lei n. 11.277 incluiu o art. 285-A no Código de Processo Civil (da época), que permite ao juiz de primeiro grau o julgamento, de plano, de improcedência, antes mesmo da citação do réu, quando houver casos idênticos já sentenciados no juízo, aí sendo interpretado de modo sistemático o dispositivo para essa autorização ocorra quando, sobre a questão de direito, houver súmula ou jurisprudência dos Tribunais Superiores.

No mesmo ano de 2006, a Lei n. 11.418 acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil (da época), que tratam da repercussão geral e do recurso extraordinário repetitivo e, em 2008, a Lei n. 11.672 acrescentou ao Código de Processo Civil (da época) o art. 543-C, tratando da sistemática do recurso especial repetitivo, de forma que não chegassem inúmeros recursos tratando da mesma questão aos tribunais superiores, evitando que, além de abarrotá-los, houvesse decisões contraditórias.

Pouco tempo depois, no decorrer desse gradual processo reformista, a Lei n. 12.322 de 2010, tratou do agravo interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando alguns dispositivos do CPC de 1973, dentre eles o art. 544, em seus parágrafos primeiro e terceiro, além de acrescentar o parágrafo quarto ao dispositivo. A modificação legislativa permitiu ao relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, negar seguimento do recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal ou, ainda, dar

seguimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Não obstante, o aperfeiçoamento da técnica judicial no Brasil não se esgota em mudanças legislativas pontuais. Em dezembro de 2014, foi aprovado no Senado Federal o novo Código de Processo Civil, sancionado no dia 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de um ano. O novo Código busca, em diversos pontos, o aperfeiçoamento da técnica judicial e uma maior racionalização do sistema processual.

Segundo divulgação do Senador Federal, esses seriam as principais diretrizes do novo Código de Processo Civil brasileiro:⁴⁰

Agilidade. a) Causas repetidas: Ações judiciais com o mesmo objetivo poderão ser julgadas de uma única vez por um tribunal, que mandará aplicar a decisão para todos os casos. O instrumento de resolução de demandas repetitivas (IRDR) trará rapidez para milhares de ações iguais contra bancos, concessionárias de serviços públicos (luz e telefonia), Previdência e FGTS. b) Limites aos recursos: Para evitar que os recursos continuem sendo instrumentos para adiar o fim dos processos, com o propósito de retardar pagamentos ou cumprimento de outras obrigações, o novo CPC extingue alguns desses mecanismos, limita outros e encarece a fase recursal (haverá pagamento de honorário também nessa etapa, além de multas quando a parte recorrer apenas para atrasar a decisão).

Transparência: As ações serão julgadas em ordem cronológica de conclusão, ressalvados os atos urgentes e as preferências legais, ficando a lista de processos disponível para consulta pública. Os juízes serão ainda obrigados a detalhar os motivos de suas decisões, não bastando transcrever a legislação que dá suporte à sentença.

Menos conflitos: As pessoas serão chamadas pela Justiça para participar de audiências prévias para tentar acordo. Para isso, os tribunais serão obrigados a criar centros judiciários de conciliação e mediação, com profissionais especializados (CEJUSC's⁴¹). De modo geral, também poderá haver acordo sobre procedimentos

⁴⁰ GORETTE, Brandão. Conheça os principais pontos do novo CPC. **Agência Senado**, Brasília, DF, 18 dez. 2014, Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/18/conheca-os-principais-pontos-do-novo-cpc>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴¹ "O que são os CEJUSC's? Os CEJUSC's, além de definidos na Resolução 125/200, ganharam status de lei, com previsão no art. 165, caput, do Código de Processo Civil que dispõe que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de

do processo, como a definição de calendário ou a contratação de perícia (negócio jurídico processual)⁴².

Ações de família:a) Acordo: o juiz deverá dispor do auxílio de profissionais de outras áreas para facilitar ao máximo a conciliação em processos de divórcio, filiação, guarda de filhos e outros temas de família. A audiência se dividirá em quantas sessões forem necessárias para viabilizar o consenso, sem se afastar as providências para evitar a perda de direitos. b) Abuso: em casos relacionados a abuso ou alienação parental, a presença de especialista na tomada de depoimento da criança ou incapaz passa a ser obrigatória. c) Prisão: é mantida a prisão fechada para o devedor de pensão, mas agora com a garantia de que ficará separado dos presos comuns.

Garantia para credores. Fica mantida a regra atual que permite o bloqueio e penhora antecipada (antes da sentença) de dinheiro, aplicações, recursos e outros bens do devedor, para assegurar o pagamento de crédito de terceiros. A novidade é que, para garantir a execução da sentença, o juiz poderá determinar a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes.

Reflexos nas empresas: a) Personalidade Jurídica: o novo Código definirá procedimentos para a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, medida que pode ser adotada em casos de abusos e fraudes. Assim, os

programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Neste sentido, como destaca o próprio Conselho Nacional de Justiça, essas unidades são as “células” de funcionamento da Política Pública, nas quais atuam os grandes responsáveis pelo seu sucesso, suas “peças-chave”, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução de conflitos, bem como os servidores do Judiciário, aos quais cabe a triagem dos casos e a prestação de informação e orientação aos jurisdicionados para garantia do legítimo direito ao acesso à ordem jurídica justa. Esses espaços centralizam a realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, além de outras práticas autocompositivas, na Comarca em que estiverem instalados, seguindo o pilar da centralização das estruturas judiciárias”. DIAS, Rodrigo R.; FERREIRA, Luiz Antonio.

Desvendando o CEJUSC para magistrados: cartilha. 1. ed. Curitiba: TJPR: NUPEMEC, 2018. p. 07. Disponível em: [⁴² “O art. 190, do Novo Código de Processo Civil admite que as partes, plenamente capazes e de comum acordo, em causas que admitam autocomposição, estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda e/ou convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante do processo. Tratando-se de negócio jurídico, a aludida convenção deverá obedecer a todos os requisitos exigidos pela legislação civil, notadamente o regime jurídico de nulidades”. PONTE, Marcelo Dias. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, n.16, p. 305-334, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 20 out. 2019.](https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/0/E-BOOK+DESVENDANDO+O+CEJUSC.pdf/b02905b2-6894-e46a-6ba3-fd6601f05cf1#:~:text=Conflitos%20e%20Cidadania).-,Os%20CEJUSC%C2%B4s%20(Centros%20Judici%C3%A1rios%20de%20Solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Conflitos,atendimento%20e%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20dos%20cidad%C3%A3os. Acesso em: 9 dez. 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

administradores e sócios respondem com seus bens pelos prejuízos. Hoje os juízes se valem de orientações jurisprudenciais ainda consideradas incompletos⁴³. b) Intervenção: Saiu do texto final, em último momento, regra que atribuía aos juízes poder para determinar a intervenção judicial em empresas, para fazer valer uma sentença com obrigação a cumprir.

Conquistas para advogados: Honorários: os advogados públicos poderão receber, além do salário, honorários quando obtiverem sucesso nas causas. Já os advogados liberais, nas ações vencidas contra a Fazenda Pública, agora terão tabela de honorários de acordo com faixas sobre o valor da condenação ou do proveito econômico. Os honorários também serão pagos na fase dos recursos. b) Descanso anual: Para que os advogados tenham férias e não percam prazos, os processos ficam suspensos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro. Nesse período também não ocorrerão audiências nem julgamentos, sendo mantidas demais atividades exercidas por juízes, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública, além dos serviços dos auxiliares da Justiça.

Participação social: Será regulamentada a intervenção do *amicus curiae* em causas controversas e relevantes, para colaborar com sua experiência na matéria em análise, em defesa de interesse institucional público. Poderá ser uma pessoa, órgão ou entidade que detenha conhecimento ou representatividade na discussão. A participação poderá ser solicitada pelo juiz ou relator ou ser por eles admitida, a partir de pedido das partes ou mesmo de quem deseja se manifestar.

Como visto até o presente momento, a terceira onda renovatória do acesso à justiça provocou reformas em instrumentos processuais importantes no Brasil. Em 2015, passamos a possuir um novo Código de Processo Civil, com novos paradigmas jurídicos, visando, sobretudo, uma entrega de prestação jurisdicional mais célere e eficiente, além de incentivar a cooperação processual entre as partes e reforçar a importância dos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Entretanto, a lei, por si só, é insuficiente para mudar a cultura (litigiosa) de um povo (brasileiro). Os processos na seara judicial, continuam com altas taxas de congestionamento. Os últimos dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em 2021, referente ao ano de 2020, dão conta que o estoque pendente no Poder

⁴³ Com a aprovação em 2019, da Lei n. 13.874, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, o artigo 50 do Código Civil sofreu importantes alterações, que fortaleceram a autonomia patrimonial da sociedade empresarial.

Judiciário brasileiro alcança 75,4 milhões de processos⁴⁴. Nesse mesmo período, em plena Pandemia do COVID-19 e principalmente pela via eletrônica, a Justiça brasileira recebeu 25,8 milhões de processos novos. Também foram baixados 27,9 milhões de casos ao longo do ano passado; o volume é 2,1 milhões de processos menor do que os 77,4 milhões de processos pendentes ao final de 2019.

Esse último relatório produzido pelo CNJ confirma a tendência de baixa observada desde 2017, mas é importante destacar que houve uma menor quantidade de processos novos protocolada nos tribunais: uma redução de 14,5%. É provável que no relatório do próximo ano (2022), haja um aumento de casos novos no Poder Judiciário (em razão das demandas movimentadas no período pós-pandemia: insolvência empresarial, criminais, tributárias, família e outras).

É clarividente, que o aperfeiçoamento da técnica judicial não é suficiente para promoção do acesso amplo e eficaz à justiça. Como os pesquisadores de Florença há haviam noticiado, o acesso à justiça perpassa questões sociais, culturais, econômicas e psicológicas. É mais complexo do que apenas a aprovação de novos instrumentos processuais. Aliás, novos instrumentos legislativos são insuficientes, se a cultura do litígio (demandista) permanecer intacta e enaltecida no meio social.⁴⁵ A cultura do litígio deve transitar gradualmente para a cultura do consenso!

E foi justamente nesse desiderato, que no ano de 2010, o CNJ aprovou a Resolução n. 125, um verdadeiro marco para a implementação do sistema multiportas no Brasil – também conhecido como Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASC)⁴⁶. Referida resolução se dedicou estritamente à solução de conflitos, instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses. Tal normativa visou assegurar a todos o direito à solução dos conflitos

⁴⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

⁴⁵ No capítulo seguinte tratar-se-á com mais profundidade das influências culturais na solução de conflitos por uma determinada sociedade.

⁴⁶ “Para propagar nacionalmente os MASC, deveríamos apresentá-los como métodos de resolução alternativa de conflitos caracterizados pela celeridade e pela eficácia de seus resultados, assim como pela maior participação dos cidadãos no processo de construção da solução de seus conflitos, aprimorando assim o acesso à justiça e sua democratização. Deveríamos apresentá-los, também, como um conjunto de instrumentos que ampliam as opções para a resolução de conflitos, não de forma concorrente com o sistema tradicional existente, mas sim complementar. Os MASC precisam ser percebidos como uma modernização natural da justiça e uma adequação a uma mentalidade mundial de ampliação do seu acesso e de incremento da paz social”. ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 158.

por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, trazendo a previsão de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (art. 7^a), compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores para atuarem, dentre outras funções listadas no dispositivo, na implementação da política de solução de conflitos. Ademais, como visto anteriormente, previu a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (art. 8^a a 11) para atender aos juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários. A resolução dispôs, ainda, a criação de um portal de conciliação, para disponibilizar dados estatísticos e capacitação aos mediadores e conciliadores⁴⁷.

Pouco tempo depois – em 2014, uma Recomendação, de n. 50, foi expedida pelo CNJ, destinada aos tribunais de todo país, para que realizem estudos e ações contínuas para darem continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação⁴⁸.

Já em 2015, tivemos a aprovação de uma lei federal (Lei n. 13.140), que dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Essa nova lei foi um dos grandes marcos na implementação do sistema multiportas no Brasil. Uma mudança de paradigmas profunda e crucial para efetivação do acesso à justiça.

Apenas para esclarecer, é importante que se separem os conceitos de conciliação e mediação. Pela conciliação, as partes buscam a composição de um acordo com o auxílio de um terceiro imparcial. Geralmente, o conciliador tem uma postura ativa e a busca pela solução imediata do litígio é a meta mais importante. O conflito jurídico se sobrepõe ao conflito sociológico, mesmo porque as partes não possuem vínculos anteriores e muito menos intenção de manterem uma relação duradoura. A conciliação é indicada, por exemplo, para composição de danos envolvendo acidente de trânsito. Durante muito tempo a conciliação foi vista no

⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 125 de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 25 ago. 2019.

⁴⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação n. 50 de 2014**. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/recomendacao_50_08052014_09052014145015.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

Brasil como a única forma de solução consensual de disputas jurídicas (familiares, civis e empresariais).

De outro lado, a mediação é mais sofisticada e complexa do que uma simples conciliação. Na mediação as partes podem recuperar a comunicação (diálogo⁴⁹) e tomarem a decisão mais adequada para a solução do impasse (autocomposição), o que representa uma prática pedagógica que restabelece vínculos e fortalece o convívio social (metajurídico). Ela pode contribuir na emancipação pessoal e no controle do próprio destino. A mediação, seguramente, é uma das principais formas de superação dos paradigmas atuais centrados na ideia de que o conflito é algo extremamente negativo e que precisa ser rapidamente extinto do meio social.

Pelo contrário. A mediação encara o conflito de frente e ensina como administrá-lo, para o bem das próprias partes envolvidas. Enxergar o conflito como algo natural nas relações humanas é fundamental, pois permite pautar o processo na relação “ganha-ganha”, diferentemente de um processo litigioso (judicial ou arbitral) em que apenas uma das partes sai vitoriosa (“ganha-perde”).

Ademais, a mediação de conflitos não é só pedagógica, terapêutica e emancipatória; ela representa um valor democrático extremamente significativo. A mediação é uma ponte da modernidade (consciência racional) para a transmodernidade (consciência holística).⁵⁰

Por conseguinte, dentre os meios adequados de solução de conflitos mais comumente conhecidos no Brasil temos a arbitragem. A arbitragem se aproxima, em

⁴⁹ “Estuda-se hoje, também no campo das pesquisas, a mágica arquitetura do diálogo – uma prática interativa, um momento em que a expressão, a escuta e a indagação que busca o esclarecimento são compartilhadas, visando a um pensar e a um refletir conjunto. Integra o rol de ingredientes favorecedores dos diálogos, o apreço pelas diferenças, uma vez que estar em diálogo pressupõe entrar em contato com ideias diferentes das próprias”. ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 140.

⁵⁰ “Inserida na contemporaneidade e em processo de desenvolvimento, a Mediação de Conflitos já apresenta diversas características que a transmodernidade deseja e idealiza, como a complexidade, o reconhecimento da alteridade, a transdisciplinaridade etc. Tende ao crescimento e à abertura, pois seus resultados são fortemente eficientes na resolução de disputas, no melhoramento da qualidade de vida e no aprofundamento de uma consciência psicopedagógica nos seres humanos. [...] Enfim, fortes laços se mantêm entre a Mediação de Conflitos e a matriz utópica assinalada, possibilitando à mediação ser uma ponte para o dever transmoderno, uma das trilhas “mediadoras” entre a sociedade contemporânea e seu futuro idealizado, uma possibilidade de libertação para os sujeitos da sociedade atual, sem a imposição de seus princípios (cooperação, respeito e responsabilidade) – como a praticada violentamente na modernidade -, mas oferecendo, através do diálogo, um entendimento hermenêutico, uma nova forma de viver – não num plano ideal nem num daqueles céus dos prometidos, mas aqui e agora, no mundo da vida – que quando aplicada já representa em si uma transmodernidade”. MENDONÇA, Rafael. **(Trans) modernidade e mediação de conflitos**. Petrópolis: KBR, 2012. p. 138-139.

certo sentido, do modelo judicial tradicional, uma vez que um terceiro imparcial e qualificado é eleito pelas próprias partes para colocar fim à disputa entre elas, através de uma sentença arbitral. O instituto é previsto antecipadamente ao conflito (cláusula compromissória no contrato) ou posteriormente (compromisso arbitral). As principais características da arbitragem privada são a flexibilidade, a especialização do árbitro, a irrecorribilidade das suas decisões e a confidencialidade.

A palavra arbitragem, para o brasileiro comum, remete, inicialmente, ao árbitro que coordena as competições esportivas como o futebol. Mas ela não é só isso. No campo das relações jurídicas, a arbitragem representa um modelo privado (extrajudicial) de solução de conflitos e envolve direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem não é instituto novo, por mais incrível que possa parecer para muitos operadores do Direito. Existem relatos históricos da arbitragem na Grécia Antiga e no Direito Romano⁵¹. Sálvio de Figueiredo Teixeira, de forma clarividente, apresentou seus estudos sobre a presença da arbitragem em várias ordens jurídicas dos povos antigos e é interessante notar que a arbitragem foi instituída antes mesmo do aparelho estatal representado pela figura do juiz. Isso quebra o paradigma atual de que a Justiça Estatal é (e sempre foi) o único instrumento institucionalizado para a solução de conflitos em sociedade.

⁵¹ “Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio* extraordinária sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex ou arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado *arbiter*, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império. Nesse novo Estado romano, passa a atividade de composição da lide a ser completamente estatal. Suprime-se o *iudex* ou *arbiter*, e as fases *in jure* e *apud judicem* se enfeixam nas mãos do pretor, como detentor da *auctoritas* concedida do Imperador, donde a caracterização da *cognitio* como extraordinária, isto é, julgamento, pelo Imperador, por intermédio do pretor, em caráter extraordinário. Foi nesse contexto, como visto, que surgiu a figura do juiz como órgão estatal. E com ela a jurisdição em sua feição clássica, poder-dever de dizer o Direito na solução dos litígios. A arbitragem, que em Roma se apresentava em sua modalidade obrigatória, antecedeu, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada”. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 735, p. 39-48, jan. 1997.

Percebe-se que a dependência excessiva da tutela do Poder Judiciário é resultado de um longo processo histórico, econômico e cultural⁵², que pode ser revisto; não que a arbitragem seja mais ou menos importante do que a estrutura estatal⁵³. Na verdade, ela é adequada e propícia para casos específicos, notadamente quando envolvidas relações negociais especializadas (e tributárias, por que não?!).

No Brasil, a arbitragem se consolidou com a aprovação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LBA). E sua principal inovação, em relação à legislação anterior, foi dispensar a homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário. A

⁵² O professor Oscar Chase analisou com primorosa habilidade a relação entre cultura e resolução de conflitos, que merece um pequeno aparte nesse momento: “*O poder explicativo da cultura*. A invocação da ‘cultura’ como uma ferramenta para compreender os processos de resolução de litígios não é apenas defensável; é também necessária. Ela preenche lacunas abertas por outros estudos da relação entre resolução de litígios e sociedade. Simon Roberts, por exemplo, explorou a intrigante variação na aceitabilidade da autotutela violenta em diferentes sociedades de pequena escala. Soluções violentas serão encontradas, afirma-se, onde os arranjos sociais existentes não permitem ou facilitam o aparecimento de terceiros que possam mediar ou então dirigir a controvérsia para longe da violência. Isto pode ocorrer porque as condições de vida, os grupos de parentesco, entre outros, não permitem a qualquer do grupo ser neutro quando uma disputa ocorre. Roberts reconhece a utilidade limitada dessas explicações para descrever as práticas de todas as sociedades observadas, atribuindo o grau de resolução violenta de litígios (ou, alternativamente, do discurso dirigido à composição) em última análise a ‘valores e crenças mantidos pela sociedade interessada’. A vida econômica, i.e, a forma como as pessoas sobrevivem no mundo, seja em bandos pequenos de caçadores-coletores, seja em modernos estados complexos, certamente afeta as formas de resolução de litígios, porém mais uma vez não pode explicar todas as diferenças observadas. A dispersão é um método comum de lidar com as desavenças em curso entre pequenos bandos, mas é menos provável que seja encontrada onde a severa ecologia local condicione a sobrevivência de cada membro a uma cooperação contínua. Contudo, há também frequentes diferenças entre os meios de resolução de litígios em sociedades com sistemas econômicos e sociais semelhantes. É interessante o relatório de Roberts de que ‘um aspecto em que sociedades de caçadores e coletores diferem em muito de outras é na medida em que o medo de entes sobrenaturais parece importante na prevenção e condução de conflitos’. São estes casos que mostram a profunda conexão entre as ferramentas simbólicas de um povo e seus instrumentos preferenciais para lidar com litígios”. CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução Sergio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 27-28.

⁵³ “É consenso entre os grupos que os MASC podem, seguramente, atuar de maneira complementar ao Poder Judiciário, ampliando o acesso à justiça (*lato sensu*), reduzindo a elevada demanda de processos levados ao sistema judicial e propiciando às partes em conflito alguma forma de aconselhamento para composição de suas contendas. Um tribunal de múltiplas portas instalado nos fóruns poderia propiciar a oportunidade de encaminhamento de diversos casos de acordo com suas especificidades. Os maiores interesses relacionados aos MASC dizem respeito à celeridade e às soluções inclusivas e negociadas, que atendam aos interesses e necessidades de todos os envolvidos e abarquem os diferentes aspectos do conflito. Da mesma forma, contribuem para uma melhor prestação do sistema judicial, uma vez que possibilitam maior dedicação por parte dos magistrados a temas mais complexos” (grifo nosso). ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 152.

partir de então, a arbitragem se tornou, finalmente, independente do poder estatal e passou a observar apenas os seus próprios ditames legais.⁵⁴

Disciplina o art. 3º da Lei nº 9.307/1996 o seguinte⁵⁵: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Ou seja, as partes no exercício da autonomia da vontade (privada) e na discussão de direitos patrimoniais disponíveis elegem a arbitragem como o procedimento necessário para pôr fim ao (eventual ou existente) conflito de interesses. As partes se obrigam ao procedimento arbitral e renunciam conscientemente ao processo judicial, sendo que a discussão sobre a constitucionalidade desse regime jurídico já foi superada.⁵⁶ Em decorrência dessa autonomia privada, as partes possuem flexibilidade procedimental e podem eleger e definir as regras mais importantes do processo arbitral.

Por conseguinte, podem-se citar mais algumas vantagens na instituição da arbitragem (na seara privada, principalmente):

a) A escolha do julgador (art. 13, da LArb): a escolha do árbitro irá recair sobre pessoas qualificadas, especializadas e experientes. Essa qualificação técnica é fundamental para solução de negócios jurídicos complexos, como os contratos relacionados ao agronegócio, por exemplo. Muito diferente do que ocorre no Poder Judiciário do interior do país, que raramente possui varas especializadas nas áreas empresarial e agronegocial. Repisa-se que para nós, a escolha do julgador pelas partes afasta a arbitragem de um modelo meramente heterocompositivo de solução de conflitos e a transforma num modelo de solução de conflitos que denominamos de proto-heterocomposição (litígio decidido por um terceiro que não é propriamente ‘estranho’ à relação jurídica processual desenvolvida pelas partes).

b) Celeridade (art. 23, da LArb): o processo arbitral tem prazo certo para se encerrar (06 meses para apresentação da sentença arbitral). Esse termo final é importante para as relações econômicas, que não podem ficar dependentes de uma decisão indefinida no tempo; uma disputa jurídica de longa data pode contribuir para

⁵⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Thomson Reuters, 2018. p. 39

⁵⁵ BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a Arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁵⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Thomson Reuters, 2018.

a falência de uma empresa. No Judiciário, como foi visto em linhas passadas, o processo tem data para começar, mas não tem data fixa para se encerrar, em razão do número excessivo de processos pendentes.

c) Instância única (art. 18, da LArb): eis a principal insatisfação de alguns operadores do direito com a arbitragem, sob o argumento de que a ausência de recurso fere de morte o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Por esse princípio, a parte insatisfeita com a decisão (judicial) pode procurar a revisão do julgado em instâncias superiores, composta por juízes mais experientes e julgamentos colegiados. Contudo, na arbitragem isso é desnecessário, pois as partes puderam escolher um julgador experiente e qualificado. Subentende-se que ele tem todas as condições para proferir um julgado justo e legítimo. Se houver algum vício grave, o caso é de nulidade perante o Poder Judiciário (art. 32, ad LArb), e não de reforma da decisão.

Além disso, o recurso no campo da arbitragem seria inconveniente, pois o seu objetivo maior é a solução do conflito, sem medidas protelatórias e procrastinatórias típicas do processo judicial em segundo grau. O que se pretende na arbitragem é a solução definitiva da disputa e isso é uma prioridade num mundo comercial envolvido em práticas comerciais complexas e dependentes de instrumentos rápidos e seguros para a geração e distribuição de riquezas, pautada na máxima: “Tempo é dinheiro”.⁵⁷

Destarte, a escolha pela arbitragem e a aceitação de uma decisão (negativa ou positiva) em instância única representa um verdadeiro empoderamento processual, o que não exclui a possibilidade das partes preverem excepcionalmente o reexame da decisão por outra instância arbitral (pouco recomendado, pelos custos envolvidos). Esse paradigma ainda é de difícil compreensão por muitos operadores do direito, formados num modelo jurídico processual excessivamente dependente (da intervenção) do Estado-juiz.

d) Cumprimento espontâneo: como foram a próprias partes que escolheram o árbitro (julgador), elas tendem a cumprir espontaneamente o que foi decidido por ele. Isso, pois, as partes participam ativamente do processo e do procedimento na arbitragem; são os principais atores do processo (processo democrático). Muito diferente do processo judicial tradicional, em que o juiz é a principal referência e as

⁵⁷ O procedimento arbitral também pode ser vantajoso para a administração pública tributária, por exemplo, quando acelera o processo de regularização fiscal.

partes meras coadjuvantes. Claro que tal realidade tende a mudar com a instituição no novo Código de Processo Civil (2015), que privilegiou o modelo processual de cooperação e instituiu os negócios jurídicos processuais, que são analogias dos modelos legais instituídos inicialmente pela arbitragem.

Todos esses modelos de solução extrajudicial de conflitos só passaram verdadeiramente a ter importância no país, como já foi assinalado, com a aprovação da Resolução nº 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por meio dessa Resolução, foi difundida no Brasil a ideia de “tribunal multiportas”, em que cabem às partes envolvidas no conflito, escolher a forma mais adequada de resolvê-lo. Nesse caso, a “porta” do Poder Judiciário é apenas mais uma dentre outros instrumentos eficazes para a tão sonhada pacificação social.⁵⁸

Repisa-se: O Código de Processo Civil de 2015 também foi responsável pelo revigoreamento dos meios extrajudiciais de solução de conflitos. Tanto é verdade, que a arbitragem está em franco processo de desenvolvimento e consolidação no país e a solução consensual de conflitos se tornou política pública, a ser seguida por todos os operadores do direito, além do próprio Estado.

Por seu turno, registre-se que recentemente a Lei de Arbitragem passou por uma reforma legislativa importante (Lei nº 13.129/2015), que conferiu mais segurança ao processo arbitral e o conformou às alterações processuais do Código de Processo Civil de 2015 e, principalmente, aos precedentes judiciais em matéria de arbitragem. Outro ponto importante, foi a previsão expressa da adoção da arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública, tópico que será detalhado no próximo capítulo.

Desta feita, a terceira onda renovatória de acesso à justiça (novo enfoque), influenciou reformas processuais importantes no Brasil (aperfeiçoamento da técnica), especialmente nas soluções de conflitos envolvendo direitos coletivos. Também colaborou na difusão dos meios adequados de solução de conflitos, notadamente no campo extrajudicial. Contudo, tais instrumentos ainda não foram suficientes para impedir o congestionamento processual no Poder Judiciário

⁵⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Thomson Reuters, 2018.

brasileiro e, por isso, os esforços devem ser perenes e aperfeiçoados diuturnamente⁵⁹.

No momento, analisar-se-á o conceito atualizado de acesso à justiça no Brasil, encampado pelo jurista brasileiro Kazuo Watanabe.

2.3 O acesso à ordem jurídica justa no Brasil: conceito atualizado de acesso à justiça

Já foi escrito e reescrito que as pesquisas empreendidas pelos pesquisadores de Florença (Projeto Florença) influenciaram reformas legislativas no mundo todo, na tentativa de efetivar o acesso à justiça e de realmente tutelar direitos fundamentais previstos em diversos textos constitucionais.

No Brasil, não foi diferente. Promoveram-se reformas legislativas, se estabeleceram políticas públicas de solução consensual de conflitos no âmbito do próprio Poder Judiciário. Aliás, o Poder Judiciário brasileiro revisitou seu papel institucional, e direcionou parte de seus esforços para a promoção efetiva do serviço público essencial de *oferta* de justiça.

Claro que, leis novas são insuficientes para promover mudanças profundas na cultura (de resolução de conflitos) de um determinado povo⁶⁰. A cultura jurídica prevalecente no Brasil ainda é de dependência da intervenção do Poder Judiciário; provavelmente por dois motivos. Primeiro, pela tradição autoritária e patrimonialista

⁵⁹ Como, por exemplo, aprovação de leis que autorizem (expressamente) a adoção da arbitragem tributária no Brasil.

⁶⁰ O professor norte-americano Oscar G. Chase promoveu um estudo interdisciplinar entre direito, cultura e ritual que apresentou resultados esclarecedores para a compreensão da relação entre a cultura de um povo e a forma adotada de resolução de conflitos, sendo que são elementos intercambiáveis: “O vínculo entre a cultura e a solução de litígios é visto de modo mais robusto em culturas que não diferenciam fortemente as práticas de solução de litígios da vida cotidiana, como pequenas sociedades tecnologicamente simples. Nas sociedades modernas, tecnologicamente complexas, esta relação é condicionada pela própria estabilidade da democracia existente no espaço estatal. Nesse caso, a elite dominante tende a emergir do público geral, compartilhando seus valores. Sua legitimidade, ademais, dependerá da satisfação coletiva com os mecanismos de resolução de conflitos que constrói. Não é surpreendente, por outro lado, que instituições impostas por governos coloniais podem diferir significativamente das práticas populares antes empregadas. O domínio britânico sobre os Azande foi um bom exemplo – a força das armas permitiu a imposição do modelo britânico de tribunais para assuntos importantes, apesar de não lograr internalização pelos indivíduos. As elites pós-coloniais podem, por suas próprias razões, manter instituições de resolução de litígios importadas. Aqui, novamente, a falha dessas instituições em refletir os valores culturais ainda latentes não apresenta um desafio grande para minha tese geral da conectividade. Após um tempo suficiente, a ordem imposta e a cultura geral podem atingir uma acomodação que envolve alguma interpenetração mútua”. CHASE, Oscar. **Direito, cultura e ritual**: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 31.

herdada de Portugal (Império), onde o Estado assumiu o papel de principal protagonista nas relações sociais⁶¹. E, outro, pela pouca evolução civilizacional no país, onde os direitos básicos dos cidadãos são desrespeitados e lesados por grandes corporações empresarias ou pelo próprio Estado. Por isso, é justo e natural que se procure o Judiciário para a tutela desses direitos. Contudo, é uma via de mão dupla: ao mesmo tempo que o Poder Judiciário é um órgão extremamente importante para os brasileiros, ele também passou a ser um empecilho, na medida em que oferece um serviço público dispendioso e moroso⁶².

Nesse sentido, o direito consagrado no texto da Carta constitucional de 1.988, de acesso à justiça (art. 5^a, XXXV, CF 1988), assume, num primeiro momento (por influências culturais), o papel de direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Na compreensão do senso comum, a justiça é oferecida (apenas) pelo Poder Estatal. O juiz (estatal) é o principal responsável pelo julgamento dos conflitos de interesses na sociedade. A correlação é exatamente essa: acesso à justiça = acesso ao Poder Judiciário. Somente nos corredores do Judiciário se encontra tutela para seus direitos; talvez mais do que um *serviço* público, a sociedade veja no Judiciário uma estrutura física apta para processar e julgar todos os conflitos de interesses.

Contudo, a terceira onda renovatória de acesso à justiça, apresentada pelos pesquisadores de Florença, já tinha anunciado um novo enfoque ao conceito. Acessar justiça é mais do que acessar o Poder Judiciário; é mais do que promover ações e obter uma tutela judicial. Acessar a justiça, na verdade, é acessar tudo que for necessário para tutela dos direitos: informação, cidadania, autonomia,

⁶¹ SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Simon Schwartzman. 4. ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

⁶² É preciso pontuar que a morosidade no sistema judicial não é um problema exclusivamente brasileiro, mas de vários países pelo mundo. Talvez a grande deficiência no Brasil é a falta de identificação adequada das principais causas da morosidade excessiva para a consequente formulação de políticas públicas e tomada de estratégias eficientes. “A título ilustrativo, pode-se citar caso específico, em que a Corte Europeia de Direitos do Homem condenou o Estado italiano a indenizar uma litigante em 8.000.000 (oito milhões) de liras, por dano moral pela morosidade jurisdicional, ao argumento de que fora submetida a incerteza e ansiedade prolongadas quanto ao resultado e às repercussões do processo, em afronta ao art. 6^a, inc. I, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que prevê o direito a que as causas sejam examinadas em prazo razoável”. CASTRO JÚNIOR, Roberto Apolinário de. **Eficiência jurisdicional: a razoável duração dos procedimentos frente às garantias fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 29.

empoderamento, serviços públicos de qualidade, assistência jurídica e judiciária, e muito mais. É acesso à ordem jurídica justa.⁶³

E é justamente sob influência desse ‘novo’ enfoque, que o jurista brasileiro Kazuo Watanabe atualizou o conceito de acesso à justiça, para o conceito de “acesso à ordem jurídica justa”, em território nacional.⁶⁴ Na verdade, existe uma luta antiga para promoção do processo justo no Brasil, numa aproximação contínua entre direito material e direito processual. É a materialização dos desígnios constitucionais.⁶⁵

Mais do que reformas legislativas que aperfeiçoam as técnicas processuais, o direito fundamental de acesso à justiça ou à *ordem jurídica justa*, depende da mudança de mentalidade: dos operadores do direito, dos governantes e da própria sociedade. Justiça é um conceito mais amplo do que prestação jurisdicional. Em conflitos conjugais, por exemplo, é comum a atuação mediadora de um pastor ou padre de determinada comunidade; eles realizam justiça ao caso concreto. Eles colaboraram na pacificação social.

Os novos horizontes apontam para esse apotegma: ampliar o conceito de justiça para além do cenário judicial. Claro que o Poder Judiciário continua e continuará mantendo seu importante papel de promover solução de conflitos e levar

⁶³ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. X (apresentação de Humberto Teodoro Júnior).

⁶⁴ “Com efeito, desde 1.984 que o notável jurista e magistrado vem se reportando à ideia de “acesso à ordem jurídica justa”, como algo necessário à mudança de mentalidade de quantos militam na área do direito processual, seja como partes e seus advogados, seja como legislador e, sobretudo, como autoridade aplicadora das leis em juízo. Todo esforço tem sido por ele feito, em sucessivos trabalhos, todos com a tônica de que “o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à *ordem jurídica justa*”. WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. X (apresentação de Humberto Teodoro Júnior).

⁶⁵ É comum, na prática jurídica, ver processos judiciais com prevalência de direitos processuais sobre os direitos materiais. Em determinadas ações judiciais, a tutela judicial efetiva e justa é relegada a segundo plano, e os pressupostos processuais e as condições da ação adquirem status de verdadeiros apotegmas absolutos, para ser redundante. Às vezes não é por falta de técnica adequada, e sim por preciosismo na decisão judicial. Pode parecer leviano, mas parece que existe uma influência psicológica na mente de alguns magistrados, de que uma forma de reduzir a sobrecarga de processos é justamente extingui-los de plano. Como advogado, ficamos apreensivos e numa postura perene de sobreaviso, com receio de uma decisão judicial que determine a extinção do processo abruptamente. Em alguns despachos, o magistrado é incisivo: ‘Manifeste-se o autor, sob pena de extinção do processo’. Achar alguma justificativa para extingui-los, parece ser a mentalidade judicial. Contudo, tais condutas são perniciosas, na medida em que o direito fundamental de acesso à justiça é ferido de morte. O processo judicial é uma das portas adequadas para acessar justiça e ele é ofertado por meio de um serviço público essencial. Relembrando Mauro Cappelletti: “o Poder Judiciário tem que pensar sob a perspectiva do ‘consumidor de justiça’”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 92.

justiça para as partes. Aliás, o papel de um juiz vai além de um mero julgador de conflitos de interesses. Veja-se, por exemplo, o corriqueiro papel social da magistratura em cidades interioranas no país, na promoção de dignidade aos adolescentes em situação de cumprimento de medidas socioeducativas. Veja-se, também, o papel dos magistrados na ordenação do processo eleitoral, contribuindo significativamente para a manutenção do processo democrático. São exemplos da importância do Poder Judiciário para promoção do acesso à justiça ou da *ordem jurídica justa* no Brasil.⁶⁶

Para a concepção do acesso à ordem jurídica justa (justiça), também é necessário o conhecimento da realidade socioeconômico-política do País. Aliás, esse é o primeiro passo para a compreensão da importância do movimento de desjudicialização de conflitos pela Administração Pública no Brasil (especialmente como Autora no contencioso tributário - conforme será destacado nos próximos capítulos).

Vive-se num país cheio de contradições sociais, econômicas, políticas e regionais. Desigualdades sociais e econômicas estruturais, que demandam políticas públicas inexistentes⁶⁷. Uma economia de livre mercado, fundada na livre iniciativa e na livre concorrência (CF 1988 – art. 170), mas que é imatura e pautada no

⁶⁶ WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. *In*: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 44.

⁶⁷ “No Brasil onde a desigualdade econômica e social são estruturais, é necessário e esperado que os sistemas de proteção social se organizem e se estruturam com propostas de enfrentamento a pobreza. No entanto, mudar as condições de pobreza e vulnerabilidades historicamente instituídas por que passa a sociedade brasileira não é algo simples, pequeno e imediato, isso é um processo complexo e que agrega, ao mesmo tempo, aspectos econômicos, sociais e políticos, solicitando o planejamento e a integração de políticas estruturantes que a médio e longo prazo possam enfrentar esse quadro. Fazendo um paralelo a Bourdieu (2007); realizar inferências na estrutura social, ou a respeito dos padrões de formação do *habitus* dos sujeitos e comunidades, requer que se reconstitua, que se considere elementos da história social das instituições e das relações presentes neste campo. O enfrentamento da pobreza começa com políticas integradas, com políticas de proteção social integradas às políticas econômicas, que assegurem as condições mínimas para o desenvolvimento. A proteção social se configura como porta de entrada para a promoção social, com a criação valorização do capital humano e a institucionalização das políticas sociais. Atualmente, a visão de que políticas e instituições voltadas para os grupos mais vulneráveis podem promover tanto eficiência quanto equidade toma corpo, com base em evidências de que investimentos em necessidades básicas humanas melhora a produtividade e o crescimento econômico e a qualidade de vida”. GODINHO, Isabel Cavalcante. Pobreza e desigualdade social no Brasil: um desafio para as políticas sociais. Eixo temático: o serviço social e o desenvolvimento. *In*: CIRCUITO DE DEBATES ACADÊMICOS, 1., 2011, Brasília, DF. **Anais eletrônicos [...]**. Brasília, DF: Ipea, 2011. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo31.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

clientelismo e corporativismo; subsídios (fiscais) para grupos privilegiados que geram pouca competitividade⁶⁸.

As contradições continuam se multiplicando. Os atuais governos acenam para uma postura mais liberal na economia, e colocam no mercado a responsabilidade de promover o desenvolvimento econômico no país. Contudo, alguns fatores que atrapalham esse desenvolvimento econômico dependem da intervenção do próprio Estado. Como, por exemplo, a promoção de reformas estruturais no campo tributário, conforme relatórios apresentados pelo Banco Mundial. O sistema tributário no Brasil é confuso, contraditório e ineficiente e é hoje o principal responsável pela classificação ruim do Brasil em *rankings* internacionais de negócios. (*Doing Business*. 2020).⁶⁹ Ou seja, o Estado quer ser liberal, mas não oferece os instrumentos adequados para o mercado!

⁶⁸ O economista Marcos Lisboa (INSPER) é um crítico ácido da falta de competitividade e inovação no meio empresarial brasileiro, reputada em grande parte por uma relação espúria e contraproducente entre iniciativa privada e poder público. “VAMOS CONTINUAR A BRINCAR DE AVESTRUZ? Políticas de proteção setorial são ótimas quando funcionam. Existem muitos exemplos bem-sucedidos de estímulos para o desenvolvimento de atividades produtivas por meio da concessão de subsídios ou do investimento em desenvolvimento de novas tecnologias. No caso da Noruega, por exemplo, depois da descoberta de petróleo no país o governo criou uma universidade para formar técnicos, constituiu uma empresa estatal e desenvolveu uma sofisticada governança pública, incluindo uma agência reguladora que estimulou a concorrência e a gestão eficiente da produção. Além disso, foi criado um fundo soberano para garantir renda para a população quando os recursos do petróleo se tornem escassos. Outros países, como a Coreia, investiram significativamente na educação da sua população e, posteriormente, apoiaram o desenvolvimento de alguns setores de exportação com metas de desempenho e prazo para o término das medidas de proteção. Existem casos de sucesso também no Brasil. Os grandes investimentos públicos e privados em pesquisa na agricultura nos anos 1970, diversas medidas de estímulo, como crédito subsidiado, e empreendedores que corriam o risco do negócio resultaram no notável crescimento da produtividade nas últimas quatro décadas, e na expansão da oferta e das exportações, além da queda dos preços dos alimentos, para benefício da sociedade. O problema das políticas setoriais ocorre quando fracassam. O resultado é o desperdício dos escassos recursos produtivos, capital, trabalho e infraestrutura, em atividades em que persistem em ser menos produtivas do que nos demais países. Ao invés de fazer mais o que fazemos bem, condenamo-nos a fazer em demasia aquilo que fracassamos em ser competitivos. A consequência é um país mais pobre do que podia ser. O custo social do fracasso é ainda maior. Os recursos da sociedade que poderiam estar sendo utilizados em outras atividades não são de fácil mobilidade. O capital, escasso e caro em um país como Brasil, assume a forma de fábricas e infraestrutura que não podem ser imediatamente realocados. O mesmo ocorre com o emprego. O país se descobre refém das políticas equivocadas. Preservar os empregos no curto prazo requer pagar mais caro do que o necessário pelos bens produzidos ou manter subsídios às custas de outras políticas públicas. O fracasso custa caro e é difícil revertê-lo”. LISBOA, Marcos; PESSOA, Samuel Pessoa. **Vamos continuar a brincar de avestruz?** [S. l.], 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2017/11/vamos-continuar-a-brincar-de-avestruz.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

⁶⁹ No relatório de 2020, ano-base 2019, o Brasil ocupou a 124ª posição entre 190 países, no ranking internacional que avalia bons ambientes para negócios. Ficamos atrás de vários países sul-americanos que possuem economias menores, mas aparentemente melhor estruturadas (Uruguai – 101ª posição; Peru – 76ª posição; Colômbia – 67ª posição; Chile – 59ª posição). THE WORD BANK. **Business Enabling Environment (BEE)**. Washington, DC: Banco Mundial, 2021. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Sem reformas estruturais, as contradições vão se avolumando. Especialmente agora, com a recente crise econômica e financeira causada pela Pandemia do COVID-19. De uma hora para outra, o atual governo precisou fazer uma curva acentuada e focar em políticas sociais, uma vez que parte significativa da população retornou para condições precárias de sobrevivência humana.

Aliás, vários cientistas políticos no Brasil apontam que as ausências de reformas estruturais elevam as políticas sociais de concessão de novos direitos sociais, para os grupos mais desfavorecidos, e isso representa um custo elevado para o Estado, que o obriga a intervir mais e mais para captação de recursos financeiros. Ou seja, os novos direitos sociais se tornam políticas paliativas e casuísticas que dependem da boa vontade do governo; e o mais grave é que dependem de um orçamento público apertado e limitado⁷⁰.

Como não há interesse político e social significativo em reformas estruturais, o Estado se vê pressionado a conceder e garantir direitos sociais que não são integralmente assegurados. O Estado brasileiro concede direitos, mas não efetiva os respectivos direitos (é um reforço de retórica política). (Mais) uma verdadeira contradição! Para que reforma tributária? Para que reduzir a carga tributária? Para que racionalizar a arrecadação tributária? São pactos sociais que aparentemente não foram acordados pela sociedade brasileira.

O empresário reclama da intervenção do Estado; da tributação excessiva e injusta. Da burocracia estatal, cara e ineficiente. Mas na hora da crise, pede apoio estatal. Pede concessão de mais benefícios e coloca o Estado numa situação de dificuldade fiscal. Realmente temos um Estado ineficiente e contraditório, mas também temos um sistema capitalista imaturo, pouco competitivo em vários setores.⁷¹

Dessa forma, o Estado não consegue promover todos os direitos sociais concedidos. Aliás, não efetiva os direitos sociais concedidos no texto constitucional de 1.988 e as tensões sociais só aumentam. O argumento é que não tem espaço fiscal e por isso a alternativa passa por mais intervenção estatal na economia

⁷⁰ WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. *In*: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

⁷¹ O mais grave é que grupos empresariais específicos, que não foram diretamente afetados pela Pandemia do COVID-19, receberam apoio legislativo na renovação da concessão de benefícios fiscais. Eis mais uma contradição do Estado brasileiro: beneficia grupos hiperssuficientes e politicamente organizados, no momento mais difícil da economia.

(arrecadação de mais recursos). Mas ao mesmo tempo a retórica do Estado é adotar uma postura mais liberal, com menos intervenção na economia. Na verdade, o Estado brasileiro interfere de forma equivocada na economia, pois não existem políticas públicas de longo prazo e sim políticas de governo casuais e seletivas. Não é demais repetir, muito contraditório.

O jurista Kazuo Watanabe apresenta com clareza essa contradição do Estado brasileiro e sua correlação com a sobrecarga de processos no Poder Judiciário:⁷²

O Estado brasileiro, portanto, é um grande gerador de conflitos. Além dos conflitos mencionados, inúmeros outros têm sido provocados pelo Estado em vários campos de atuação, principalmente nas áreas fiscal e administrativa.

Grande parte desses conflitos é encaminhada ao Poder Judiciário, cuja carga de serviços se agiganta cada vez mais. As várias demandas que a ele afluem apresentam, num dos polos, principalmente passivo (na condição de réu), o Estado ou uma de suas emanações (autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista). Pode-se afirmar assim, sem qualquer receio de exagero, que o litigante mais frequente nos foros do País é, hoje, o Estado em seus vários níveis de organização política e suas várias formas de atuação no mundo jurídico.

Além desses conflitos causados pelo próprio Estado, inúmeros outros ocorrem na sociedade brasileira nos vários campos da atividade humana. Muitos deles são consequências de várias contradições sociais, políticas, econômicas e regionais que caracterizam o nosso País. Outros são decorrentes da vida de relação normal que se desenvolve em qualquer sociedade. Estes e aqueles podem assumir configuração interindividual ou contornos coletivos.

Exceção feita a algumas demandas coletivas (v.g, as chamadas 'ações civis públicas' e ação popular), todas as demais são tratadas como se tivessem configuração interindividual e as técnicas processuais a elas aplicadas são as tradicionais, consistentes em atomização e solução adjudicada dos conflitos.

Sem dúvida alguma, a organização da Justiça em nosso País está, em muitos pontos, dissociada dessa realidade social que nos cerca". (grifo nosso).

O cenário é realmente pessimista, no quesito acesso à ordem jurídica justa no Brasil. Os direitos do cidadão ou de grupos de cidadãos são violados pelo próprio Estado e a alternativa é procurar o próprio Estado para tutelá-los (Poder Judiciário). Contudo, o Judiciário não suporta a demanda e o sistema jurídico tradicional não está preparado eficientemente para lidar com demandas massificadas, por exemplo.

⁷² WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. In: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 5.

Não obstante, é importante esclarecer que não são todas as pessoas com direitos violados que procuram o Poder Judiciário; existem pessoas que não conhecem sequer seus direitos (especialmente direitos sociais). É representação de uma cidadania enfraquecida. Isso também é falta de acesso à ordem jurídica justa, e comprova por meio do método hermenêutico⁷³, que o problema (maior) de congestionamento do Poder Judiciário são os litigantes organizacionais. Não é justo culpar os cidadãos mais frágeis, o litigante casual e os processualmente mais vulneráveis pelo excesso de litigiosidade no Brasil!

De acordo com o renomado professor Richard Susskind (Oxford-Inglaterra), em recente conferência organizada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados (ENFAM), sob o título “Tribunais on-line e o futuro da Justiça”, a Pandemia do COVID-19 acelerou o processo de virtualização das Cortes de Direito. Um movimento que já estava em andamento, mas que ganhou força exponencial.⁷⁴ Em razão disso, é necessário revermos padrões de organização do sistema judicial e adaptar a mentalidade dos magistrados para esse novo cenário. O mundo digital democratizará o acesso à ordem jurídica justa, não apenas do ponto de vista institucional (via Poder Judiciário), mas também na perspectiva de cidadania jurídica (acesso à informação sobre direitos, resolução extrajudicial de conflitos, etc).

O professor Richard Susskind também destacou que mais da metade da população mundial não tem acesso aos seus direitos. Esse é um dado significativo, pois demonstra mais uma vez que o problema da sobrecarga no Poder Judiciário é do litigante organizacional (Estado e grandes empresas) e não é responsabilidade do cidadão comum. Na visão do referido professor, o sistema judiciário mundial passará por algumas fases evolutivas em decorrência da virtualização do acesso à justiça e a última delas está relacionado à prevenção de litígios. Mais uma vez vemos uma leitura evolutiva do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa e os meios adequados de solução de conflitos como paradigma fundamental.⁷⁵

⁷³ Trataremos do método hermenêutico nos próximos capítulos, oportunidade em que analisaremos a aplicabilidade da arbitragem tributária no Brasil.

⁷⁴ ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). **Conferência Tribunais on-line e o futuro da Justiça**. Brasília, DF: ENFAM, 2021. p. 4. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁷⁵ Em sua palestra, Richard Susskind abordou temas como o problema enfrentado no Brasil e no mundo em relação às Cortes de Direito, o *mindset* dos magistrados acerca do futuro, a Covid-19 e o seu impacto no Direito, e tecnologias existentes na atualidade. Após abordar tais questões, apresentou uma sugestão de como será o futuro do Sistema de Justiça ao redor do mundo e

Como visto, o acesso à justiça ou à ordem jurídica justa é um problema real. As pessoas que sabem seus direitos, acessam pouco seus direitos; as pessoas que não sabem seus direitos, naturalmente não acessam seus direitos. Num país de cidadania debilitada e modernidade tardia, a justiça é um direito cada vez mais fundamental.

Repisa-se, contudo, que no Brasil o cenário é por demais complexo. Temos um Estado fraco em alguns pontos e forte em outros. Um Estado que desenvolve a retórica do (novo) liberalismo econômico (com fundamento no art. 170, da Constituição Federal de 1988), mas sem oferecer reformas para o crescimento sustentável da economia de mercado. Um Estado que apazigua as tensões sociais, com a concessão pontual de direitos, mas que concede benefícios para grupos corporativos organizados politicamente (hiperssuficientes). E, no momento que se vê em aperto fiscal, procura aumentar sua receita pública, onerando uma parte do mercado privado. Para não dizer confuso, é no mínimo contraditório.

Na visão do ilustre hermeneuta e professor Lenio Streck, muitas promessas da modernidade não foram cumpridas no Brasil e a retórica da minimização do Estado deve ser vista com cautela em nosso país:⁷⁶

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências

concluiu refletindo sobre o que isso significa para a Justiça. **Sobre os dois primeiros pontos elencados, o professor destacou que existe um problema internacional, não demonstrado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), mas identificado por pesquisas, de que só 46% das pessoas no mundo – menos da metade da nossa população mundial – vivem sob a proteção do Direito.** “Este é o cenário. A Covid 19 fez com que as salas de audiência fossem fechadas e que o acúmulo de processos aumentasse. E mesmo antes da pandemia, o acesso à Justiça já era um problema. Nossas cortes funcionam bem quando as pessoas conseguem ir lá presencialmente, mas, muitas vezes, elas não conseguem chegar até a lei”, alertou Susskind. No que se refere à forma como os magistrados devem vislumbrar o futuro, o especialista destacou que é preciso pensar em como a população enxerga os tribunais. “Temos que pensar que as pessoas não querem exatamente os tribunais, mas querem que seus litígios sejam resolvidos. Eles não querem necessariamente os advogados. Então nós podemos em uma era digital achar novas formas de ajudar as pessoas a resolverem as suas disputas”, suscitou o palestrante. Em relação ao uso das tecnologias existentes na atualidade, Richard Susskind falou sobre a automação dos procedimentos e sobre inovações. Segundo o professor, 160 jurisdições no mundo estão usando tribunais remotos em tempos de pandemia e a técnica mais usada tem sido a de audiência em áudio. “Percebemos que essas conferências e audiências de áudio e vídeo funcionam. Não são tão boas quanto presenciais, mas conseguiram manter o Sistema Judicial vivo neste período de Covid-19”, disse ele”. Grifo nosso. Conferência Tribunais on-line e o futuro da Justiça. ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). **Conferência Tribunais on-line e o futuro da Justiça**. Brasília, DF: ENFAM, 2021. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁷⁶ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 27-28.

absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo, loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para os milhões de brasileiros!*. Exemplo disto é que, enquanto os reais detentores e destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar (ou se moram, moram em favelas ou bairros distantes), nossas classes médio-superiores obtiveram financiamentos (a juros subsidiados) do Banco Nacional da Habitação (sic) – depositário dos recolhimentos do FGTS – para construir casas e apartamentos na cidade e na praia. Isso para dizer o mínimo! Desnecessário lembrar que parcela considerável dos financiamentos realizados na década de 70 do século passado sequer foram pagos até o final dos contratos, pela singela circunstância de que as prestações ficaram tão baixas que não valia a pena a emissão dos carnês de cobrança.

Como já foi visto, em razão justamente desse cenário de contradições sociais, políticas e econômicas, os conflitos se avolumam no Brasil e desaguam no Poder Judiciário. As contradições e ineficiências do Estado brasileiro são as principais responsáveis por essa constatação. Mas não precisamos propriamente de menos Estado; pelo contrário, precisamos de um Estado de tamanho adequado e forte suficiente para efetivação dos direitos sociais, tais como garantir aos cidadãos o direito à ordem jurídica justa. Que alavanque o crescimento econômico sem concessão de benefícios setoriais contraproducentes. Um Estado coerente e independente, que cumpra seu papel fundamental de gestor de conflitos e garantidor de direitos numa contemporaneidade complexa e multifacetada

Retomando a análise dos impactos da terceira onda renovatória no contexto jurídico e judicial brasileiros, Daniela Olímpio de Oliveira acentua a ideia de “Justiça” como valor intrínseco no Direito, como efetivação de valores constitucionais, como a *igualdade*. Mais do que simplesmente uma porta (física) aberta para a sociedade, o conceito de acesso à justiça avança na efetivação das promessas constitucionais (pelo Estado), como na prestação de serviços fundamentais:⁷⁷

Outrossim, apesar da variedade de tratativas, um consenso existe na contemporaneidade e é o que remete a noção de justiça à ideia de igualdade. Esse seria o valor-base, inalterável da justiça abstrata, geral, que, como alguns teorizaram, convive com uma ideia particular sobre a

⁷⁷ OLIVEIRA, Daniela Olímpio. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, p. 81, 2013.

aplicação da premissa maior. Chaïm Perelman (1996, p. 18), por exemplo, expõe um sentido formal ou abstrato e um sentido concreto ou particular de justiça. O primeiro seria a fórmula comum - os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma - e, posto que esta fórmula contém um elemento indeterminado, uma variável - como se reconhece a igualdade? - abre-se espaço para diferentes concepções particulares e gera as infundáveis controvérsias. [...].

Neste aspecto, Judiciário (instância de decisão) e Justiça (valor intrínseco no direito) se confundem como parte de um todo, merecendo a correta separação, conforme em parte relatado no capítulo anterior. Justiça não pode ser considerada um local, nem uma instituição. A expressão acesso à justiça pode até significar acesso à uma decisão, mas não à uma instituição. Aproximam-se os institutos, sendo, porém, um, sujeito e, outro, finalidade. O enfoque dado ao Poder Judiciário como garantidor da justiça é relevante porque se trata de um dos atores de promoção de um ideal político de relações jurídicas, inclusive com a incumbência de decidir questões polêmicas e em última instância. A condução judicial de certos assuntos políticos feita de forma desarrazoada e desvinculada do ideal político vigente na sociedade provoca uma crise institucional justamente por não ser bem conhecida a proposta fundante do Estado hoje. A ideia de acesso à Justiça é ligada ao Estado, e não exclusivamente ao Judiciário, ainda que este seja o órgão orientado finalisticamente a sua promoção.

Interessante pontuar, que Daniela Olímpio Oliveira não desconsiderou o papel do Poder Judiciário na concretização do princípio de acesso à justiça. Apenas esclareceu que existem conceitos mais amplos ligados à efetivação da justiça e que o Estado tem papel fundamental na concretização dos mesmos. E que acessar a justiça não é apenas acessar a 'porta' do Judiciário.

Noutra senda, Guilherme de Almeida correlaciona o conceito de acesso à justiça como um dos direitos humanos e identifica várias formas contemporâneas de ampliação desse direito. Nas novas esferas de justiça, temos a participação do Estado (Poder Judiciário e outras entidades públicas) e também da sociedade civil, na promoção do bem comum. Essas esferas podem estar relacionadas à educação, à filiação, à inclusão, à mobilidade, e outros. É mais amplo do que exclusivamente acessar o Poder Judiciário.

Como exemplos dessas novas esferas de justiça, Guilherme de Almeida cita:⁷⁸

O que deve orientar a criação de novas esferas da justiça é a busca de uma 'esfera' conveniente para determinado tipo de conflito. Conforme anteriormente afirmado, a criação dessas esferas pode integrar ou não a Reforma do Judiciário. Um exemplo da implementação de novas esferas da justiça - como uma estratégia de Reforma do Poder Judiciário - é a criação dos Juizados Especiais dos Aeroportos em agosto de 2009. De acordo com o jornal Correio Braziliense até aquela data 2.740 atendimentos foram realizados,

⁷⁸ ALMEIDA, Guilherme. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Revista Contemporânea**, Fazenda Rio Grande, v. 2, n. 1 p. 99-100, jan./jun. 2012.

sendo 476 acordos e 1.277 pedidos de informação. Os juizados foram instalados nos aeroportos de Cumbica e Congonhas em São Paulo, Santos Dumont no Rio de Janeiro e JK em Brasília. Em complemento, a agência de notícias do CNJ esclarece que desde sua criação os juizados já receberam aproximadamente 10 mil reclamações, das quais 30% foram resolvidas por meio de acordo amigável entre as partes.

Outro exemplo de novas esferas (com a participação de uma instituição do Estado, mas sem a participação do Poder Judiciário) é o Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM) da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A defensoria realizou seu primeiro concurso para psicólogos e assistentes sociais em fevereiro de 2010 e implementou o CAM em abril de 2011. Os assistentes sociais e psicólogos selecionados no concurso de 2010 estão distribuídos em três diferentes espaços: os CAMs, os Núcleos Especializados e a Assessoria Técnica Psicossocial. De acordo com material de distribuição interna da assessoria técnica psicossocial, 'três direções principais disciplinam e estruturam o funcionamento dos CAMs: 1) mapeamento e articulação da rede de serviços; 2) apoio ao atendimento inicial nas regionais da defensoria e 3) educação em direitos humanos e resolução extrajudicial de conflitos'.

Ficou esclarecido, nas últimas páginas, que o conceito de acesso à justiça é mais amplo do que acesso ao Poder Judiciário. E que a atualização do conceito de acesso à justiça passa pela ideia de acesso à ordem jurídica justa, envolvendo direito à informação, cidadania, igualdade e democracia. Exige atuação estatal e também da sociedade civil. Contudo, não se pode deixar de lado o papel do Poder Judiciário na promoção do acesso à ordem jurídica justa. Nesse ponto, o Judiciário assume também um papel mais ativo na promoção da cidadania (jurídica), através do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). O tema merece uma revisitação própria nas linhas seguintes.

2.3.1 O Centro Judiciário de Cidadania (CEJUSC): atendimento e orientação ao cidadão

Já foram explicitadas algumas características do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), em linhas pretéritas. Contudo, uma característica que ficou relegada a segundo plano no Brasil é o papel de *centro de cidadania* desse importante órgão jurisdicional, representando mais uma face do acesso à ordem jurídica justa no Brasil (terceira onda de acesso à justiça).

O Poder Judiciário assume papel político (de Estado) na formação e orientação das práticas consensuais de solução de conflitos. Não apenas julga

conflitos de interesses em casos concretos. É uma nova face instituída juridicamente, que depende de uma profunda mudança de cultura por membros do próprio Poder Judiciário, para efetivação plena.

Logo após a 'reforma do Poder Judiciário' implementada em 2004 (EC n. 45), foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ – art. 92, I, CF 1988). As suas competências estão definidas no art. 103 B da Carta Magna, sendo subdivida em duas atribuições: a) planejamento estratégico e gestão administrativa dos tribunais e b) controle disciplinar e correccional das atividades dos magistrados, tudo com vistas a aumentar a eficiência na prestação jurisdicional.

O CNJ assumiu várias responsabilidades importantes, como mapear a estrutura administrativa e de gestão dos tribunais brasileiros, quantificar os processos em andamento no Poder Judiciário e, ainda, criar instrumentos de aperfeiçoamento da atividade judicial. Não obstante, o papel do CNJ foi primordial no desenvolvimento da terceira onda de acesso à justiça no contexto judicial. Ao instituir o programa de conciliação, o CNJ alavancou esse importante instrumento de solução de conflitos, que até então era visto com reticências por vários operadores do Direito.

Juízes, advogados, partes e demais participantes do processo judicial viam na conciliação apenas um rito de passagem, para acesso ao processo judicial ritualizado (sustentado no litígio – teses x antíteses). Não havia consciência crítica sobre a importância dos métodos adequados de solução de conflitos na esfera judicial. Muito menos capacitação adequada de servidores e de magistrados⁷⁹. Enfim, a sociedade brasileira não acreditava na eficiência dos meios consensuais de solução de conflitos.⁸⁰

Inicialmente, o CNJ implantou o projeto "Conciliar é Legal", com a organização de multirões de conciliação (Semana Nacional de Conciliação). Nesse período, são selecionados um número determinado de processos por cartório, de

⁷⁹ Conciliadores não recebiam capacitação adequada e muitas das vezes eram estudantes de Direito sem experiência jurídica e de maturidade de vida. Nesse contexto, os advogados já se direcionavam descrentes para as audiências de conciliação, e de imediato resistiam a qualquer tentativa de solução consensual do conflito. A frase mais corriqueira dos conciliadores, tão logo as partes se acomodavam nas cadeiras da mesa de reunião: 'alguém tem proposta de acordo'? Sem *raport* ou estabelecimento de um processo de confiança inicial. Um absurdo que colocou em descrédito a conciliação na esfera judicial.

⁸⁰ WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. *In*: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

todas as comarcas brasileiras (inclusive segundo grau) e as partes são intimadas para comparecer em juízo. A margem de acordos é significativa, alcançando mais de 50% (cinquenta por cento) das audiências de conciliação⁸¹.

Entretanto, foi com a instituição da Resolução n. 125 de 2010, pelo CNJ, que os meios consensuais de solução de conflitos foram pensados e executados estrategicamente no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Estabeleceu-se uma verdadeira política pública nacional no âmbito judicial. O paradigma fundamental da Resolução é o gerenciamento da questão do acesso à justiça e a pacificação social no Brasil. Ou seja, efetivação do acesso à ordem jurídica justa!

Quanto ao CEJUSC, a Resolução n. 125 de 2010, com recente alteração promovida pela Resolução n. 326, de 2020, estabeleceu o seguinte:

Seção II

DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA.

Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, **bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão**. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

§ 1º As sessões de conciliação e mediação **pré-processuais** deverão ser realizadas nos Centros, podendo as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios juízos, juizados ou varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo Tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo juiz coordenador do Centro (art. 9º). (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

§ 2º Nos Tribunais de Justiça, os Centros deverão ser instalados nos locais onde existam dois juízos, juizados ou varas com competência para realizar audiência, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

§ 3º Os Tribunais poderão, enquanto não instalados os Centros nas comarcas, regiões, subseções judiciárias e nos juízos do interior dos estados, implantar o procedimento de conciliação e mediação itinerante, utilizando-se de conciliadores e mediadores cadastrados. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

§ 4º Nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, é facultativa a implantação de Centros onde exista um juízo, juizado,

⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Programa de conciliação e mediação**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

vara ou subseção, desde que atendidos por centro regional ou itinerante, nos termos do § 3º deste artigo. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

§ 5º Nas comarcas das capitais dos estados, bem como nas comarcas do interior, subseções e regiões judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será concomitante à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

§ 6º Os Tribunais poderão, excepcionalmente: (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

[...]

[...]

Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá: (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

I – administrar o Centro; (Incluído pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

II – homologar os acordos entabulados; (Incluído pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

III – supervisionar o serviço de conciliadores e mediadores. (Incluído pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

[...]

Art. 10. Cada unidade dos Centros deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.⁸² (grifos nossos).

Como visto no Art. 10, da referida Resolução, o CEJUSC destacou dois procedimentos de importância ímpar para participação do Poder Judiciário no desenvolvimento de acesso à ordem jurídica justa, além do processo tradicional: 1 – audiência pré-processual e 2 – atendimento e orientação ao cidadão (cidadania). É justamente aqui que o Poder Judiciário inaugura um novo marco em sua história institucional no país; assume um papel ativo na promoção dos direitos fundamentais, ao institucionalizar o atendimento e orientação ao cidadão, na perspectiva de difusão da cidadania e especialmente dos meios consensuais de solução de conflitos.

Entretanto, por razões culturais, a ênfase dada pelos operadores do Direito, inclusive da estrutura jurisdicional, quanto ao CEJUSC, é mais processual do que propriamente voltada para o desenvolvimento da cidadania. Não é demais repetir, num país de cidadania enfraquecida, com parte da população sem acesso aos seus

⁸² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 125, de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 20 out. 2020.

direitos e, inclusive, com estrutura deficitária de defensoria pública estaduais⁸³, a orientação e prestação de informações jurídicas ao cidadão é uma prática significativa de acesso à justiça (ordem jurídica justa).

O cidadão, especialmente o litigante ocasional, diante de uma violação ao seu direito (ou diante de uma dúvida jurídica), costuma procurar inicialmente o Fórum da sua cidade para obter esclarecimentos. Contudo, geralmente ele é orientado a procurar um advogado público ou privado. Mas advogados privados não atendem correntemente pessoas ‘economicamente frágeis’ e advogados públicos (Defensores) existem em número limitado no país. É justamente essa uma das funções do CEJUSC: orientar o cidadão sobre a melhor forma de solucionar seu conflito, especialmente por meio da mediação e da conciliação⁸⁴.

⁸³ O professor Arício Vieira da Silva fez uma excelente análise sobre a ausência de Defensoria Pública no Estado de Goiás (ano de 2010) e os seus (péssimos) reflexos na dignidade da pessoa humana. Atualmente (ano de 2021), a Defensoria Pública está estruturada no Estado, mas com quantitativo de defensores insuficientes e atendimentos centralizados na capital (Goiânia). Na verdade, o Estado prefere investir no pagamento de defensores dativos, do que propriamente ampliar a estrutura da Defensoria. Vejamos: “O Estado de Goiás, com a não implantação da Defensoria Pública, fechou as portas do Poder Judiciário aos pobres, pois contrariou, expressamente, o preceito constitucional, não oferecendo de forma eficaz e plena ‘o acesso à justiça de forma integral e gratuita’, tendo em vista que o modelo de Assistência Judiciária adotado pelo Estado, por meio da Procuradoria Geral do Estado via Procuradoria de Assistência Judiciária, por intermédio de “Defensores Dativos” nomeados pelos juízes e passam por uma verdadeira *via crucis* para recebimento dos honorários, que demora em média 4 (quatro) anos. Assim, as populações mais pobres do Estado de Goiás, aqueles excluídos e privados das mais elementares comodidades da civilização contemporânea, têm no Judiciário, a última esperança de serem atendidas suas expectativas de reconhecimento e efetividade de direitos e exercício da cidadania e, de outro lado, vêm cada vez mais longe a possibilidade de alcançar o pleno exercício de seus direitos sociais e políticos, quando o Estado não oferece um ente estatal (Defensoria Pública) capaz de fazer valer seus direitos. Por fim, ao buscar demonstrar que a não efetivação da Defensoria Pública e o não oferecimento de uma assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, o que ocorre no Estado de Goiás, em ofensa da dignidade da pessoa humana, pode ser demonstrado quando na área penal, o Estado deve ater-se a importantes exigências, quando deve cumprir de forma fiel o respeito a determinadas garantias”. SILVA, Arício Vieira. **A ausência da defensoria pública no Estado de Goiás como ofensa à dignidade da pessoa humana**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2010. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/2625>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁸⁴ “Finalmente, os Cejuscs contarão também com o setor de cidadania, o qual é considerado “o setor onde se realiza o primeiro contato do cidadão com o CEJUSC. Neste espaço, o cidadão pode ter acesso a informações sobre os locais onde poderá resolver seu problema (se não puder resolver ali no CEJUSC) e sobre formas rápidas e satisfatórias de resolvê-lo: conciliação ou mediação”. Nesses termos, o usuário, ao chegar ao centro judiciário, informará qual a sua necessidade/demanda, sendo informado sobre as características, vantagens e desvantagens da conciliação e da mediação, com audiências designadas nos moldes da fase pré-processual se assim desejado for pela parte, ou, caso não seja esta a alternativa, será orientado a procurar outros órgãos competentes para a solução de seu conflito”. LOPES, Allan Duarte Milagres. Centros judiciários de solução de conflito e cidadania: o caviar do Judiciário. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-11/opiniao-centros-solucao-conflito-caviar-judiciario>. Acesso em: 02 out. 2020.

Mais do que isso, o papel de atendimento e orientação do CEJUSC deve ir além da divulgação e conscientização dos meios consensuais de solução de conflitos. Como promotor da cidadania, nessa nova roupagem institucional, o Poder Judiciário, por meio do CEJUSC, pode prestar orientações jurídicas mais amplas ao cidadão, oferecendo, inclusive, mini-cursos ou oficinas especializadas em direitos do consumidor, direitos de trânsito, direitos de família e outros direitos fundamentais. É uma visão heterodoxa, mas que combina perfeitamente com o papel de efetivação do acesso à ordem jurídica justa no Brasil.

O Poder Judiciário brasileiro precisa ser libertar do ‘vício’ processual e oferecer ao jurisdicionado mais formas de solução de conflitos, de preferência consensuais, e também orientação geral quanto aos direitos básicos do cidadão. Quanto mais informado e orientado um cidadão, mais autonomia ele possui numa sociedade desigual e contraditória. O objetivo não é aumentar propriamente os litígios, mas oferecer empoderamento ao cidadão. É despertar a consciência crítica e reflexiva, é torná-lo um membro ativo e independente na convivência social. Na verdade, esse processo pode até mesmo reduzir a litigiosidade no país, no longo prazo, na medida em que as pessoas conhecem seus direitos e possuem informações adequadas, as relações sociais, familiares e negociais poderão se tornar mais transparentes, equilibradas e respeitadas⁸⁵.

Na sempre salutar visão do professor Kazuo Watanabe, o juiz da família jurídica romano-germânica (“*Civil Law System*”), deve assumir uma postura mais ativa no tocante à efetivação dos direitos fundamentais e na promoção ao acesso à ordem jurídica justa no Brasil. Caso não haja mudança na atual mentalidade, o espaço institucional do Poder Judiciário poderá ser substituído por outros órgãos públicos ou privados.⁸⁶

⁸⁵ O CEJUSC, por exemplo, poderia prestar atendimentos e orientações no campo da cidadania fiscal. Atendimentos on-line, cartilhas explicativas, mini-cursos, tudo mediante convênios com Universidade públicas e privadas. Um novo Poder Judiciário, mais próximo da sociedade e mais democrático.

⁸⁶ “Mudança de mentalidade por parte de todos os atores do mundo jurídico, que possibilite a perfeita percepção dessa nova realidade, é a exigência mais premente da atualidade. **E é particularmente imperioso que o Judiciário se aperceba das novas e importantes funções que lhe tocam e atualize-se e aparelhe-se corretamente para o seu adequado desempenho, evitando-se assim que o espaço institucional que lhe cabe seja ocupado por outros órgãos públicos e privados**”. (grifo nosso). WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. In: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 49.

De mais a mais, existe uma dimensão social do acesso à justiça, e o Poder Judiciário pode assumir um papel ativo na promoção da cidadania e da democracia no Brasil. Tudo pode ser feito com retidão e equilíbrio, para que esse papel ativo não transmute para um papel político ideológico. É um papel de Estado, na implementação (direta ou indireta) dos direitos fundamentais na realidade nacional. As promessas da modernidade no Brasil, previstas no texto constitucional em 1.988, devem ser efetivadas com estratégias e dinâmicas institucionais.

Mauro Cappelletti orienta sobre esse assunto em excelente monólogo sobre a *dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, oportunidade em que demonstra que o movimento pelo acesso à justiça é uma ruptura com a visão dogmática tradicional e com o racionalismo jurídico, pautados no cientificismo formalista aplicado no ambiente jurisdicional de praticamente todos os países ocidentais. É uma tentativa de democratizar o acesso à justiça, racionalizando o processo judicial e oferecendo subsídios para o equilíbrio de partes mais fracas processualmente (litigantes não organizacionais). Além disso, é uma procura pela justiça coexistencial, pautada na alteridade e não propriamente no litígio. É, realmente, um movimento socialmente revolucionário, com impactos políticos e econômicos consideráveis:⁸⁷

Como movimento de pensamento, o acesso à justiça visa, portanto, provocar uma revolução semelhante à que ocorreu na análise econômica moderna, da qual se disse que 'derrubou os antigos sistemas, baseando-se essencialmente na demanda e não na fornecem'. O objetivo último - e, portanto, a grande responsabilidade do jurista em nosso tempo - é conciliar o direito à sociedade civil, que é um critério fundamental de qualquer democracia real. (tradução nosso).⁸⁸

O objetivo do presente capítulo foi enaltecer a importância dos movimentos de acesso à justiça apresentados no Projeto Florença, especialmente a terceira onda de renovação e visualizar seus principais impactos no âmbito brasileiro. Verificado que o conceito de acesso à justiça é amplo e vai além do acesso ao Poder

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee**. Studi di diritto giudiziario comparato. Bologna: Il Mulino, 1994. p. 102.

⁸⁸ "Come movimento di pensiero, l'accesso alla giustizia è inteso pertanto ad operare una rivoluzione simile a quella che si è avuta nella moderna analisi economica, della quale che si è avuta nella moderna análise economica, della quale è stato detto che 'há capovolto i vecchi sistemi, essendo basata essenzialmente sulla domanda, anziché sull'offerta'. Lo scopo ultimo - e quindi la grand responsabilità del giurista nella nostra epoca - è quello di riavvicinare il diritto alla società civile, che è fondamentale criterio di ogni reale democrazia".

Judiciário, pode-se sintetizar os principais métodos adequados de solução de conflitos. Também foi possível perceber que os litigantes organizacionais (como o Estado), são os principais responsáveis pelo congestionamento processual na seara judicial e por isso, a redução da presença do Estado nos litígios manuseados no Poder Judiciário é uma medida adequada para a racionalização do sistema.⁸⁹

Em contrapartida, verificar-se-á no próximo capítulo a relação direta da redução (não ausência) da participação do Estado no cenário judicial (desjudicialização), como medida de boa Administração Pública e a promoção efetiva de acesso à ordem jurídica justa no Brasil por meio da arbitragem.

⁸⁹ GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review, Law and Society Association**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

3 A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS E ARBITRAGEM

Analisar-se-á nesse capítulo, a correlação entre a boa administração pública, o movimento pela desjudicialização dos conflitos e a adoção da arbitragem como mecanismo eficiente de solução de disputas no âmbito administrativo. Referida análise é fundamental para compreender a possibilidade de aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil, instituto esse que não é apenas uma tecnologia de solução de conflitos tributários, mas também uma forma de reorganização do Estado brasileiro para implementação efetiva dos direitos fundamentais do contribuinte.

3.1 Prolegômenos

O movimento pela terceira onda de renovação do acesso à justiça, especialmente no tocante ao desenvolvimento dos métodos adequados de solução de conflitos, ganhou força no Brasil e alcançou até mesmo o próprio Poder Público. Nos últimos anos, diversas disposições legislativas reforçaram a possibilidade de participação da Administração Pública brasileira na solução consensual de conflitos e também na arbitragem.

Mas a cultura jurídica ainda predominante é de excessiva judicialização de conflitos e isso contribui para a manutenção e o agravamento da crise de justiça vivenciada atualmente no Brasil. O Poder Judiciário brasileiro está próximo do colapso e um dos principais responsáveis por essa realidade é o próprio Estado. Parece contraditório, mas é uma realidade: o Estado (Administração Pública) colapsa o próprio Estado (Judiciário), especialmente em matérias civis e tributárias.

Alguns fatores serão elencados neste capítulo como determinantes para esse precário cenário jurídico, tais como a cultura jurídica focada única e exclusivamente no modelo judicial de solução de controvérsias, falta de boa Administração da coisa pública, leitura equivocada do regime jurídico administrativista no Brasil e precária capacitação voltada para os métodos adequados de solução de conflitos, pautados na gestão e prevenção de controvérsias por meio de técnicas complementares ao processo judicial tradicional. Exige-se, assim, um constante movimento político e jurídico pela desjudicialização de conflitos por parte da Administração Pública.

Contudo, esse movimento pela desjudicialização deve ser promovido com cautela e equilíbrio, para que o Estado não fragilize a efetivação dos interesses públicos, especialmente na concretização dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional de 1.988. Repise-se quantas vezes for preciso: num país de cidadania enfraquecida, o Poder Judiciário tem um papel fundamental; mas é possível realizar justiça também fora do âmbito judicial (notadamente no campo dos direitos disponíveis).

De outro lado, não se ignora os avanços promovidos pelo atual Código de Processo Civil na efetivação da justiça no âmbito judicial, uma vez que as regras processuais estão direcionadas mais para a efetiva e adequada solução de conflitos (direito material) e menos para a mera autonomia das normas instrumentais. Os jurisdicionados não buscam propriamente a prolação de uma decisão heterônoma que imponha a resolução da disputa, mas sim uma tutela jurídica efetiva ao direito material, tutela aos bens da vida (propriedade, liberdade, igualdade, dignidade). Aliás, o CPC de 2015 se aproximou do perfil epistemológico do processo arbitral, de base consensual e voltado para solução cooperativa das controvérsias⁹⁰. Contudo, a intenção do presente trabalho de pesquisa não é analisar os avanços legislativos na norma instrumental civil, que podem gerar bons frutos nos próximos decênios.

Nesse sentido, verifica-se, no primeiro momento, como se deu a (ainda lenta e gradual) mudança de paradigmas na solução de conflitos por parte da Administração Pública no Brasil.

3.2 Novos paradigmas de solução de conflitos pela Administração Pública

Quando se fala em novos paradigmas de solução de conflitos pela Administração Pública, na verdade, queremos ressaltar que alguns institutos jurídicos estão positivados em lei, mas nem sempre são aplicados pelos operadores do Direito. E, em razão disso, é importante entender o processo de transição entre

⁹⁰ O avanço legislativo implementado com o Código de Processo Civil de 2015 gerará resultados positivos na tutela jurídica de direitos materiais no Brasil. A mudança foi profunda e impactante, aproximando o direito processual civil do direito arbitral. O processo judicial agora, também está pautado em bases cooperativas. O juiz deixa, aos poucos, de ser o principal protagonista no processo. Ele assume também novas funções, de coordenação e orientação. Contudo, a mudança de cultura por parte dos operadores do direito é lenta e gradual. Ainda existem dúvidas práticas, por exemplo, em relação à extensão dos negócios jurídicos processuais no CPC de 2015. É uma questão de tempo, assim, a implementação efetiva da nova orientação hermenêutica do atual Código de Processo Civil brasileiro.

os atuais modelos de solução de disputas administrativas para “novas” tecnologias de pacificação social que podem ser adotadas pelo Poder Público.

3.2.1 Consensualismo e proto-heterocomposição

A estrutura burocrática da Administração Pública no Brasil é difusa, complexa e multifacetada. A organização administrativa é distribuída numa estrutura federativa composta pela União, pelos Estados e respectivos Municípios. São 26 (vinte e seis) Estados e 5.568 (cinco mil, quinhentos e sessenta e oito) Municípios. O modelo de gestão prevalecente (na prática) é verticalizado e pouco flexível. Não há predileção pelo modelo dialógico entre Administração e administrado. Esse cenário ainda é prevalecente, mesmo após a Constituição de 1988, que estruturou uma roupagem jurídica mais democrática para o modelo de Estado no país.

Esse cenário tem raízes antigas. O pensamento do nobre gaúcho Raymundo Faoro⁹¹ detectou que heranças ibéricas de autoritarismo e patrimonialismo prevaleceram no setor estatal brasileiro, formado por uma burocracia administrativa ou uma dominação política em que o exercício do poder não é uma função pública baseada na meritocracia, na eficiência administrativa pautada em regras, e sim na apropriação privada da coisa pública (a fidelidade vale mais do que o mérito). Por mais pessimista e reducionista que seja essa visão, criticada por diversos autores, fato é que ela é justificada uma vez ou outra na história brasileira.⁹²

⁹¹ FAORO, RAYMUNDO. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. [S. l.]: Biblioteca Azul: 2012.

⁹² “Se não há muita dúvida quanto ao retrato fortemente negativo que Os donos do poder (FAORO, 1958) fornece do estamento burocrático, sua caracterização dos grupos identificados com a nação também está longe de ser positiva. Do fazendeiro ao bandido, passando pelo caudilho, avançasse num grau de crescente desagregação. No entanto, esta tendência à desagregação presente na história brasileira teria, desde a colônia, se subordinado ao estamento burocrático. Os donatários das capitanias e os bandeirantes, por exemplo, sem serem propriamente funcionários do rei, comportaram-se como agentes da Coroa. O Segundo Reinado levou ainda mais longe a tutela do Estado sobre a nação, chegando ao ponto de moldá-la. Quando finalmente a nação teve a oportunidade de se manifestar através do voto direto, o país real que emergiu já “[...] não era o dos independentes e arrogantes senhores territoriais, mas o dos pedidos de emprego. [Em poucas palavras] o país real fora conquistado pelo oficial.” (FAORO, 1958, p. 192). Na verdade, ao chamar a atenção principalmente para o papel do Estado e do estamento burocrático na história brasileira, Os donos do poder acaba por sofrer de uma certa miopia em relação ao que ocorre no âmbito da nação. A escravidão, por exemplo, não recebe muito espaço no livro, a abolição sendo retratada como um quase capricho do estamento burocrático: “[...] graças à decisão do estamento burocrático, ciente de que sua vontade daria orientação à própria economia da nação, no orgulhoso patrimonialismo que o fundamentava, o próprio regime de trabalho escravo ruiu a um sopro seu.” (FAORO, 1958, p. 199). Curiosamente, nessa postura, Faoro se aproxima de um feroz anti-abolicionista como José de Alencar, que considerava o abolicionismo como uma maquinação do poder pessoal do Imperador (RICUPERO, 2002). Sem vislumbrar grandes possibilidades de

Naturalmente, esse poder estatal inspirado numa base autoritária, patrimonialista, verticalizada e concentradora, não admitiria que os seus próprios conflitos de interesses fossem resolvidos fora da estrutura estatal (Poder Judiciário). Ou de forma consensual, mesmo dentro do aparelho público. Na verdade, esse modelo de Estado não integra, apenas governa; ele existe em função de si mesmo e se reconhece como único provedor.

Contudo, diversas transformações econômicas e tecnológicas implementadas no mundo nas últimas décadas, reduziram a autonomia política do Estado, inclusive brasileiro⁹³. Além disso, o avanço do Estado de Direito no Brasil após a Constituição Federal de 1.988 foi significativo; amplas garantias de direitos individuais e coletivos e limitações claras ao Poder estatal mudaram a estrutura de nossa burocracia administrativa (pelo menos na teoria). A própria sociedade brasileira passou a ser mais democrática e o Estado menos concentrador; a Constituição Federal de 1.988 foi um divisor de águas na história do Brasil, trazendo mais pacificação e estabilidade institucional⁹⁴.

solução política e social para os problemas do Brasil, a única esperança que Faoro se permite alimentar é a de que, para além da classe proprietária e lucrativa, surja, finalmente, a classe social, composta pelo “[...] proletariado urbano, a pequena burguesia, os proprietários e privilegiados por educação e os intelectuais sem propriedade e os técnicos assalariados.” Mesmo assim, não deixa de se perguntar: “[...] mas, vencedora na sociedade, destruirá o estamento burocrático ou ainda mais o reforçará? Eis a questão [...]” (FAORO, 1958, p. 257). Talvez em razão dessa maneira de entender o Estado e a nação, Os donos do poder não oferece propriamente um programa político para o Brasil. O livro, diferentemente de tantos outros, não chega a defender a organização da nação pelo Estado, ou, ao contrário, a libertação da sociedade da opressão estatal. Mais do que um programa positivo, Faoro (1958) fornece uma visão desesperançada da política e da sociedade brasileiras que, infelizmente, encontra motivos de justificação em boa parte da história do país”. RICUPERO, Bernardo. Raymundo Faro e as interpretações do Brasil. **Perspectivas**, São Paulo, n. 28, p. 37-55. 2005. Disponível em:

<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/108163/ISSN1984-0241-2005-28-37-55.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁹³ Na peculiar análise de Luiz Carlos Bresser Pereira: “Com a aceleração do desenvolvimento tecnológico ocorrida na segunda metade deste século, o sistema econômico mundial passou por uma profunda transformação. Com a redução brutal dos custos de transporte e de comunicação, a economia mundial globalizou-se, ou seja, tornou-se muito mais integrada e competitiva. Em consequência, os estados nacionais perderam autonomia, e as políticas econômicas desenvolvimentistas, que pressupunham países relativamente fechados e autárquicos, não mais se revelaram efetivas. Aos poucos foi se tornando claro que o objetivo da intervenção deixara de ser a proteção contra a concorrência, para se transformar na política deliberada de estimular e preparar as empresas e o país para a competição generalizada. Estado e mercado não mais podiam ser vistos como alternativas polares para se transformarem em fatores complementares de coordenação econômica”. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da Reforma do Estado**, [S. l.], n. 1, 1997. Disponível em: www.bresserpereira.org.br/ver_file_3.asp?id=2789. Acesso em: 13 ago. 2018.

⁹⁴ “O sucesso institucional da Constituição de 1.988. A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para Estado Democrático de Direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância

É justamente sob essa influência constitucional e já no século XXI, que o regime jurídico administrativo brasileiro evoluiu de fato. De uma estrutura administrativa burocrática e de verticalização na relação com o administrado, para uma gradual e lenta estrutura administrativa plural, horizontalizada e consensual⁹⁵. E o campo da consensualidade e humanização de relacionamentos de caráter público passa pela resolução pacífica de conflitos. O Estado restabelece sua relação com o cidadão, absorvendo a orientação constitucional de que o poder é do povo, e para o povo. As novas orientações constitucionais querem dar mais autonomia para o indivíduo, no mundo todo.⁹⁶

Por outro norte, a racionalização no tratamento de conflitos pelo Estado vai além do caráter humanista. É uma questão de custo – econômico e social – menor, pois o atual método contencioso-dialético é caro e contraprodutivo. Ele promove a judicialização excessiva de conflitos e sobrecarrega o Poder Judiciário (o Estado

de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment* do presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como "mensalão". Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro. Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contragolpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira Constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, Vice-Presidente da República, deixou de convocar eleições - como exigia a Constituição- após a renúncia de Deodoro da Fonseca, permanecendo indevidamente na Presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935, bem como o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contragolpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os ministros militares vetaram a posse do Vice-Presidente João Goulart, levando á ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul. Em 1964, veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional n. 5. Em 1969, o impedimento à posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e a outorga de uma nova Constituição pelos ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas esclarecedora. A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nos últimos 20 anos, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra, não reconhece a luz". BARROSO, Luis Roberto. 20 anos da Constituição Federal do Brasil: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista Justitia**, São Paulo, v, 198, p. 2SS-267, jan./jun. 2008.

⁹⁵ Num primeiro momento, essa evolução foi mais legislativa do que cultural, de mudança efetiva de comportamentos.

⁹⁶ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. **Mediação na administração pública brasileira**: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018. p. 38.

sobrecarrega o Estado). Também é uma questão de restabelecimento de relação de confiança entre a Administração Pública e o administrado. Juntos, são elementos que representam eficiência, qualidade e boa-administração.

A discussão contemporânea sobre o papel do Estado está caminhando, assim, mais para a ótica do *melhoramento* da atuação do Estado; não propriamente se ele deve ser maior ou menor. Na verdade, ele precisa funcionar, ser eficiente e efetivar os direitos consagrados no pacto constitucional. “O Estado somos nós”. Tudo isso representa uma faceta importante de um direito administrativo pós-moderno, que não se coaduna mais com o regime jurídico administrativista dos séculos passados. Para Marçal Justen Filho:⁹⁷

A expressão direito administrativo pós-moderno indica a necessidade de tomar em vista as alterações sociais, econômicas e políticas contemporâneas. Mais precisamente, trata-se de admitir a impossibilidade de compreender a realidade contemporânea (denominada ou não pós-moderna) a partir de conceitos e fórmulas elaboradas para explicar e compreender o Estado e o Direito de cem anos atrás. Ou seja, o direito reflete as vicissitudes e características do universo político, social, econômico e cultural em que se insere. A evolução civilizatória exige do doutrinador a atualização de suas propostas, sob pena de revoltar-se contra dos fatos e expor ao leitor um direito que já deixou de existir. Mas também impõe que as novas necessidades sejam identificadas e expostas, especialmente para que o Estado neutralize os excessos e se valha de seu poder como instrumento de controle da atuação privada. O direito administrativo pós-moderno envolve a convocação do Estado para a defesa de valores essenciais e para o controle e repressão dos abusos propiciados pela concentração do poder econômico e pela afirmação de uma sociedade de consumo.

A cultura do diálogo é outra faceta importante dessa moderna democracia administrativa participativa, pautada juridicamente em relações horizontalizadas entre Administração e administrado⁹⁸. Contudo, para a burocracia estatal tradicional, do dia a dia, é difícil mensurar a importância do diálogo com o cidadão para promoção dos direitos fundamentais, especialmente dignidade e pertencimento. Há um certo consenso na máquina pública de que o cidadão que descumpriu alguma

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 88.

⁹⁸ A efetiva participação do administrado na vida política (administrativa), é representação dessa democracia administrativa, na visão de Fábio Peixinho: “Na verdade, a reforma das instituições democráticas, com vistas a contribuir para o estabelecimento de uma Democracia Participativa, deve ser norteada pela busca de participação política, cada vez mais efetiva e abrangente. Não se trata, portanto, de inventar fórmulas dogmáticas mirabolantes, mas de provocar a transformação dos cidadãos para que exerçam seu poder de controle por meio das instituições jurídicas”. PEIXINHO, Fábio G.C. **Governança judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 27.

norma (não pagou o tributo devido, por exemplo), agiu de má-fé e merece uma reprimenda legal, geralmente instrumentalizada por meio de ações judiciais. Ledo engano. Numa sociedade onde predomina uma inflação normativa, o cidadão pode descumprir a norma de variadas formas, inclusive por ignorância ou erro.⁹⁹

Nesse panorama, alguns autores, como Moreira Neto, discorrem sobre a complexidade da vida contemporânea, seus reflexos sobre a atuação do Estado e a importância do comportamento consensual entre a Administração Pública e a sociedade civil. Além dos interesses públicos primários (referidos aos da sociedade) e interesses públicos secundários (em relação ao Estado), pode-se visualizar os interesses públicos terciários (referidos ao objeto do jogo de poder político, em que os meios tradicionais de diálogo democrático e jurídico não são mais suficientes)¹⁰⁰.

Reconheça-se, é claro, que muitas das vezes, a complexidade é também do próprio sistema jurídico (especialmente tributário),¹⁰¹ que encontra sérias dificuldades

⁹⁹ Cite-se o problema relacionado ao complexo regime tributário brasileiro, que pode gerar confusão e levar o contribuinte ao inadimplemento por erro ou ignorância.

¹⁰⁰ “Assim, a partir da feliz distinção de Renato Alessi, entre interesses públicos primários, referidos aos da sociedade, e interesses públicos secundários, estes conotados aos do Estado, enquanto instituição multipersonalizada, esse quadro ainda se ampliaria para comportar uma nova categoria, de interesses públicos terciários, como aqueles referidos ao objeto do jogo de poder político cada vez mais praticado entre os partidos. À falta da autêntica legitimidade, que resulta da consonância com um projeto de poder dimanado da sociedade, os interesses públicos terciários se voltam prioritariamente à disputa do poder, que nem sempre é respeitosa das regras do jogo democrático e, até mesmo, com indevido sacrifício de interesses públicos secundários, quando não, e de modo ainda mais aberrante, dos próprios interesses públicos primários. É, pois, esta renovação trazida pela juridicidade que progressivamente se vem impondo, tangida pelos novos sopros da consensualidade e da flexibilidade, para atender às crescentes demandas sociais próprias da complexidade e do pluralismo desta vida contemporânea, densamente organizada em sociedades cada vez mais conscientes e atuantes, e às suas céleres e profundas mutações em todos os setores da interação humana”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Para a compreensão do direito pós-moderno. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 67-86, out./dez. 2013.

¹⁰¹ Por exemplo, para o pesquisador português Francisco Nicolau Domingos, a litigiosidade fiscal é fruto da complexidade do sistema jurídico tributário em Portugal (poderíamos importar esse raciocínio também para a realidade brasileira). Veja-se excerto: “[...] É inquestionável concluir que hoje não só as nossas leis, mas também o próprio sistema tributário são complexos, dessa forma o contribuinte médio tem dificuldades em acessar o conteúdo da regulamentação tributária e entender o *modus operandi* do sistema. Neste estado de coisas, as mudanças nas quais a nossa sociedade está imersa contribuem de forma decisiva. Estes incluem, nomeadamente: a integração em organismos internacionais com poder normativo, a globalização económica e os avanços tecnológicos, os avanços que colocam em crise estes três fatores históricos da tributação, o território, a materialidade dos fatos e o controle dos fatos inaplicáveis. Consequentemente, se a realidade regulada pelo direito tributário é por si só complexa, é natural que as regras fiscais que tentam regulá-la tenham a mesma característica da realidade que regulam, aqui é fonte de contencioso tributário”. (tradução nossa). No texto original: “[...] Es incuestionable que se concluya que hoy en día no solo nuestras leyes sino tambien e próprio sistema fiscal son complejos, de esta manera el contribuyente médio tiene dificultades en acceder ao contenido de la norma tributaria e entender el modus operandi del sistema. En este estado de cosas contribuyen decisivamente los câmbios en los que nuestro sociedad esta inmersa. Estos incluyen, en particular: la integracion en organizaciones internacionales con poder normativo, la globalizacion

ao relacionar direito e fato. Não é culpa exclusiva das relações sociais ou da inflação legislativa. Indo além dessa perspectiva e com certas ressalvas de nossa parte, para Leonardo Oliveira o problema não é exclusivamente de excesso de normas e sim de excesso hermenêutico:¹⁰²

A quantidade de normas não é tão danosa quanto a crescente abertura de critérios e adoção de métodos completamente alheios a uma lógica jurídica, que certamente são muito benéficos para o mercado, que exige um alto grau de exatidão, eficácia e pragmatismo, sendo conveniente um direito essencialmente decisório. No mais, a delegação das decisões a esferas não-estatais, como nas normas emitidas por agências reguladoras, por processos deliberativos, autarquias, etc, não dispensa a potência decisória e, ainda que talvez haja uma menor edição de normas, não se pode dizer com certeza que haja mais normatividade ou que há uma recuperação da legalidade. Portanto, o principal problema da inflação normativa não está na quantidade de normas, em sua clareza ou na possibilidade de assimilação, mas em um excesso hermenêutico que abre, sob a falsa pretensão de regular menos ou regular melhor, mesmo que por delegação (Habermas e em menor grau Luhmann), já não emite mais regra alguma. Possibilitado pelo frenesi da tentativa de união entre teoria e aplicação do direito e, em última instância ser e dever-ser, as teorias interpretativo-argumentativas de Dworkin ou principalmente Alexy propõem de forma perversa uma busca por completa efetividade e sutura à falha da representação (a inexatidão da linguagem). Este novo fazer teórico-prático abandona dicotomias essenciais ao direito e já não demonstra propor meios sinceros para frear a força institucional ausente de legalidade. Isto demonstra que o excesso de leis ou de normas não é apenas um problema numérico, mas diz respeito a uma prescrição de êxtase quando pretende uma simbiose entre aplicação e teoria do direito que fundamenta uma institucionalização da exceção, sendo, pois, o que ainda resta para se falar sobre inflação normativa.

Essa explanação é importante para reforçar a importância da cultura do diálogo nos atos administrativos em geral, nesse cenário complexo e multifacetado.

econômica e los avances tecnológicos, los avances que ponen a estos tres factores históricos de la fiscalidad em crisis, el territorio, la materialidad de los hechos e en control de los hechos inponibles. Por conseguinte, se la realidad regulada a traves de la ley tributaria es compleja por is misma, es natural que las normas fiscales que la intentan regular tengan la misma característica de la realidade que regulan normativamente, aqui se encuentra una fuente de litigiosidade tributaria”. DOMINGOS, Francisco J. Nicolau. **Los métodos resolución alternativa de conflictos tributários**: nuevas tendências dogmáticas. 2012. f. 22. Tesis Doctoral. Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, Cáceres, Portugal, 2013. Disponível em: https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/831/1/TDUJEX_2013_Domingos_FJ.pdf. Acesso em: 28 jan. 2020.

¹⁰² OLIVEIRA, Leonardo D'Avila de. **Inflação normativa**: excesso e exceção. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito) -- Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/92634/276582.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 fev. 2020.

O Estado contemporâneo (pós-moderno) tem que lidar com as promessas da modernidade que não foram cumpridas e, ainda, com as vicissitudes, riscos e inseguranças causadas pela atual vida em sociedade. Não é mais possível o ente público (Administração Pública) agir da mesma forma que antes, de forma autoritária e repressiva¹⁰³; é preciso se adaptar a essa nova realidade, em que as pessoas estão mais informadas, empoderadas e exigentes de uma relação dialógica, transparente e democrática¹⁰⁴.

Mas como implementar o diálogo na Administração Pública? Atender individualmente todos os cidadãos que estejam em situação de conflito com a Administração? Isso é possível? Sim. Com o avanço da tecnologia é possível atender individualmente e virtualmente a maioria dos cidadãos. Basta adotar critérios técnicos e econômicos para esse atendimento, como contumácia no descumprimento de normas públicas e outros. Esse diálogo inicial precisa ser institucionalizado e coordenado por pessoas capacitadas, que não violem o direito de livre escolha e livre convencimento do cidadão e não atuem

¹⁰³ Marina Esteves Nonino e Daniel Ferreira esclarecem, contudo, que na Sociedade de Riscos existe uma tendência para o recrudescimento da atuação administrativa punitiva e sancionadora. Ou seja, menos dialógica e democrática. Por isso todos precisamos ficar vigilantes para que a postura autoritária e punitiva do Estado não prevaleça. Vejamos excerto: “Não se olvida que a Sociedade de Riscos impactou e continua a impactar a produção legislativa brasileira, criando novos espaços para atuação da Administração Pública. Dentre eles, merece destaque o dever de evitar a criação de riscos proibidos, a despeito de seu aparecimento ser fruto da própria sociedade global e tecnológica. Isso se revela como o recrudescimento do Direito Administrativo Sancionador, que vê a capitulação de ilícitos se multiplicar de forma exponencial e injustificada, praticamente impedindo qualquer cidadão de continuar ostentando a condição de não acusado ou mesmo de não-infrator perante a Administração Pública. E a razão é simples, quase tudo passa a ser proibido (ou obrigatório) independentemente de qualquer resultado (e significativo) no mundo do ser. Nesse sentido, é preciso refletir criticamente sobre as inovações legislativas, de modo a buscar compreendê-las como necessárias, ou não; como razoáveis, ou não; como proporcionais, ou não. Isto é, mesmo a Sociedade de Riscos, e ainda quando combinada com um Direito Penal de *ultima ratio*, não pode servir de mote para o arbítrio. Ou seja, os riscos relevantes devem ser controlados pela Administração Pública, mas não a qualquer pretexto e a qualquer custo”. NONINO, Marina Esteves; FERREIRA, Daniel. O recrudescimento do direito administrativo sancionador na sociedade de riscos. **Revista Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 19, p. 256, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/238/1334>. Acesso em: 04 maio 2021.

¹⁰⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto sintetiza: “A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex: o poder de polícia)”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41.

desproporcionalmente em prol do Poder Público (ao invés do interesse público). O Estado precisa ser leal e transparente para com o cidadão e abandonar qualquer postura autoritária e antidemocrática, corriqueira em alguns locais pelo Brasil.

Essa questão da falta de aproximação entre o cidadão e Administração Pública é tão clarividente, que diversos advogados reclamam da impossibilidade ou dificuldade de marcar uma reunião com procuradores públicos ou auditores fiscais, por exemplo. Há uma falsa impressão por parte de representantes da Administração (procuradores, auditores, etc) de que não podem negociar ou sequer ouvir o cidadão, pois isso poderia ferir o interesse público¹⁰⁵. Contudo, o que fere o interesse público fundamental (primário) é justamente a distância mantida entre o Estado e o cidadão. Esse comportamento tradicionalmente verticalizado e hierárquico não se coaduna com o atual Estado Democrático de Direito implementado pela Constituição Federal de 1.988, onde o indivíduo é figura central e receptor dos direitos fundamentais.

Como visto, o Direito Administrativo teve que se adaptar às novas realidades sociais, econômicas e políticas no Brasil. O Estado teve que passar por uma grande reforma. Incorporou-se a um modelo jurídico em que o cidadão é mais empoderado, informado e participa ativamente da vida social (mesmo que de forma remota). Maria Sylvia Zanella di Pietro esclarece com precisão essa relação entre o novo modelo de Estado e a constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil:¹⁰⁶

A outra ideia que decorre da adoção do Estado Democrático de Direito é a de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural. Também essa ideia foi incorporada pela Constituição de 1.988, com a previsão de vários instrumentos de participação, dos quais podem ser citados o direito à informação (art. 5^a, XXXIII), participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74 §2^a); participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art. 187); participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art. 194); caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade (art. 194,

¹⁰⁵ É uma visão autoritária do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, [S. l.], n. 5, jan./mar. 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf. Acesso em: 10 jul. 2018.

VII), na saúde (art. 198, III) e na assistência social (art. 204, II); gestão democrática do ensino público (art. 206, VI); colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, §1^a). Essa ideia de participação se reforça agora com a Emenda Constitucional n. 19, de 1.998, com a inclusão do §3^a ao art. 37, prevendo lei que discipline as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, de modo a facilitar as reclamações contra os serviços ineficientes e o acesso do usuário a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.

Por conseguinte, o caminho para se alcançar a consensualidade na relação entre Administração Pública e cidadão, é fruto dessa Reforma do Estado brasileiro. A Constituição Federal de 1.988 deu um passo importante e posteriores mudanças legislativas aprimoraram o projeto constitucional. Claro que o modelo preponderante, em termos culturais, ainda é de uma administração pública verticalizada, burocratizada e autoritária. Mas existe uma mudança em curso, implementada por uma nova geração de servidores públicos e profissionais, que estão dispostos a construir um Estado flexível, eficiente e democrático. Um Estado verdadeiramente Democrático de Direito e uma concepção de Administração Pública “paritária”.

A professora Odete Medauar aponta que existe uma interdependência entre o papel negocial do Poder Público e o consensualismo, em que o interesse público é construído e formatado por uma via de mão-dupla (Estado e cidadão) e na redução da própria discricionariedade do ato administrativo:¹⁰⁷

A atividade de consenso-negociação entre o Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Assim, a Administração passa a ter também atividade de ‘mediação’ para dirimir e compor conflitos, numa prática aberta, reflexiva e colaborativa. Esse é

¹⁰⁷ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 250.

justamente o caminho necessário para implementação efetiva do perfil conciliatório pelo Estado brasileiro, para equilíbrio de interesses privados e públicos. O Estado não vai anular o modelo imperativo de gestão administrativa, mas oferecer instrumentos hábeis e dinâmicos para a gestão mais adequada da coisa pública, procurando preferencialmente estratégias negociadoras e de pacificação.¹⁰⁸

Nesse contexto, o modelo tradicional de solução de controvérsias por meio do acesso ao Poder Judiciário passa a ser revisto, pois atualmente é pautado no processo do ganha – perde. É possível também adotar o modelo do ganha – ganha na relação entre Administração Pública e administrado (sistema multiportas na solução de conflitos pela Administração Pública)¹⁰⁹. Atenção: quando anotamos *pela* Administração Pública, entendemos que deve partir preferencialmente dela o interesse pela solução consensual do conflito. O particular pode procurar a solução consensual, mas é dever democrático da Administração fazê-lo, quando for possível.

Para Sílvia Helena Picarelli, o modo de resolução de controvérsias pela Administração Pública também merece ser revisitado, fruto da Reforma do Estado brasileiro implementada pela constitucionalização do direito administrativo (direito administrativo consensual):¹¹⁰

¹⁰⁸ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansom di. **Mediação na administração pública brasileira**: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018.

¹⁰⁹ Esse movimento pela solução vantajosa de conflitos para ambas as partes extrapola o próprio contexto judicial. Na administração pública em geral, não pode mais prevalecer, apenas, o Poder de Império da administração sobre o administrado. A burocracia pública democrática vai além disso, e pode perseguir preferencialmente a solução consensual de conflitos ou o estabelecimento de políticas públicas consensuais, com a participação direta da sociedade civil. *Concertação* é a denominação da doutrina portuguesa para esse novo cenário, que nos dizeres de João Baptista Machado: “Nesta forma de participação trata-se de conciliar o princípio da liberdade das partes interessadas, isto é, dos parceiros sociais do Governo ou da Administração, com determinadas directivas de política económica global. Verifica-se uma troca de informações, de opiniões e de previsões entre as entidades administrativas e os referidos parceiros sociais (associações de interesses, como sindicatos, organizações de empresários, câmaras do comércio e da indústria, etc.). Espera-se que, através desta troca de opiniões e em face dos dados orientadores fornecidos pela Administração, seja possível chegar a um consenso, p. ex., quanto às medidas anticíclicas e de correcção da conjuntura a adoptar, de modo a conseguir-se a estabilidade dos preços, um elevado a concertação Para João Baptista Machado, ação concertada ou concertação é ‘um método flexível de governar ou de administrar em que os representantes do Governo ou da Administração participam em debates conjuntos com representantes doutros corpos sociais autónomos [...] com vista à formação de um consenso sobre medidas de política económica e social a adotar’ grau de emprego, o equilíbrio da balança de pagamentos e um desenvolvimento económico equilibrado. Uma vez alcançado o consenso, espera-se lealdade dos parceiros que as medidas acordadas com vista a uma “actuação concertada” nos vários sectores económicos e sociais sejam efectivamente adoptadas por eles - e que designadamente os parceiros sociais da Administração pública actuem junto dos respectivos associados em defesa de tais medidas”. MACHADO, João Baptista. **Participação e descentralização**: democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almeida, 1982. p. 46.

¹¹⁰ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansom di. **Mediação na administração pública brasileira**: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018. p. 35.

Diante desse cenário, o modo de resolução de controvérsias pela Administração Pública também merece ser revisitado, como forma de conduzir a Administração Pública a adotar maior dinamismo em suas relações com os administrados, seja no módulo contratual, seja em matéria de sujeição. Assim, a Administração Pública pode revelar uma feição mais conciliatória, mais ciosa do equilíbrio necessário entre interesses dos particulares e o interesse da coisa pública, como forma de boa governança administrativa.

A atividade consensual permite que o Direito Administrativo forneça ao gestor público ferramentas institucionais mais interativas, hábeis a estabelecer um canal de diálogo que favoreça as transações multiparte, de forma que seja possível se almejar maior estabilidade nas relações encetadas entre o Estado e sociedade civil, vislumbrando pôr a termo litígios que, via de regra, se protraem no tempo até pronunciamento definitivo do Poder Judiciário. Conquanto o litígio esteja aos cuidados do órgão jurisdicional, não é incorreto afirmar que o atendimento ao interesse público ainda não se perfez, pois a solução eficiente do litígio ainda não ocorreu.

Até aqui foi possível perceber que está normativamente sedimentada a postura consensual e negociadora por parte do Poder Público, inclusive com ampla possibilidade de participação em procedimentos de mediação de conflitos. Há um movimento social e político pela adoção ampla dos mecanismos consensuais de solução de conflitos pela administração pública, tanto na via judicial quanto na extrajudicial. É um caminho sem volta, que depende agora de transformações culturais.

Entretanto, qual a ligação desse movimento pela Administração Pública consensual com a adoção da arbitragem pelo próprio Poder Público? Uma vez que a arbitragem é tradicionalmente conceituada como mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, também pautada no método contencioso-dialético, qual sua relação com o modelo de Estado flexível, de relações horizontais com o cidadão e democrático?

Defende-se, na presente tese, que a adoção da arbitragem pela Administração Pública também é fruto desse movimento de Reforma do Estado e da democratização do direito administrativo. Ao procurar resolver seus conflitos pela arbitragem, o Poder Público reduz o custo econômico e social na resolução de litígios e, indiretamente, reduz a sobrecarga sobre o Poder Judiciário.

Mais do que redução do custo econômico e social, a implementação da arbitragem na solução de conflitos pela própria Administração Pública é uma representação clara e evidente de uma concepção de gestão horizontalizada, consensual, flexível e democrática. A administração pública se afasta de seu poder

de império e de sua postura maniqueísta, reduz a judicialização de seus conflitos e, ainda, promove o acesso à ordem jurídica justa.

Isso, porque, na arbitragem, repisa-se, enxerga-se elementos híbridos que a aproximam da autocomposição (mas não anulam a heterocomposição). Existe um terceiro que decidirá a lide (em caráter de jurisdição privada), mas ele não é um terceiro nomeado exclusivamente pelo Estado, como acontece com o magistrado no Poder Judiciário. Não obstante, existem algumas particularidades da arbitragem adotada pela Administração Pública em relação à arbitragem do setor privado:

- a) existe consenso inicial na escolha do procedimento arbitral e do objeto da arbitragem, por meio de convenção de arbitragem, com exceção da arbitragem tributária, que possivelmente entrará em vigor no Brasil (onde a própria lei definirá os casos em que caibam arbitragem tributária);
- b) as partes podem escolher regras próprias de prazos, procedimentos e outros, com exceção dos precedentes vinculantes (art. 927, CPC), que possivelmente constarão no termo de arbitragem como subsídio hermenêutico obrigatório por parte do árbitro;
- c) o sigilo é regra na arbitragem (comercial, por exemplo). Mas na arbitragem de conflitos com a Administração Pública a regra é a publicidade.

De qualquer forma, ao procurar a arbitragem, o Poder Público se afasta do método contencioso-dialético de solução do litígio,¹¹¹ comumente desenvolvido no processo judicial.¹¹² Somente agora com o CPC de 2015, esse modelo foi

¹¹¹ Existe litígio no processo arbitral, mas é um litígio constitucionalmente estruturado (com base na boa-fé, solidariedade e participação) e não um processo “jogo”. Para nós, no processo arbitral, o litígio é pautado na cooperação e tem um viés *poético* (construção compartilhada da verdade). Em tempo, não podemos deixar de reconhecer que esse pensamento heterodoxo foi inspirado na metodologia jurídica waratiana, especialmente na tentativa de se afastar do senso comum teórico dos juristas. WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

¹¹² Novamente nos valem os mestres Warat: “No litígio, os juízes decidem as formas do enunciado, pelas partes, atendendo às formas do pretendido e não às intenções dos enunciantes. Apresentar o conflito como litígio implica não levar em conta a necessidade de trabalhá-lo em seu devir temporal. Os magistrados operam sobre o conflito interditando-o ou congelando-o no tempo, eliminando a variável temporal para poder demarcar as controvérsias em um plano de abstração jurídica que permita controlar as variáveis com as quais organizam suas decisões. “[...] o conceito jurídico de conflito, como litígio, representa uma visão negativa do mesmo”. WARAT, Luiz Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. In: WARAT, Luiz Alberto (org.). **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Florianópolis; Buenos Aires: ALMED, 1998. p. 81.

reformulado e está pautado no espírito cooperativo¹¹³¹¹⁴. Na prática, o ambiente em que se processa a arbitragem é mais informal e colaborativo; as partes se sentem mais confortáveis e os advogados menos desconfiados. Não é comum a prática de posturas processuais autoritárias pelo árbitro e todo o procedimento é construído coletivamente, pelas próprias partes. É um processo coletivamente estruturado (contraditório participativo). O árbitro é o julgador, mas não é o principal protagonista do procedimento; sua função é de coordenação e orientação e, ao final, de decisão. Mas essa decisão também foi coletivamente estruturada, pois houve participação ativa das partes no decorrer do processo arbitral¹¹⁵.

Essa matriz principiológica do processo cooperativo já está consolidada, assim, no processo arbitral. Faz parte da sua origem epistemológica. Não é algo novo introduzido pelo CPC de 2015. Novamente Fabiana Junqueira Neves esclarece:¹¹⁶

Na prática arbitral, a experiência com o princípio da cooperação já se encontra consolidada, visto que possuindo a arbitragem origem contratual e estando fundada no princípio da autonomia da vontade é de sua essência a cooperação, perdendo espaço a hostilidade normalmente verificada entre as partes do processo judicial. Assim, não é desarrazoado afirmar que, na esfera da justiça privada, a

¹¹³ Fabiana Junqueira Neves delinea com precisão as características desse processo cooperativo: “O modelo de processo cooperativo é uma terceira espécie, que supera os modelos tradicionais estudados, pois o processo deixa de ser dirigido pela vontade das partes, mas também não é conduzido pelo órgão jurisdicional de maneira inquisitorial, ou seja, é um processo sem protagonismos, devendo os sujeitos colaborarem uns com os outros, em ambiente de cooperação, na busca da resposta jurisdicional adequada. Há, assim, certo equilíbrio entre os sujeitos processuais através da divisão e do compartilhamento de tarefas, isto é, das atividades cognoscíveis e decisórias, entre as partes e o magistrado. Nessa esteira, uma das características mais marcantes desse modelo é a nova dimensão conferida ao princípio do contraditório, que assume notável feição democrática, como um instrumento essencial ao aprimoramento da decisão judicial, na medida em que possibilita que as partes, ao exporem seus argumentos em debates prévios, influenciem efetivamente a decisão judicial, esclarecendo e informando o juízo. Logo, a parte deixa de ser mero objeto do provimento jurisdicional para se tornar, através do contraditório participativo, influenciadora da decisão”. NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli; GODOY, Sandro Marcos. O princípio da cooperação como norma fundamental do processo civil e seus reflexos na arbitragem. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 8-9, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/156/212>. Acesso em: 08 fev. 2020.

¹¹⁴ Consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro: presente e futuro**. Londrina: Thoth, 2020. p. 17-53.

¹¹⁵ A sentença arbitral possui uma forte conotação democrática, pois houve plena participação das partes na formação, processamento e julgamento do conflito de interesses.

¹¹⁶ NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli; GODOY, Sandro Marcos. O princípio da cooperação como norma fundamental do processo civil e seus reflexos na arbitragem. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 17-19, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/156/212>. Acesso em: 08 fev. 2020.

cooperação permeia todas as fases de que se constitui a arbitragem. [...].

Ela é, então, verificada na etapa de celebração da convenção de arbitragem (seja por cláusula compromissória ou compromisso arbitral), pois a cooperação entre os interessados é indispensável para a submissão de um imbróglio atual ou futuro ao juízo privado, dependendo de um acordo de vontades (artigos 1º e 3º, da Lei nº 9.307/1996).

Os envolvidos decidem, ainda, se o conflito existente ou eventual será submetido a árbitro ou a Câmara Arbitral (artigo 13, §§ 1º, 3º e 4º, da Lei nº 9.307/1996).

Todavia, se a convenção de arbitragem for lacunosa, não abarcando todos os aspectos necessários à instauração e desenvolvimento do processo arbitral, as partes serão instadas a determiná-los em conjunto/cooperativamente. Igual solução se dará se já havendo sido instalado o procedimento arbitral, houver a necessidade de complementação do conteúdo da convenção de arbitragem através do Termo de Arbitragem (TDA), consoante dispõe o § 1º, do artigo 19, da Lei nº 9.307/1996.

Ao fim do processo, o cumprimento da sentença arbitral também dependerá da cooperação das partes interessadas.

Mas o dever de cooperação, norma de caráter eminentemente principiológico, não se restringe aos interessados alcançando, também, os árbitros. Devem os árbitros, então, cooperarem para a obtenção de uma solução célere e adequada do conflito que lhes é submetido.

Certo é que os árbitros cumprem o dever de cooperação quando atuam com imparcialidade, de forma independente, transparente, com diligência, respeitando a autonomia das partes envolvidas na contenda, etc. (artigo 13, § 6º e artigo 14, § 1º, da Lei de Arbitragem). Ademais, no decorrer do processo arbitral, não devem se portar de maneira inflexível, pelo contrário, é salutar que ajam de modo a facilitar o diálogo entre as partes, visando conformar os seus interesses, com vistas à melhor solução do problema.

Os deveres decorrentes do princípio da cooperação – acima exemplificativamente apontados – também se estendem às Câmaras de Arbitragem, que devem prezar pela busca de um processo que se desenvolva de maneira simples e acessível.

Enfim, a administração pública democrática e eficiente pode procurar solucionar seus conflitos por meio de práticas consensuais e pela arbitragem (modelo híbrido: autocomposição + heterocomposição = proto-heterocomposição), e com isso ela promoverá o acesso à ordem jurídica justa no Brasil.

Veja-se, agora, a estreita relação desses modelos de solução de conflitos com a efetivação do direito fundamental à boa Administração Pública no Brasil.

3.3 A boa administração pública

Falar em boa Administração Pública pode parecer, num primeiro momento, redundante. O sentimento prevalecente no meio da burocracia estatal, é de que ela é sempre eficiente; suas decisões são sempre acertadas e ajustadas ao interesse público. Aliás, o interesse público comumente é visto como o interesse da própria Administração. Em razão disso, a participação do administrado na composição das decisões administrativas é desnecessária e até perniciosa, para evitar violação ao princípio constitucional da impessoalidade.

Contudo, esse pensamento é autoritário, nada democrático e fruto da herança colonial. Na prática, a Administração Pública brasileira não é (tão) boa e eficiente assim. Pelo contrário, a Administração Pública é vista pela maior parte da sociedade como ineficiente e pouco produtiva. Existem muitos benefícios e poucos resultados. Muitas regalias e poucas contrapartidas.

Mas existe uma contradição nessa equação: ao mesmo tempo que parte da sociedade enxerga a Administração Pública como ineficiente e perdulária, parte da mesma sociedade quer ocupar cargos públicos estáveis e relativamente bem remunerados, além do acesso aos próprios cargos políticos.

De qualquer forma, a ideia de boa Administração faz parte do direito administrativo moderno, fruto da influência administrativista francesa desde o início do século XX. A gênese desse instituto é reputada ao francês Maurice Hauriou e ela se dá sob a ótica funcional da atuação administrativa e da contenção dos excessos de poder; contudo, esse autor não definiu de forma clara o que seja boa Administração e esse conceito parece ainda indefinível.¹¹⁷

Por outro lado, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2.000)¹¹⁸ apresentou algumas definições de boa Administração, numa perspectiva utilitarista:¹¹⁹

¹¹⁷ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. **Mediação na administração pública brasileira**: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018. p. 30.

¹¹⁸ CARTA de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). **Diario Oficial de las Comunidades Europeas**, Luxembourg, 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

¹¹⁹ “Artículo 41. Derecho a una buena administración.

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

Artigo 41.

Direito a uma boa administração.

1. Todas as pessoas têm direito a que as instituições e órgãos da União tratem dos seus assuntos com imparcialidade, equidade e num prazo razoável.

2. Este direito inclui, em particular:

- o direito de todos de serem ouvidos antes que uma medida individual que os afete adversamente seja tomada contra eles,
- Direito de todos ao acesso ao processo que os afeta, respeitando os legítimos interesses da confidencialidade e do sigilo profissional e comercial, obrigação que incumbe à administração de motivar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito a uma indemnização da Comunidade pelos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Qualquer pessoa pode dirigir-se às instituições da União numa das línguas dos Tratados e deve receber uma resposta nessa mesma língua. (tradução nossa).

Por mais utilitarista que seja essa orientação dos Direitos Comunitários, fato é que ela revela alguns pontos importantes que enaltecem a eficiência, a consensualidade e celeridade dos atos administrativos em geral. Pode-se até fazer um comparativo com a realidade brasileira:

- a) no ponto 1, a Carta reforça a importância do tratamento das questões do administrado num prazo razoável. Essa questão do prazo razoável é de suma relevância para o restabelecimento da pacificação social por meio da intervenção do Poder Público. *Mutatis mutandis*, o Poder Judiciário brasileiro, por exemplo, leva em média quatro anos para proferir uma decisão de primeiro grau¹²⁰. E, quando a Fazenda Pública insiste na promoção de milhares de execuções fiscais, sem análise do custo social e

- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los danos causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua". CARTA de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). **Diario Oficial de las Comunidades Europeas**, Luxembourg, 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

¹²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

- econômico, ela atua de forma ineficiente¹²¹. Isso é justamente o oposto de uma boa Administração da Justiça, que não atende ao interesse público;
- b) no ponto 2 (primeiro parágrafo), consta o direito de qualquer pessoa ser ouvida. Outra representação de uma Administração Pública democrática e consensual. O diálogo com o administrado é essencial para conferir legitimidade na atuação
- c) ação administrativa. Ouvir de verdade, não para escutar, mas para compreender. Não estamos falando propriamente de Ouvidorias, mas de espaços institucionais segmentados e estruturados para atender o cidadão na vasta burocracia estatal. Permitir que o cidadão apresente suas dúvidas ou perspectivas sobre determinada norma ou atuação do ente público. Com a tecnologia e os atendimentos virtuais, isso é plenamente factível. É preciso abandonar a tradição autoritária e verticalizada em prol da modernização e constitucionalização da atuação administrativa.

Noutra perspectiva, a construção jurídica do que seja boa Administração passa pela referência da ética nas práticas administrativas, na estrutura da burocracia estatal, inclusive no comportamento dos funcionários públicos. A visão do jurista espanhol José Luis Meilán Gil merece ser lida, inclusive por apontar tais imbricações na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988:¹²²

Não é de estranhar que a própria Constituição se refira expressamente à ética ou moral da ação no campo da Administração Pública. É assim que se manifesta, por exemplo, no artigo 37 da Constituição Federal do Brasil, segundo o qual a Administração obedecerá, entre outros princípios de

¹²¹ Em nota técnica elaborada por representantes do IPEA, sobre o custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, são apresentados dados preocupantes, no sentido de que o processo de execução fiscal já começa ineficiente, com pouco êxito na própria citação inicial. “Considerando-se as grandes rotinas que compõem o processo de execução fiscal promovido pela PGFN, percebe-se que o cumprimento da etapa de citação constitui um imenso gargalo inicial. Apenas 3,6% dos executados apresentam-se voluntariamente ao juízo. Em 56,8% dos processos ocorre pelo menos uma tentativa inexitosa de citação, e em 36,3% dos casos não há qualquer citação válida. Como a citação ocorre por edital em 9,9% dos casos, pode-se afirmar que em 46,2% dos executivos fiscais o devedor não é encontrado pelo sistema de Justiça”. CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília, DF: IPEA, nov. 2011. Nota técnica. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 29 mar. 2019.

¹²² GIL, José Luis Meilán. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 35-39, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/111/294>. Acesso em: 20 mar. 2020.

moralidade, a uma norma que produz efeitos jurídicos do preâmbulo que esta ação negativa vai ‘contra a sociedade, a ordem moral e a justiça’ [...] E a Declaração do Milênio das Nações Unidas de 2000 afirma de forma categórica que a corrupção pode ser vista "como um sistema de má gestão e má gestão’.

Em outras ocasiões, esse propósito é especificado nas modalidades da chamada soft law, Códigos de Conduta ou Boas Práticas com que o comportamento do poder público é pautado e também praticado na esfera privada. Surgiu de forma natural em processos de integração formal, como a União Europeia, ou informal como acontece na globalização.

A ética não se refere propriamente à Administração Pública como abstração, mas à atuação das pessoas que a compõem, como foi dito no início. Embora a concretização da Lei que diz respeito à Administração não esgote o âmbito da dimensão ética da atuação da Para seus autores, em grande medida, o comportamento conforme a Lei é um sintoma de comportamento ético. O desvio de poder, na maior parte dos casos, supõe uma conduta eticamente repreensível, embora tecnicamente não fosse assim! Cada um em um processo. Algo semelhante pode ser dito sobre a arbitrariedade, motivação ausente ou tendenciosa.

A corrupção corresponde a ações dessa natureza, sejam puníveis ou toleradas ou silenciadas. Nele existe conflito de interesses, na medida em que um funcionário público vinculado ao dever de serviço de interesse geral o subordina a um interesse particular, o seu ou de outra pessoa singular ou coletiva. Os contratos ou o planejamento urbano são, infelizmente, campos típicos de ações repreensíveis jurídica e eticamente.

O comportamento ético, no sentido em que foi usado aqui, pode ser favorecido ou prejudicado pelo comportamento que se realiza no nível propriamente político ou governamental. Os procedimentos não regulamentados de acesso ao serviço público não favorecem o comportamento ético. O sistema de despojo, das mudanças na função pública conforme as que ocorrem no governo, permite considerar o cargo como um saque, a partir do qual beneficiar o partido político que levou à nomeação. Informações privilegiadas no momento das disputas, por exemplo, podem ser uma consideração ou o entendimento espúrio dos delírios da parte, mesmo que nenhum benefício pessoal direto seja buscado.

Em termos positivos, deve-se concluir que um sistema de seleção de funcionários com base no mérito, capacidade, transparência e segurança jurídica é uma condição aconselhável para garantir o comportamento ético.

O contexto social em que se desenvolve a atividade da Administração.

O público também pode ter um impacto positivo ou negativo no comportamento ético de seus servidores. É consenso considerar que no seio da atual crise financeira e econômica se detecta um comportamento condenável do ponto de vista ético. Esses comportamentos no setor privado constituem um mau exemplo para a Administração Pública e seus agentes. O impacto negativo será menos provável se, como afirma a Convenção Interamericana contra a Corrupção, forem adotadas medidas que levem em conta “a relação entre remuneração eqüitativa e probidade no serviço”.

A chave definitiva para o cumprimento da missão de serviço público dos funcionários está nas convicções éticas que têm sua explicação, para além da Lei e de sua observância cuidadosa. Retomamos, assim, as considerações clássicas, seja o imperativo ético ou, mais inteligível para uma antropologia realista, da virtude que faz o homem feliz, contente com o que faz e por que e para o que o faz, consciente da fidelidade a uma missão que vale a pena desenvolver.¹²³

¹²³ No texto original: “No resulta sorprendente que en la propia Constitución se aluda expresamente a la ética o a la moralidad de la actuación en el ámbito de la Administración Pública. Así se mani"esta, por ejemplo, en el artículo 37 de la Constitución Federal de Brasil, según el cual la

A boa Administração, realmente, é um novo marco no Estado contemporâneo (pós-moderno). Um Estado mais preocupado com o administrado, com os impactos dos atos administrativos sobre a vida do cidadão. Um Estado que inibe a emissão de atos administrativos discricionários injustos e sem fundamento legítimo (arbitrários). Não somente atos comissivos, mas também omissivos. Num país de cidadania enfraquecida, como o Brasil, tal perspectiva é realmente revolucionária. Em nosso dia a dia, nutrimos sentimentos de subordinação em relação ao Estado; isso, porque, a maioria da população tem contato mais próximo com a área repressiva do Estado (polícia) e pouco acesso aos serviços públicos essenciais (educação, saúde,

Administración obedecerá, entre otros principios al de moralidade, un estándar que tiene efectos jurídicos. La Convención interamericana contra la corrupción, señala desde el preámbulo que esa actuación negativa va “contra la sociedad, el orden moral y la justicia” [...] Y la Declaración del milenio de NU del 2000 afirma de un modo categórico que la corrupción puede contemplarse “como un sistema de mala administración y una mala gestión”. En otras ocasiones esa finalidad se concreta en modalidades del denominado soft law, Códigos de Conducta o de Buenas prácticas con los que se orienta el comportamiento de autoridades públicas y se practica también en el ámbito privado. Ha surgido de un modo natural en procesos formales de integración, como la Unión Europea, o informales como sucede en la globalización. La ética no se refiere propiamente a la Administración Pública como una abstracción, sino a la actuación de las personas que la integran como se dijo al principio. Aunque la realización del Derecho que concierne a la Administración no agote el alcance de la dimensión ética de la actuación de sus autores, en gran medida el comportamiento conforme a Derecho es síntoma de comportamiento ético. La desviación de poder, en el mayor número de los casos, supone una conducta éticamente reprochable, aunque técnicamente no haya sido así. Cada en un proceso. Algo parecido podría decirse de la arbitrariedad, motivación ausente o sesgada. La corrupción, se corresponde con actuaciones de esa naturaleza, sean puniblemente castigadas o toleradas o silenciadas. En ella se da un conflicto de intereses, en cuanto un funcionario público que está vinculado por un deber de servicio al interés general lo subordina a un interés particular, suyo o de otra persona física o jurídica. Los contratos o el urbanismo son campos desgraciadamente típicos para actuaciones jurídicas y éticamente reprochables. El comportamiento ético, en el sentido que aquí se viene manejando, puede ser favorecido o perjudicado por el comportamiento que se lleva a cabo en el nivel propiamente político o de gobierno. Los procedimientos no reglados para el acceso a la función pública no favorecen el comportamiento ético. El sistema de spoils system, de los cambios en la función pública según los que se producen en el gobierno, hace posible la consideración del puesto como un botín, desde el que beneficiar al partido político que propició el nombramiento. Informaciones privilegiadas a la hora de concursos, por ejemplo, pueden ser una contraprestación o el espurio entendimiento de la lealtad partidaria, aunque no se procuren beneficios personales directos.

En términos positivos, habría que concluir que un sistema de selección de los funcionarios basado en el mérito, la capacidad, la transparencia y seguridad jurídica, es una condición aconsejable para asegurar comportamientos éticos. El contexto social en el que se desenvuelve la actividad de la Administración pública puede incidir también positiva o negativamente en el comportamiento ético de sus servidores. Existe consenso en considerar que en el meollo de la crisis financiera y económica actual se detecta un comportamiento reprochable desde el punto de vista ético. Esas conductas en el sector privado constituyen un mal ejemplo para la Administración Pública y sus agentes. El impacto negativo será menos probable si, como dice la Convención interamericana contra la corrupción, se han adoptado medidas que tengan en cuenta “la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio”. La clave última del cumplimiento de la misión de servicio público de los funcionarios radica en convicciones éticas que tienen su explicación, más allá del Derecho y su cuidada observancia. Volvemos así a ponderaciones clásicas, trátase del imperativo ético o, más inteligible para una antropología realista, de la virtud que hace al hombre feliz, contento con lo que hace y por qué y para qué lo hace, consciente de la lealtad a una misión que vale la pena desarrollar”.

educação). Na prática, existe mais excesso e abuso de poder, do que propriamente gestão compartilhada de poder.

Ficamos até surpresos quando somos bem atendidos em órgãos públicos. Não é rotina, não é padrão, não é a cultura nos serviços públicos brasileiros. Geralmente o atendimento é mais eficiente e humanizado em órgãos da administração pública federal, em razão da alta capacitação e de remunerações e planos de carreiras mais atrativos. Em órgãos estaduais a qualidade costuma diminuir um pouco e os municípios são os que mais se afastam da boa Administração. Na maior parte dos municípios brasileiros (especialmente de pequeno porte), há um número excessivo de funcionários de confiança e uma rotatividade expressiva; troca gestor, troca servidor. Infelizmente, é uma realidade que, mais uma vez, reforça a tese controvertida, mas realista, do saudoso Raymundo Faoro.

Entretanto, repisa-se, a atual matriz normativa é outra e voltada para uma democracia administrativa participativa, flexível e pautada numa relação de confiança. O consenso é um paradigma fundamental nesse novo formato estatal. Diálogo, tolerância e pacificação são elementos de uma mesma vertente legal. As eventuais vozes de intolerância e de violência estrutural, que participam do processo político partidário, não são capazes de alterar uma evolução histórica gradual; podem atrasar essa evolução, mas não anular.

Essa Revolução do Estado e essa postura administrativa participativa e democrática, representam direitos fundamentais do administrado. Reflexos da constitucionalização tardia do direito administrativo e de mais uma tentativa social de limitar o poder (muitas vezes arbitrário) do Poder Público.

No contexto da doutrina brasileira, o professor Juarez Freitas apresentou um conceito importante para *o direito fundamental à boa administração pública*, que no Brasil também é inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice. Para ele é norma implícita (feixe de princípios e regras) de imediata eficácia em nosso sistema jurídica. Veja-se:¹²⁴

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode

¹²⁴ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. refund. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

ser assim compreendido: trata-se do *direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*. A tal direito, corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

Na arguta construção hermenêutica do referido professor, assim, o direito fundamental à boa administração pública encarta direitos e deveres constitucionais. É um movimento perene para paralisar a discricionariedade administrativa perniciosa e pouco democrática; o autoritarismo fantasiado de legalismo, de interesse público e de bem comum¹²⁵. Também envolve cálculos utilitaristas, como a preponderância dos benefícios (sociais, econômicos, ambientais), sobre os custos envolvidos na escolha das decisões administrativas. Por exemplo, a prática habitual da administração pública tributária de promover milhares de ações judiciais (execuções fiscais), sem ao menos calcular os custos e benefícios envolvidos e a própria capacidade patrimonial do Executado, é protótipo de má Administração e não de boa Administração¹²⁶.

O professor Juarez Freitas apresenta outros direitos decorrentes do direito fundamental a uma boa administração pública no Brasil:¹²⁷

- a) *o direito à administração pública transparente*, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e anda assim não definitivamente), com especial destaque para o direito a informações inteligíveis, inclusive sobre a execução orçamentária e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos;
- b) *o direito à administração pública sustentável*, que implica fazer preponderar, inclusive no campo regulatório, o princípio constitucional da sustentabilidade, que determina a preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos

¹²⁵ Talvez a representação da discricionariedade administrativa mais autoritária e pouco democrática seja encontrada no âmbito da Administração Tributária. Por isso, é justamente o setor da burocracia estatal que mais precisa encampar o novo modelo administrativo democrático e consensual, para a promoção do interesse público constitucional e não propriamente para atender interesses governamentais oportunistas e arrecadatários.

¹²⁶ Não é incomum encontrar execuções fiscais de IPTU (Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana), com valores de causas próximos a 1 (um) salário mínimo, nas comarcas interioranas do país. O Poder Público tem isenção fiscal em relação ao pagamento das custas e emolumentos judiciais, mas em razão dessa postura de judicialização excessiva o custo social com o Poder Judiciário somente aumenta e pesa sobre os bolsos dos próprios contribuintes. É um círculo vicioso!

¹²⁷ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. refund. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 22.

- sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a assegurar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar multidimensional;
- c) *o direito à administração pública dialógica*, com amplas garantias de contraditório e ampla defesa – é dizer, respeitadora do devido processo, com duração razoável e motivação explícita, clara e congruente;
 - d) *o direito à administração pública imparcial e desviesada*, isto é, aquela que, evitando os desvios cognitivos, não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas (reduzidoras das desigualdades iníquas);
 - e) *o direito à administração pública proba*, que veda conduta éticas não universalizáveis, sem implicar moralismo ou confusão entre o legal e o moral, uma vez tais esferas se vinculam, mas são distintas;
 - f) *o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada*, ou seja, que não se rende à “absolutização” irrefletida das regras;
 - g) *o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz* (não apenas eficiente), eis que comprometida com resultados compatíveis com os indicadores de qualidade de vida, em horizonte de larga duração.

No campo do texto constitucional, costuma-se, também, relacionar a boa Administração à eficiência administrativa. Na verdade, a eficiência representa uma espécie de princípio da administração pública inserido na Constituição Federal de 1.988, com a aprovação da Emenda n. 19 de 1.988, também conhecida como Emenda da Reforma Administrativa. Para ilustrar, a origem do princípio da emenda foi a Mensagem Presidencial n. 886 de 1995¹²⁸, especialmente a preocupação com o

¹²⁸ A Exposição de Motivos Interministerial 49/95, originalmente anexa à mensagem presidencial, elucida com clareza a motivação específica da inclusão da eficiência no texto constitucional: “Para este Governo, a reforma administrativa é componente indissociável do conjunto das mudanças constitucionais que está propondo à sociedade. São mudanças que conduzirão à reestruturação do Estado e à redefinição do seu papel e da sua forma de atuação, para que se possa alcançar um equacionamento consistente e duradouro da crise. O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal. A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios modelos e técnicos de gestão. No difícil contexto do retorno à democracia, que em nosso país foi simultâneo à crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controle muitas vezes desnecessários. Cumpre agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção à eficiência e à qualidade dos servidores prestados ao cidadão (EM N° 49/95, p. 1 e seguintes)”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda constitucional nº 19, de 1998 - Exposição de Motivos**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados,

aumento da eficiência dos órgãos estatais para superação da crise fiscal e da retomada do desenvolvimento, naquela época.

Verifica-se, ademais, no texto constitucional que a eficiência tem um caráter de eficiência econômica, para melhorar a burocracia estatal e enfrentar a crise fiscal e, de outro lado, oferecer serviços públicos de qualidade para o cidadão brasileiro. Muitos foram os debates na época em relação à inclusão ou não do princípio da eficiência no texto constitucional, uma vez que para muitos autores esse princípio já tinha representação no texto constitucional – art. 74, II; art. 175, da CF de 1.988.¹²⁹

De qualquer forma, o texto constitucional aprovado que positivou ou reforçou o princípio da eficiência trouxe a seguinte redação ao ordenamento jurídico:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...].¹³⁰

Um princípio (eficiência) com envergadura semântica importante. E logo depois dele, em 19 de dezembro de 2003, a Emenda Constitucional n. 42 de 2003, implementou o princípio da eficiência no contexto da Administração Tributária:¹³¹

Art. 37 [...] XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Nesse diapasão, no próximo tópico abordaremos o contexto da boa Administração Tributária no país, uma vez que o dispositivo constitucional acima apresenta uma clara preocupação com a atuação racional dos atos administrativos e, também, com a proteção dos interesses fundamentais do contribuinte.

1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicao-demotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 20 jan. 2019.

¹²⁹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 51, n. 2, p. 30, abr./jun. 2000.

¹³⁰ BRASIL. (Constituição, 1998). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 17 fev. 2021.

¹³¹ BRASIL. (Constituição, 1998). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 17 fev. 2021.

Essa plêiade de direitos e deveres precisam ser implementadas no Brasil, pela burocracia estatal. O poder de império deve representar o império das prioridades constitucionais, não de um ou outro governo ou agente público. Não é mais possível conviver em um país com profundas desigualdades sociais e econômicas, com cidadania enfraquecida e acesso turvo à ordem jurídica justa. As orientações constitucionais foram dadas, mas ainda não foram cumpridas.

Mas o sistema jurídico não pode ficar à mercê do Poder Público. Ele precisa ser responsabilizado por omissões constitucionais, derivadas justamente do direito fundamental à boa administração pública. As desproporções devem ser punidas, para mais ou para menos; tanto nas arbitrariedades por excesso quanto nas arbitrariedades por omissão. Nesse contexto, é preciso promover uma releitura da responsabilidade do Estado – reequacionado à base do princípio da proporcionalidade.

A Administração Pública, assim, nas conclusões do Professor Juarez Freitas:¹³²

- a) A Administração Pública deve ser proporcionalmente responsabilizada por toda e qualquer quebra nuclear de proporcionalidade. Assim, as condutas comissivas ou omissivas, havendo nexos causal com evento danoso injusto, serão sempre antijurídicas, no mínimo por violarem o referido princípio da proporcionalidade.
- b) Faz-se necessário apagar o regalismo, de ordem a cuidar dos interesses existenciais legítimos da sociedade e das prioridades constitucionais vinculantes, na marcha para a performance administrativa tendente a honrar os poderes-deveres. Por exemplo, a aposentação morosa ou tardia, sem justo motivo, por simples inércia do Estado-Administração, é causa de dano juridicamente injusto, eis que macula o princípio da proporcionalidade.
- c) Se configurada a antijuridicidade (ação ou omissão anômala e desproporcional), haverá nexos causal e dever de indenizar: não há motivo para indagar sobre ilicitude (culpa ou dolo) do agente, mas somente acerca da antijuridicidade dos efeitos. Presente o vício por ofensa aos princípios, haverá dano anômalo, ainda que a conduta do agente possa ser catalogada como lícita, em sentido estrito. Trata-se de solução pertinente para as preocupações com relação ao 'objetivismo' da responsabilidade (aliás, em boa hora, aplicável também às pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira). Dito em outros termos, com a devida parcimônia, a teoria do risco administrativo,

¹³² FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. refund. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 101.

reequacionada à base do princípio da proporcionalidade, conduz à teoria da responsabilidade que viabiliza a tempestiva prevenção e, se cabível, a precaução justificada.

Portanto, o Poder Público deve dar o primeiro passo, mostrar o caminho para uma sociedade menos injusta e mais desenvolvida e isso pode ser efetivado por meio da boa Administração Pública, inclusive na seara tributária, conforme esposado abaixo.

3.3.1 A boa administração pública tributária

Como ressaltado no tópico anterior, a boa Administração Pública é um conceito moderno de gestão da coisa pública, de efetivação de direitos constitucionais, num novo paradigma de flexibilidade contida e de relação horizontal entre Administração e administrado. Está relacionada à efetivação dos direitos materiais, através do consenso e do diálogo. O Estado reduz sua atuação discricionária para perseguir parâmetros previamente definidos no texto constitucional.

Por sua vez, o princípio da eficiência está diretamente relacionado à boa Administração Pública e, também, à boa Administração Tributária (art. 37, XXII, CF de 1.988). O Fisco tem deveres constitucionais relacionados à racionalização da atuação estatal, em prol do interesse público e da cidadania. O Fisco deve atuar de modo constitucionalmente orientado e não com base em interesses meramente arrecadatórios. Aliás, o Fisco deve sopesar o custo – benefício de sua atuação jurídica, especialmente no campo do contencioso fiscal¹³³.

Em acertada análise, Leandro Manoel Matia de Lima relaciona a aplicação da eficiência à tributação no seu aspecto positivo, que é a garantia da igualdade

¹³³ Pelo visto, o custo é maior do que o benefício na prática processual tributária ordinária, como denota Carlos Henrique Machado: “A processualidade tributária em crise O modelo de resolução das disputas em matéria tributária no Brasil é sabidamente problemático, gerando prejuízos para o Estado, que não consegue satisfazer oportunamente os seus créditos e haveres. Ao mesmo tempo, o volume exorbitante de questões deságua numa morosidade perversa, o que provoca um ambiente desagradável para os negócios, repleto de insegurança jurídica, interferindo toxicamente na iniciativa privada e no desenvolvimento socioeconômico. Diante dessa conjuntura, o próprio conteúdo das decisões atrai desconfiança, muitas vezes sem a qualidade técnica esperada ou inclinadas para o atendimento de interesses políticos, sociais e econômicos questionáveis”. MACHADO, Carlos Henrique Machado. **Modelo multiportas no direito tributário brasileiro**. 2020. f. 230. Tese (Doutorado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/216592>. Acesso em: 10 fev. 2021.

tributária, com sustentáculo, também, no pensamento do renomado professor Klaus Tipke:¹³⁴

A aplicação da eficiência à tributação também tem um aspecto positivo, pois a eficiente aplicação das normas tributárias garante a igualdade tributária, representado pela capacidade contributiva, permitindo a uniformidade da tributação conforme a renda de cada um. Ricardo Lodi Ribeiro (2014, p. 41) destaca que a legislação sempre deve obedecer à capacidade contributiva, mas, se ela não puder ser aplicada devido à complexidade da apuração da base tributável, haverá quebra da isonomia, uma vez que a carga tributária será repartida injustamente, tal como se a legislação não respeitasse a igualdade. A praticidade ou praticabilidade administrativa consiste, assim, exatamente em normas de simplificação que permitem a aplicação da legislação material. Quando aplicada ao âmbito tributário, costuma-se falar em praticidade da legislação tributária.

Klaus Tipke (2012, p. 66-69) alerta para o fato de que uma tributação que não possa ser aplicada de modo uniforme gera incoerências e imoralidades no sistema jurídico tributário, quebrando qualquer base ética que poderia ser defendida pela Constituição, uma vez que alguns serão arbitrariamente mais onerados pelo Estado do que outros. A eficiência na aplicação das normas materiais do Direito Tributário é uma garantia de igualdade tão importante quanto o respeito da isonomia na lei e perante a lei. Um Direito Tributário que não pode ser praticado ou que, de tão complexo, não possa ser aplicado de maneira uniforme, é inócuo e, como conforme se verá, afeta negativamente a Moral Tributária dos contribuintes assim como a aplicação eficaz de uma legislação injusta não tem o condão de cumprir com os mandamentos de justiça da Constituição.

Ressalte-se, com apoio na hermenêutica do festejado professor alemão, que as incoerências estruturais do regime jurídico tributário brasileiro colaboram para a falta de eficiência e para a falta da boa Administração Tributária. Um sistema complexo e multifacetado, que parece atender interesses contraditórios. O sistema tributário brasileiro é um dos maiores responsáveis pelo *custo Brasil*, principal fator que impede o desenvolvimento econômico e social.

Para representantes do Centro de Cidadania Fiscal no Brasil (CCIF), as principais causas da complexidade do sistema tributário brasileiro podem ser assim relacionadas: a) complexidade latente entre os tributos sobre bens e serviços (PIS COFINS, IPI, ICMS e ISS), onde os benefícios fiscais, regimes especiais, isenções e reduções de base de cálculo se proliferam; b) Insegurança jurídica para

¹³⁴ LIMA, Leandro Manoel Matias de. A aplicação do dever de eficiência à administração pública tributária e sua relação com a moral tributária dos contribuintes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 273-292, 2015. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85176>. Acesso em: 10 ago. 2020.

administração tributária e contribuintes: de um lado um contencioso tributário que é estimado em R\$ 4 trilhões (equivalente a 66% do PIB nacional), mas de outro lado valores bilionários de créditos tributários registrados nos ativos das empresas sem qualquer previsão de recebimento; c) Iniquidade da carga tributária que impacta menos as pessoas de renda mais elevada e trata de forma desigual empregados formais em comparação com profissionais organizados como pessoas jurídicas.¹³⁵

Como visto, realmente são problemas estruturais que impedem o pleno desenvolvimento econômico e social do país. Somente amplas reformas para mitigação dessas variáveis, mas que, infelizmente, não se concretizarão num espaço curtíssimo de tempo – são previsões. Não há consenso político e muito menos disposição da sociedade em reestruturar um sistema tributário injusto e ineficiente. Nenhuma das partes querem ceder: pessoas de alta renda, empresas, Poder Público nas esferas federal, estaduais e municipais. Continuaremos ocupando, por exemplo, péssimas posições em *rankings* internacionais para atratividade de negócios, como o *doing business* publicado pelo Banco Mundial.

Retomando a questão da boa Administração Tributária, vimos que ela pode ser influenciada pela (des) organização do sistema tributário. Mas também é verdade que ela segue paradigmas próprios, na forma de se relacionar com o

¹³⁵ Artigo escrito por membros do Centro de Cidadania Fiscal (CCIF) no Brasil identifica também os prováveis consertos do nosso sistema tributário para aumento da eficiência e da melhoria da distribuição de renda no país: “As diretrizes de reforma sugeridas ao longo deste texto indicam que as distorções do sistema tributário brasileiro são tão grandes, que é possível promover mudanças que, simultaneamente, aumentem a eficiência econômica e melhorem a distribuição de renda. Estes objetivos podem ser conseguidos com mudanças que simplifiquem o sistema, tornando-o mais neutro, equitativo e transparente. Grande parte dos problemas atuais de nosso sistema tributário resultam da multiplicidade de regimes e de formas de incidência – no âmbito dos tributos sobre o consumo, a renda e a folha de salários -, gerando distorções alocativas e abrindo brechas para que pessoas de altos rendimentos escapem à tributação. É por este motivo que a simplificação e a eliminação dos múltiplos regimes tributários atualmente existentes resultariam tanto em aumento da produtividade quanto na correção de distorções distributivas. Não é objetivo deste texto discutir o nível de carga tributária, mas sim a melhora da qualidade do sistema tributário brasileiro. A carga tributária depende essencialmente do nível de despesas públicas, e deve ser gerenciada através de mudanças nas alíquotas dos impostos, promovidas de forma transparente e democrática. Em alguns casos, no entanto, particularmente na tributação da folha de salários, a melhora da qualidade do sistema tributário passa por uma redução de receita. Em princípio, esta perda de arrecadação poderia ser compensada, sem gerar ineficiências, por um aumento da receita do imposto de renda e de impostos sobre a propriedade, mantendo-se a carga tributária global constante. Trata-se de obter a mesma arrecadação que se obtém hoje, porém com estrutura tributária de qualidade, que se insira nos objetivos maiores de tributar com equidade e fomentar o desenvolvimento. Vale notar que um eventual aumento compensatório da tributação da renda e da propriedade sequer exige a elevação de alíquotas, bastando a ampliação da base que resulta da correção de distorções atualmente existentes”. APPY, Bernard *et al.* **Tributação no Brasil**: o que está errado e como consertar. São Paulo: Centro de Cidadania Fiscal (CCIF), 2020. Disponível em: https://ccif.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Diretores_CCiF_Reforma_Tributaria_201802-1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

contribuinte, promover a fiscalização e a cobrança dos tributos. Por mais complexo que seja o sistema tributário, fato é que a eficiência na Administração é essencial para racionalização do sistema. O tratamento dialógico da Administração com o administrado pode superar algumas deficiências legais estruturais; a relação de horizontalidade pode gerar o sentimento de pertencimento no contribuinte, e promover a adesão voluntária ao pagamento (ou parcelamento) eficaz dos tributos. Está mais do que comprovado que a relação de poder e subordinação implementada pela atual burocracia estatal é contraproducente e ineficiente.

A Administração Tributária deve realizar o melhor possível, com a menor onerosidade. Não há mundo ideal, sempre existirão externalidades negativas e a gestão pública democrática e dialógica podem suplantar as referidas deficiências estruturais. Claro que existem limites orçamentários (economicidade) que podem impedir determinada atuação estatal, na procura da melhor solução possível, mas é justamente nesse momento que a construção compartilhada da solução deve ser priorizada na busca por uma atuação satisfatória constitucionalmente.

Leandro Manoel Matias de Lima complementa esse raciocínio:¹³⁶

A aplicação do dever de eficiência não é conflitante com as demais normas do sistema constitucional. Antes, por ser uma norma que tem aplicação sobre as outras normas, a eficiência é harmônica com as regras e princípios de nossa Constituição, mas sua operacionalidade não é compatível com a simples exigência de que 'o melhor seja realizado pelo menor valor', mas sim que meios idôneos e econômicos sejam tomados em relação a um fim constitucionalmente previsto ou constitucionalmente determinado e que seja obrigação da Administração Pública optar por meios que, além de levarem a menores gastos dela própria e dos contribuintes, promovam outros direitos fundamentais. Ademais, o dever de eficiência da Administração Tributária, nesses termos, estaria em uma lógica central de promoção dos direitos humanos e do desenvolvimento econômico, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Outrossim, o professor Klaus Tipke merece uma atenção especial no campo da moral tributária voltada para as autoridades fazendárias, já que são elas que podem implementar (ou não) novos paradigmas na busca pela boa Administração Tributária. Ele estabelece em sua consagrada obra, uma receita importante para a

¹³⁶ LIMA, Leandro Manoel Matias de. A aplicação do dever de eficiência à Administração Pública Tributária e sua relação com a Moral Tributária dos contribuintes. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 273-292, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85176>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ética fiscal das autoridades fazendárias. O trabalho meramente arrecadatório não é consagrado constitucionalmente e não pode ser incentivado por meio de ganhos remuneratórios. Os agentes fiscais (burocracia fiscal como um todo), devem atuar de forma eficiente e visando ao interesse público e não com estímulos para atender o interesse arrecadatório da Fazenda. Os agentes fiscais devem, inclusive, denunciar a existência de normas inconstitucionais relacionadas ao direito material ou processual no campo tributário.

Isso sim é administração tributária democrática e transparente, legítima representante dos interesses públicos consagrados constitucionalmente. “O agente da Fazenda Pública é um guardião do Direito Tributário”. Por exemplo: qual o ganho financeiro adicional da burocracia tributária em resolver litígios por meio da mediação ou transação tributárias? Qual o ganho financeiro adicional da burocracia tributária em resolver mais rapidamente um conflito fiscal, por meio da arbitragem? Receberão menos honorários sucumbenciais (no caso da Procuradoria) do que nas longas e intermináveis ações judiciais? Na verdade, o ganho financeiro é da gestão pública tributária (da sociedade), com a possibilidade de arrecadação eficiente de tributos e de efetivação da igualdade na relação entre Fisco e contribuinte.

Veja-se excertos de Klaus Tipke, que cita a realidade alemã, mas que pode ser aproveitada em alguns pontos pela realidade brasileira:¹³⁷

Vige de um modo geral: Os agentes fiscais não têm – com quaisquer meios sempre – de arrecadar tanto mais tributos quanto possível... A maximização de melhores resultados fiscais não pode ser nem o estímulo nem a medida do rendimento do funcionário da Fazenda. A imagem retora é antes de mais nada a de um guardião do Direito Tributário.

Constatando as autoridades fiscais que o ordenamento processual contém preceitos que impedem a aplicação uniforme do Direito material ou que nele faltam preceitos que são necessários para uma aplicação uniforme do Direito material, então torna-se manifesta uma ofensa contra o princípio da igualdade. Sem dúvida, as autoridades financeiras não têm nenhuma autorização por esse motivo para invocar o Tribunal Constitucional. Mas também elas estão vinculadas à Constituição. Apesar do monopólio da reprovação do Tribunal Constitucional Federal pode a Administração financeira mediante objeção de direito da função pública chamar a atenção sobre a inconstitucionalidade no âmbito interno da Administração e por derradeiro insistir para que Governo Federal tome a iniciativa para mudar a lei ou introduza um procedimento de controle de normas. Na

¹³⁷ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2012. p. 71.

minha opinião deve a Administração financeira assim proceder, quando ela tomar conhecimento da inconstitucionalidade.

O professor Klaus Tipke também faz uma relação direta entre sistema tributário justo e Justiça Tributária, servindo, para nós, de antevisão para explicar o caótico quadro do contencioso fiscal no Brasil:¹³⁸

Em uma resolução tomada pela 14ª Jornada do Sindicato Fiscal Alemão se declara: 'A Administração tributária deve produzir um Bem elevado, a saber, a Justiça Tributária' – Ora, se as leis tributárias forem injustas, não poderá a Administração Tributária vinculada a essas leis produzir Justiça Tributária alguma; pelo contrário: quanto mais intensamente se aplicarem tais leis injustas, tanto mais sofrerá a Justiça Tributária. Visto que muitos sujeitos passivos (injustamente) não atribuem os vícios das leis tributárias ao legislador distante anônimo, mas sim aos funcionários fiscais, tornar-se-ão estes facilmente em tampão, em bode expiatório para uma Política Fiscal doentia. Os responsáveis pela legislação e execução tributárias esperam deles, os funcionários, que atuem como se não existisse nenhum vício.

Que autoridades sobrecarregadas procurem se desonerar quando alegam que ao desperdiçarem prazos peremptórios (Ausschlussfristen) em princípio afirmam uma culpa (s. §§110, 173 I Nr. 2 AO) dos cidadãos, não surpreende. Isto com efeito evita precisar se ocupar do direito dos contribuintes. Os cidadãos não podem, entretanto, com tanta facilidade ser privados de seu direito.

Por conseguinte, no direito comparado, especialmente em Portugal (muito semelhante ao sistema jurídico brasileiro¹³⁹), o tema da boa Administração Tributária já é consolidado no texto constitucional – especialmente a administração pública democrática (art. 266 e seguintes da CRP)¹⁴⁰. Aliás, em terras lusitanas, a arbitragem

¹³⁸ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Tradução Luiz Dória Furquim.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2012. p.81.

¹³⁹ Verifica-se uma evolução no regime jurídico administrativo português, fruto da reforma do Estado e da evolução civilizatória da própria sociedade em Portugal.

¹⁴⁰ “Artigo 266.º. Princípios fundamentais. 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

Artigo 267.º Estrutura da Administração. **1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.** 2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração e dos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes. 3. A lei pode criar entidades administrativas independentes. 4. As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna

tributária é bem-sucedida, conforme será tratado posteriormente. Para o regime jurídico português, por seu turno, a boa administração tributária está relacionada diretamente ao “princípio da colaboração” (art. 59 da Lei Geral Tributária).¹⁴¹

Essa colaboração é recíproca entre Administração Tributária e contribuintes. Está sustentada na boa-fé, segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e proteção da confiança. Ou seja, é uma relação pautada na horizontalidade

baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos. 5. O processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito. 6. As entidades privadas que exerçam poderes públicos podem ser sujeitas, nos termos da lei, a fiscalização administrativa”. (grifo nosso). PORTUGAL. ([Constituição, 1976]). **Constituição da República Portuguesa**. 1976. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 09 abr. 2021.

¹⁴¹ “Artigo 59.º **Princípio da colaboração.** 1 - Os órgãos da administração tributária e os contribuintes estão sujeitos a um dever de colaboração recíproco. 2 - Presume-se a boa fé da actuação dos contribuintes e da administração tributária. 3 - A colaboração da administração tributária com os contribuintes compreende, designadamente: a) A informação pública, regular e sistemática sobre os seus direitos e obrigações; b) A publicação, no prazo de 30 dias, das orientações genéricas sobre a interpretação e aplicação das normas tributárias; c) A assistência necessária ao cumprimento dos deveres acessórios; d) A notificação do sujeito passivo ou demais interessados para esclarecimento das dúvidas sobre as suas declarações ou documentos; e) A prestação de informações vinculativas, nos termos da lei; f) O esclarecimento regular e atempado das fundadas dúvidas sobre a interpretação e aplicação das normas tributárias; g) O acesso, a título pessoal ou mediante representante, aos seus processos individuais ou, nos termos da lei, àqueles em que tenham interesse directo, pessoal e legítimo; h) A criação, por lei, em casos justificados, de regimes simplificados de tributação e a limitação das obrigações acessórias às necessárias ao apuramento da situação tributária dos sujeitos passivos; i) A publicação, nos termos da lei, dos benefícios ou outras vantagens fiscais salvo quando a sua concessão não comporte qualquer margem de livre apreciação da administração tributária; j) O direito ao conhecimento pelos contribuintes da identidade dos funcionários responsáveis pela direcção dos procedimentos que lhes respeitem; l) A comunicação antecipada do início da inspecção da escrita, com a indicação do seu âmbito e extensão e dos direitos e deveres que assistem ao sujeito passivo. m) Informação ao contribuinte dos seus direitos e obrigações, designadamente nos casos de obrigações periódicas; n) A interpelação ao contribuinte para proceder à regularização da situação tributária e ao exercício do direito à redução da coima, quando a administração tributária detecte a prática de uma infracção de natureza não criminal. o) A disponibilização no Portal das Finanças dos formulários digitais, em formato que possibilite o seu preenchimento e submissão, para o cumprimento das obrigações declarativas previstas nos artigos 57.º e 113.º do Código do IRS e nos artigos 120.º e 121.º do Código do IRC, com uma antecedência mínima de 120 dias em relação à data limite do cumprimento da obrigação declarativa. 4 - A colaboração dos contribuintes com a administração tributária compreende o cumprimento das obrigações acessórias previstas na lei e a prestação dos esclarecimentos que esta lhes solicitar sobre a sua situação tributária, bem como sobre as relações económicas que mantenham com terceiros. 5 - A publicação dos elementos referidos nos alíneas a), b), e), f) e i) do n.º 3 é promovida por meios electrónicos. 6 - A administração tributária disponibiliza a versão electrónica dos códigos e demais legislação tributária actualizada. 7 - As comunicações previstas nas alíneas m) e n) do n.º 3 são efetuadas por via electrónica. 8 - Sempre que a Autoridade Tributária e Aduaneira não cumpra o prazo mínimo de antecedência previsto na alínea o) do n.º 3, a data limite para o cumprimento da respetiva obrigação declarativa prorroga-se pelo mesmo número de dias de atraso”. (grifo nosso). PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 398/98** [Lei geral tributária]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1998-34438775>. Acesso em: 30 maio 2021.

administrativa; o contribuinte não é um mero servo (súdito) do Estado-fiscal. Existem direitos e deveres recíprocos que devem ser atendidos por ambas as partes na relação jurídica tributária.

Destaca-se o caráter preventivo e pedagógico na atuação por parte da administração tributária portuguesa. Além da atuação meramente repressiva, existe uma clara preocupação com a transparência e lealdade na relação jurídica tributária. 'Pegar o contribuinte de surpresa' não é o parâmetro legal. O contribuinte deve ter acesso às informações públicas e instruções úteis acerca das obrigações tributárias, para que o cumprimento do sistema jurídico seja voluntário e legítimo.

O Estado Português, realmente, implementou um regime jurídico constitucional e administrativo voltado para relações dialógicas e horizontalizadas com os contribuintes. Um Estado menos repressivo e mais democrático.

Patrícia Anjos Azevedo esclarece que existe uma relação direta entre o dever de colaboração e o conseqüente dever de informação por parte da administração tributária em Portugal:¹⁴²

Concretizando o conteúdo do dever de colaboração, importa, em primeiro lugar, fazer referência aos deveres que impendem sobre administração tributária perante os contribuintes, os quais compreendem, designadamente, a informação pública, regular e sistemática sobre os seus direitos e obrigações (cfr. alínea a) do n. 3, do art. 59 da LGT), o que significa a realização regular de campanhas de informação e de esclarecimento aos contribuintes. Assim, os contribuintes devem ser periodicamente informados quanto às suas obrigações tributárias e aos seus deveres, não sendo em muitas situações exigível que os mesmos sejam perceptíveis, sem mais, pelo próprio contribuinte. Em segundo lugar, refira-se a obrigatoriedade de publicação, num prazo de trinta dias, das orientações genéricas sobre a interpretação e aplicação das normas tributárias (cfr. Alínea b) do n. 3, do art. 59 da LGT). Por outras palavras, exige-se a divulgação por parte da administração tributária, num prazo relativamente curto (o anterior era bem mais alargado, uma vez que era de seis meses), de todos os documentos de natureza oficial nos termos dos quais se fixe um determinado entendimento ou orientação genérica acerca da interpretação e aplicação de normas tributárias (v.g. caso das circulares, despachos normativos, ofícios-circulados, etc), por seu turno, na alínea c do n. 3 do art. 59 da LGT encontra-se prevista, também no âmbito do dever de colaboração, a assistência necessária ao cumprimento dos deveres acessórios, ou seja, a imposição legal de que a

¹⁴² AZEVEDO, P. A. O princípio (geral) da boa administração e os princípios aplicáveis no âmbito do procedimento tributário. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, São Mamede de Infesta, p. 235. 2014. Disponível em: <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/1008>. Acesso em: 10 maio 2021.

administração tributária intervenha numa fase anterior ao cumprimento das obrigações tributárias, por forma a evitá-las.

Assim, quando o contribuinte tem informações adequadas e úteis, a possibilidade de confiar no sistema tributário é maior. A relação é pautada na confiança, na boa-fé e no compartilhamento. O grau de cumprimento das obrigações tributárias também costuma ser maior; o contribuinte não se sente enganado, ludibriado e incorpora socialmente a importância da receita fiscal para o Estado. É um sistema administrativo tributário moderno e que merece ser juridicamente ‘copiado’ pelo Estado brasileiro, na medida de nossas possibilidades culturais.

Novamente, merece descrição o pensamento da professora lusitana Patrícia Anjos Azevedo sobre as principais características da administração tributária cooperativa em Portugal:¹⁴³

O princípio da boa administração encontra-se intimamente relacionado com o princípio da colaboração recíproca, que vincula quer a administração tributária, quer os contribuintes.

Além disso, a atuação administrativa, em sede de procedimento tributário, encontra-se vinculada por uma série de princípios que, no fundo, constituem garantia de que, na atuação administrativa, quer administração, quer administrados pautam as suas atuações nos trâmites legalmente consignados, ao estabelecer-se que a atuação administrativa deverá basear-se em princípios tendentes a dar certeza e segurança à atuação administrativa e à posição jurídica dos contribuintes, bem como o respeito pelas suas legítimas expectativas e garantias, fomentando-se ao mesmo tempo uma participação ativa e uma responsabilidade destes.

No entanto, ao referimo-nos a um verdadeiro dever de cooperar, apontam-se diversas consequências jurídicas que se aplicam quando a colaboração sendo exigida ou exigível, não é prestada, designadamente as seguintes: (i) a aplicação de métodos indiretos de determinação da matéria coletável – cfr. art. 87 alíneas b) e ss da LGT, bem como arts. 88, 89 e 89 A, todos da LGT; (ii) a perda de benefícios fiscais – cfr. art. 14, n. 2, da LGT e art. 14 do EBF; (iii) a aplicação de um agravamento à coleta – cfr. art. 77 do CPPT e art. 91, n. 9, da LGT; (iv) a responsabilidade do sujeito que se negar a prestar a informação, o que poderá desencadear na responsabilidade disciplinar (no caso dos funcionários públicos), responsabilidade contraordenacional (arts. 113 e 166 e ss RGIT) ou até mesmo responsabilidade criminal – art. 103, n. 1, alíneas A e B, do RGIT, por exemplo; (v) suspensão dos prazos impositivos de celeridade processual e conseqüente não exigibilidade do seu respeito (art. 57, n. 4, da LGT).

¹⁴³ AZEVEDO, P. A. O princípio (geral) da boa administração e os princípios aplicáveis no âmbito do procedimento tributário. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, São Mamede de Infesta, p. 237, 2014. Disponível em: <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/1008>. Acesso em: 10 maio 2021.

Esse caráter democrático da administração tributária portuguesa não é mera retórica legal, uma vez que Portugal se destaca na gestão administrativa flexível, dialógica e consensual. A burocracia estatal portuguesa evoluiu para paradigmas mais modernos na relação entre administração e administrado, especialmente no campo administrativo e tributário¹⁴⁴.

Quanto ao Brasil, o regime jurídico administrativista evoluiu bastante, como visto em linhas pretéritas. Reformas legislativas importantes que estabeleceram novos paradigmas nas relações entre Administração e administrado e novos paradigmas na relação entre o Estado e o mercado¹⁴⁵. A gênese dessa evolução é

¹⁴⁴ Como exemplo prático de sucesso do modelo de administração democrática dialógica em Portugal (especialmente arbitragem na administração pública), podemos citar o CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa), que tem a função de resolver litígios de Direito Público nas áreas administrativa e também tributária. De acordo com mensagem do atual Presidente do CAAD – Nuno Villa-Lobos: “O CAAD é um centro de arbitragem institucionalizada e caráter especializado, criado pelo Despacho n.º 5097/2009, de 27 de janeiro, do Secretário de Estado da Justiça, alterado pelo Despacho n.º 5880/2018, de 1 de junho, da Secretária de Estado da Justiça. No CAAD podem ser resolvidos litígios de Direito público nas áreas administrativa e também tributária. Na área administrativa, o CAAD é competente para constituir tribunais arbitrais para o julgamento de litígios que tenham por objeto quaisquer matérias jurídico-administrativas, envolvendo entidades pré-vinculadas, como é o caso dos Ministérios da Justiça, da Cultura, da Educação e de várias instituições do ensino superior, ou entidades que não estejam pré-vinculadas ao CAAD, mediante a outorga de compromisso arbitral. Na área tributária, o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, prevê a possibilidade de resolução, pela via arbitral, de litígios que importem a apreciação da legalidade de atos tributários. A Autoridade Tributária e Aduaneira pré vinculou-se à arbitragem tributária sob a égide do CAAD, o que significa a previsão de um verdadeiro direito de acesso à arbitragem por parte dos contribuintes em processos até aos dez milhões de euros. Portugal dispõe hoje da legislação mais avançada de arbitragem em matéria de Direito público, num percurso legislativo iniciado em 2004, com a Reforma do Contencioso Administrativo e que teve como etapas fundamentais a criação do Centro de Arbitragem Administrativa, em 2009, e a concretização, em 2011, de um regime inovador de arbitragem tributária. A tramitação dos processos arbitrais em matéria administrativa e tributária obedece, no CAAD, ao princípio da desmaterialização, com recurso a uma plataforma informática, que permite o acesso ao processo pelos árbitros e pelas partes a partir de qualquer ponto do país e sem necessidade de deslocação às instalações do CAAD, em Lisboa. A transparência é um elemento fundamental na confiança na arbitragem administrativa e tributária. Todas as decisões proferidas pelos Tribunais Arbitrais a funcionar no CAAD são publicadas neste site. Os árbitros são sempre identificados. E os acórdãos são enviados para a Procuradoria-Geral da República. Em média, os processos no CAAD ficam concluídos em menos de cinco meses. O CAAD apresenta-se, portanto, como um centro de decisão, divulgação e conhecimento em matéria arbitral ao serviço do Estado, dos cidadãos e das empresas”. CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (CAAD). **Mensagem do presidente do CAAD**. Lisboa, 2021. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁴⁵ Para o ex-Presidente da República do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, as reformas do Estado brasileiro acompanharam os novos paradigmas político-ideológicos vigentes nos grandes Estados ocidentais. “A ‘onda rosa’, como tais paradigmas vêm sendo chamados, consistiria no reconhecimento da inevitabilidade do mercado como agente alocador de recursos e, dadas as suas imperfeições, no caráter imperativo da ação pública (mas não necessariamente estatal) para a redistribuição de rendas e o bem-estar social. Propugna-se que a reforma do Estado brasileiro, tradicionalmente centralizador e voltado a interesses particularistas, tenha por princípio orientador a universalização do acesso aos serviços sociais básicos mediante a racionalização e democratização dos recursos e órgãos públicos”. CARDOSO, Fernando Henrique. Notas sobre a reforma do Estado. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, ed. 50, v. 1, p. 5-12, mar. 1998. Disponível em: <https://novosestudios.com.br/produto/edicao-50/>. Acesso em: 18 fev. 2021.

justamente nossa Constituição Federal de 1.988, democrática, cidadã e progressista. Claro que precisamos de mais reformas (jurídicas), mas não podemos negar os avanços até então obtidos.

Entretanto, no campo prático, a atuação burocrática da administração (tributária) no Brasil não tem apresentado resultados positivos. Medidas administrativas iníquas e ineficientes, alto estoque de contencioso de créditos tributários e judicialização excessiva de demandas fiscais: essa é a realidade fática. Para exemplificar, cite-se relatório publicado em 2019 (antes da Pandemia - COVID-19) pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO), com base em auditoria realizada pela EY (Ernst & Young Global Limited), em estudo sobre os Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro, em que as constatações iniciais são desanimadoras no tocante à eficiência do Poder Público:¹⁴⁶

Em relação ao contencioso tributário brasileiro, alguns fatores são determinantes para a complexidade do cenário atual, como a pluralidade da legislação tributária e a quantidade de obrigações acessórias. Esses aspectos, aliados à carga tributária, exigência de penalidades no lançamento de ofício e atualização da dívida fiscal dos contribuintes, tornam o crédito tributário mais expressivo para as empresas, o que acaba por influenciar a decisão gerencial de se seguir ou não pela via contenciosa.

Por meio de gráficos e ilustrações, este trabalho sistematiza o cenário atual do contencioso brasileiro, apresentando dados e indicadores de controvérsias extraídos de relatórios, documentos e estudos publicados por órgãos governamentais e por entidades de pesquisa. A abordagem objetiva e visual busca traduzir para uma linguagem direta e didática as mais variadas referências bibliográficas que fizeram parte do estudo.

Entre os dados apresentados, destaca-se o estoque do crédito tributário contencioso, composto por crédito tributário da Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que alcançou R\$ 3,4 trilhões, de acordo com dados do Balanço Geral da União.

As análises comparativas entre este montante e outros indicadores financeiros revelam que:

i. O recebimento do crédito tributário seria suficiente para tornar positivo o Patrimônio Líquido da União (negativo desde 2015).

ii. O estoque de crédito tributário é superior às receitas realizadas pela União.

iii. O valor do estoque de crédito tributário contencioso ultrapassou a metade do PIB em 2018 (50,5%).

Ao longo dos últimos anos, o crédito tributário lançado pela Receita Federal tem mantido tendência crescente: R\$ 91 bilhões em 2010;

¹⁴⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO). **Desafios do contencioso tributário brasileiro**. São Paulo: ETCO, nov. 2019. p. 20. Disponível em: <https://www.etc.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

R\$ 190 bilhões em 2013; R\$ 206 bilhões em 2017; e R\$ 187 bilhões em 2018. Tal aumento se deve ao trabalho desenvolvido pela fiscalização federal, cujas estratégias e focos de atuação podem ser conferidos nos Planos Anuais de Fiscalização.

Neles, observa-se a evolução das obrigações acessórias criadas nos últimos anos, como SPED, ECD, NF-e, ECF e outras, que visam a integrar os fiscos, racionalizar as obrigações, digitalizar a escrituração contábil e fiscal, entre outros objetivos. Essas ferramentas promoveram mais eficiência na apuração do crédito tributário e na verificação de inconformidades no recolhimento de tributos.

Do total de autos de infração lavrados em 2018 pela Receita Federal, 28,48% estiveram vinculados a uma representação fiscal para fins penais. A formalização das representações pela RFB e o posterior encaminhamento ao Ministério Público têm relação direta com casos em que houve aplicação de multa agravada, já que relacionados ao cometimento de atos ilícitos, tais como sonegação e fraude.

Assim, é possível inferir que o aumento dessas representações causa incremento dos lançamentos de multas agravadas pela RFB". (grifo nosso). Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) e EY (Ernst & Young Global Limited). **Os desafios do contencioso tributário no Brasil: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil**. Novembro de 2019. (grifo nosso).

Percebe-se, nesse estudo sério e ilustrativo, que a União tem mais estoque de crédito tributário do que eficiência no recebimento da receita pública. Ou seja, a União (Administração Tributária) gasta mais tempo e recursos com medidas administrativas ou judiciais ineficientes, do que propriamente com medidas adequadas que gerem efetiva arrecadação fiscal. Qual a lógica disso? Talvez seja a manutenção cultural do modelo de burocracia estatal pautado numa relação verticalizada e hierárquica com o contribuinte; inflexível e pouco dialógico.

Além dessa constatação utilitarista (ineficiência no tocante à arrecadação fiscal), cabe mencionar que a aplicação eficiente da legislação tributária, inclusive no campo arrecadatório, tem relação direta com a igualdade tributária e com a capacidade contributiva. Quando o sistema funciona mal, ele prejudica diretamente o contribuinte, não apenas os cofres públicos. Parafraseando o professor alemão Klaus Tipke, existe uma política fiscal doentia¹⁴⁷ em andamento no Brasil, implementada por um sistema jurídico complexo, injusto e contraditório e, ainda, por uma Administração Tributária ineficiente.

¹⁴⁷ TIPKE, Klaus. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2012. p. 88.

Não obstante, os ruídos desse processo ineficiente estão soando como um alarme, como um aviso de que a Administração Pública no Brasil precisa tomar providências urgentes e eficazes, sob pena de um colapso estrutural¹⁴⁸. E justamente uma das medidas tomadas para melhoria desse cenário ruim é a desjudicialização da solução de conflitos administrativos (e também tributários). Esse é um movimento com grande amparo legislativo e que está acarretando lentas, mas profundas mudanças na cultura de solução de conflitos pela Administração Pública no Brasil, conforme será visto abaixo.

3.4 Desjudicialização de conflitos e administração pública: contributos para a racionalização do sistema judicial.

Com todo respeito e deferência, a ineficiência é uma marca da Administração Pública (tributária) no Brasil. Não por incompetência ou por mão-de-obra incapacitada. Pelo contrário. A atuação ineficaz é fruto, especialmente, da cultura jurídica de judicialização excessiva de conflitos. Dos casos mais simples aos mais complexos; dos créditos tributários mais baixos (em algumas Procuradorias municipais, por exemplo) ao mais altos.

Esse movimento nocivo de judicialização excessiva de conflitos, em praticamente todas as áreas da Administração Pública, gera um congestionamento sobre o Poder Judiciário. Os entes públicos não costumam adotar políticas de gestão adequadas de conflitos e preferem delegar ao Judiciário a solução integral das tensões interpessoais ou dos problemas diretamente mais impactantes. Seja por meio da promoção de ações judiciais, sem qualquer tentativa prévia de diálogo (verdadeiro) com o administrado, seja por meio da resistência ampla das pretensões alheias.¹⁴⁹

¹⁴⁸ O colapso no funcionamento da Administração Tributária e na higidez das contas públicas no país pode ser pensado sob a inspiração do escritor norte-americano Ernest Hemingway, no contexto da fala de um empresário falido, que ao explicar a forma que se deu sua bancarrota ponderou: *Two ways. Gradually; then suddenly*" (de duas formas: devagar e então de repente - em tradução nossa). HEMINGWAY, Ernest. **O sol também se levanta**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. p. 57.

¹⁴⁹ Para Murilo Francisco Centeno, a Administração Pública tem significativa responsabilidade pela morosidade e ineficácia do sistema judicial: "De modo geral e atuando de maneira excessivamente litigiosa frente aos conflitos que as envolvem, as Administrações Públicas de todas as esferas governamentais têm participação considerável na sobrecarga de processos em curso no Poder Judiciário, figurando, entre os maiores litigantes, vale dizer, entre os que mais canalizam direta ou indiretamente demandas à jurisdição estatal e, por conseguinte, congestionam o seu fluxo. Em sendo assim, possuem parcela significativa de responsabilidade pela morosidade e ineficácia do

Repisa-se que, o último relatório da Justiça em Números¹⁵⁰, publicado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em 2021, referente ao ano de 2020, apresenta dados de um estoque pendente no Poder Judiciário brasileiro de 75,4 milhões de processos. É um número elevado de processos que contribui para a demora nos julgamentos e, conseqüentemente, para a insatisfação dos jurisdicionados.

Não obstante, de acordo com esses dados, houve uma redução na propositura de novas ações em 2020 (-20,8%) em relação a 2019.¹⁵¹ Contudo, o ano de 2020 foi um ano atípico, em razão da Pandemia da COVID-19, pois várias atividades presenciais ficaram suspensas no Brasil, inclusive no âmbito judicial. A adaptação do Poder Judiciário ao atendimento eletrônico foi rápida. Mas muitas pessoas físicas e jurídicas em conflito suspenderam a propositura de novas ações judiciais, pois o momento era de tensão e de prioridade na preservação da saúde humana. É provável que o número de demandas judiciais novas cresça no ano de 2021, com impactos negativos sobre a combalida estrutura do Poder Judiciário.

De qualquer forma, a Administração Tributária é uma das principais responsáveis pelo congestionamento no Poder Judiciário. Por exemplo, a quantidade de execuções fiscais promovida nas três esferas da federação é exponencial (representam 36% dos processos pendentes no Poder Judiciário). Mais uma vez o relatório do CNJ (2021) é elucidativo:¹⁵²

O Poder Judiciário contava com um acervo de 75 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2020, sendo que

sistema, vez que é consenso que a ausência de celeridade na entrega da prestação jurisdicional, que compromete a eficácia do direito humano e fundamental à razoável duração do processo judicial, decorre em grande parte do excessivo e crescente número de demandas confiadas às diversas instâncias jurisdicionais". CENTENO, Murilo Francisco. **Câmaras de prevenção e solução consensual de conflitos das administrações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 32.

¹⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁵¹ "Durante o ano de 2020, foram proferidas 25 milhões de sentenças e decisões terminativas, conforme Figura 55, com redução de 6.569 mil casos (-20,8%) em relação a 2019. É provável que tais números também tenham sido impactados pela pandemia de 2020, tendo em vista que o primeiro grau, onde houve mais queda, 23,3%, exige uma instrução probatória mais detalhada. As decisões terminativas no segundo grau, em que a instrução probatória já se encontra encerrada nos julgamentos recursais, reduziu em menor ordem de grandeza, 8,2%". CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021

¹⁵² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

mais da metade desses processos (52,3%) se referia à fase de execução.

[...]

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 68% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 36% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2020. Há de se destacar, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente. Ademais, as dívidas chegam ao Judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos, por isso a difícil recuperação. O impacto da execução é significativo principalmente nos segmentos da Justiça Estadual, Federal e Trabalhista, correspondendo, respectivamente, a 53,9%, 49,6%, e 55,3% do acervo total de cada ramo, conforme aponta a Figura 116. Em alguns tribunais, a execução chega a consumir mais de 60% do acervo. É o caso do TJDF, TJRJ, TJSP na Justiça Estadual; TRF3 na Justiça Federal; e TRT10, TRT13, TRT14, TRT16, TRT19, TRT2, TRT20, TRT21, TRT23, TRT7, TRT8, TRT9 na Justiça do Trabalho. (grifo nosso).

O problema das execuções fiscais merece um tratamento à parte. Elas são pouco eficazes para a efetiva recuperação do crédito público (numa análise de custo-benefício econômico e social). Muitos devedores são insolventes e não possuem patrimônio suficiente para satisfação (integral) da obrigação tributária. A administração pública provavelmente tentou receber o crédito administrativamente. Através de medidas coercitivas e pouco cooperativas (principalmente protesto de títulos, busca de bens, etc).¹⁵³

¹⁵³ Os últimos dados e análises apresentados pelo CNJ são elucidativos quanto à ineficácia das execuções fiscais no sistema judicial brasileiro: “Execuções Fiscais. Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O processo de execução fiscal chega ao Poder Judiciário depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas já cobradas por outras vias e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação.”

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 36% do total de casos pendentes e 68% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2020, apenas 13 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 6,1 pontos percentuais, passando de 73% para 66,9% em 2020.

O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 83% dos processos. A Justiça Federal responde por 17%; a Justiça do Trabalho por 0,27% e a Justiça Eleitoral, por apenas 0,01%.

Da mesma forma, o efeito desses processos nos acervos é mais significativo na Justiça Federal e Estadual. Na Justiça Federal, os processos de execução fiscal correspondem a 46% do seu acervo total de primeiro grau (conhecimento e execução); na Justiça Estadual, a 40%; na Justiça

Contudo, a administração tributária não adota significativamente estratégias de gestão extrajudicial eficaz de conflitos, como métodos consensuais e proto-heterocompositivos de solução de disputas (conciliação, mediação e até arbitragem). Não há difusão da relação dialógica com o contribuinte, numa relação jurídica tributária democrática, transparente e cooperativa. Os processos de execução fiscal, ficam, assim, congestionados no Poder Judiciário. É um jogo de soma zero, em que o sistema do ‘ganha-perde’ prejudica a relação do contribuinte com o Estado¹⁵⁴.

do Trabalho, a 2%. Apesar de as execuções fiscais representarem cerca de 38% do acervo de primeiro grau na Justiça Estadual, verifica-se, na Figura 119, que somente dois tribunais possuem percentual superior a essa média: TJSP (58,5%) e TJRJ (56,2%), mas, por representarem tribunais de grande porte, sobem a média do segmento estadual, pois apenas no TJSP são 11 milhões de execuções fiscais pendentes (Figura 118). Na Justiça Federal, com média de 46% de execuções pendentes em relação ao acervo de ações pendentes, dois apresentam índice maior que a média: TRF3 com 57% e TRF2 com 50%.

A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (93%), seguida da Justiça Estadual (86%) e da Justiça do Trabalho (88%). A menor é a da Justiça Eleitoral (83%), em que pese haja tribunais com 100% (TRE-PR e TRE-AL), conforme se verifica na Figura 122. Na Justiça Estadual, destaca-se o TJAM com 99%, o TJDFT com 98% e o TJSP com 96%.

Assim como verificado no total de casos pendentes, houve redução dos processos pendentes de execução fiscal pelo terceiro ano consecutivo (-11,2%), representando a maior redução histórica dentro da série temporal. Os casos novos também reduziram no último ano (-21,9%). Mesmo com a redução do acervo, a taxa de congestionamento aumentou em 0,4 ponto percentual em 2020 (Figura 121), em razão da redução também do total de baixados na execução fiscal (-14,2%). Porém, o aumento maior ocorreu ao desconsiderar as execuções fiscais, significando que os outros processos ensejaram o aumento da taxa de congestionamento, e não tanto a execução fiscal. O tempo de giro do acervo desses processos é de 6 anos e 10 meses, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente.

O tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal baixado no Poder Judiciário é de 8 anos e 1 mês. Verifica-se, na Figura 123, que houve aumento no tempo de baixa em relação ao ano anterior, mas ainda em nível melhor do que de 2018. Ao desconsiderar os processos de execução fiscal, o tempo médio de tramitação do processo baixado na fase de execução passaria de 6 anos e 1 mês para 3 anos, considerando o ano de 2020 (Figura 123). Houve redução do tempo de tramitação das execuções, quando desconsideradas as execuções fiscais.

Os Tribunais da Justiça Federal apresentam os maiores tempos de tramitação dos processos de execução fiscal, em média 10 anos e 11 meses (Figura 124). A Justiça Estadual leva em média 7 anos e 10 meses para baixar um processo de execução fiscal, enquanto a Justiça do Trabalho 6 anos e 5 meses e a Justiça Eleitoral 5 anos e 11 meses”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. p. 174-177. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁵⁴ “No contexto dos jogos e se alinhando ao Direito Tributário, a conexão seria buscar uma escolha estratégica, levando-se em conta as ações do outro (Fisco e Contribuinte), mas, preservando técnicas que valorizem esta relação, já que a melhor escolha pode influenciar negativamente a situação do outro.

Assim, no desenvolvimento da interação entre Fisco e Contribuinte pode-se visualizar uma relação de maior cooperação entre as partes e uma participação em conjunto, observando-se o cenário atual com vistas a adequar a tributação em prol do bem comum, ou seja, em um jogo que todos podem ganhar, ou melhor que talvez aquela perda seja mínima em face de um resultado maior.

Do ponto de vista da teoria dos jogos podemos encarar a tributação do País como uma forma de se avaliar as estratégias de tributação e arrecadação, alinhando na outra ponta com as políticas públicas que podem ser adotadas para fomentar as atividades econômicas com vistas ao retorno

do crescimento da economia e da segurança do empresariado interno e externo, para novos empreendimentos e investimentos que gerem renda, empregos, etc.

Em consequência desta aplicação, as próprias demandas que desaguam no âmbito administrativo e judicial podem ser consideradas como jogos, baseando-se nos estudos de John Nash e Duílio Berni.

Neste campo de atuação, podemos vislumbrar quem seriam os potenciais jogadores e suas estratégias, e mais além, estendendo-se aos próprios entes tributantes, como no caso da guerra fiscal do ICMS ou do conflito de competência do ISSQN.

Frise-se que, tal situação, a meu ver, deveria compor um jogo cooperativo, no qual ambas as partes buscam objetivar o máximo de ganhos em comum e não como acontece em nosso sistema tributário em que um 'ente ganha e o outro perde' (jogo de soma zero).

É notório que a 'guerra' ou o 'empate' entre os entes tributantes pela cobrança e arrecadação dos impostos gera, na verdade, uma total insegurança jurídica para o contribuinte. E por esta influência, muitas vezes negativa, este 'jogador' tende a agir de forma nem tanto estratégica e em contrapartida, influencia outra ação também prejudicial ao outro 'jogador'.

Entende-se que nessa relação podemos ter até mais de 04 (quatro) jogadores, considerando um conflito de competência do ISSQN em que, certamente, terá seus efeitos irradiados para o processo administrativo e ou judicial:

- 1 – Município A (local de prestação do serviço)
- 2 – Município B (local do estabelecimento do prestador)
- 3 – Contribuinte (Prestador)
- 4 – Responsável Tributário (Tomador)
- 5 – Órgão Administrativo (CARF)
- 6 – Órgão Judicial (STJ)

Nesse panorama, caso não se adote uma estratégia adequada para este processo (jogo) os resultados podem não ser razoáveis ou justos e até mesmo beneficiar somente uma das partes envolvidas, o que não é o objetivo da teoria dos jogos, segundo o entendimento revolucionário de Nash.

Não se pode esquivar ainda das condutas adotadas pelos Estados na guerra fiscal, na concessão de benefícios fiscais diversos à revelia do CONFAZ, instalando-se o caos no sistema tributário a nível nacional, a considerar a gama de Estados em nossa República.

Estes benefícios presentes em diversos Estados, ainda que sejam passíveis de declaração de inconstitucionalidade (art. 155, §2º, inc. XII, alínea g com artigo 1º e 8º da LC n. 24 de 1.975), *infatti*, prestigia a teoria de Adam Smith, ao considerar que a ambição pessoal ou individual deve prevalecer para alcançar o fim almejado (proveito próprio).

Certo é que os Estados agindo desta forma, assim também como nos Municípios, em benefício próprio, não enxergam as dificuldades que criam ao sistema tributário, que por diversas vezes, sofre 'modificações' diante dos entendimentos esposados no contencioso administrativo e judicial pelos órgãos competentes.

E nesta celeuma de 'estratégias', o que se sabe é o insucesso nas demandas, seja por parte do Fisco, seja por parte dos contribuintes e no final, ou melhor, o resultado, nem sempre será positivo para as partes.

Conclui-se que, infelizmente, estamos diante de jogos não cooperativos, em que os jogadores não se comunicam e atuam de forma autônoma, justamente pelo desconhecimento do jogo por parte dos contribuintes e pela ausência de transparência dos Estados, haja vista que cada um adota certo tipo de conduta, assim também como os Municípios, refletindo ao contribuinte campo insólito (insegurança jurídica) para adotar ou criar suas estratégias, tornando cada vez mais sinuoso o caminho a ser percorrer em matéria tributária.

A teoria dos jogos se apresenta de grande relevância na moldagem de comportamentos ou ações estratégicas de agentes racionais, todavia, o que se visualiza do cenário tributário é a singela interação entre Fisco e Contribuinte.

Portanto, uma vez conhecido, compreendido e aplicada a teoria dos jogos ao campo tributário, além de clarear a complexidade do atual sistema, certamente, poderá se vislumbrar resultados mais eficientes, sem necessariamente atender um 'jogador', pois o interesse deve ser permeado pelo objetivo da coletividade" (grifo nosso). BAZOLLI, Pedro Rizzo. **A teoria dos jogos e a tributação.** [S. l.], 2016. Disponível em: <https://pedrorizzobazooli.jusbrasil.com.br/artigos/376678862ateoria-dos-jogos-e-a-tributacao>. Acesso em: 17 out. 2019.

Por conseguinte, é justamente diante desse cenário que o movimento de desjudicialização de conflitos cresce no Brasil, inclusive (com mais timidez) no meio tributário. Há um esforço legislativo em curso, especialmente no Congresso Nacional, para implementação de políticas consensuais e dialógicas de solução de conflitos. Juristas em todo o país se esforçam pela institucionalização da desjudicialização.

Fato é que esse processo de desjudicialização é difundido especialmente pela adoção dos meios adequados de solução de conflitos pela própria Administração Pública, reconhecidamente a maior litigante habitual (organizacional) no país.

3.4.1 Desjudicialização de conflitos: conceito e características

O significado conceitual da palavra desjudicialização está relacionado à faculdade das partes resolverem seus conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis. Também é usada a palavra desjurisdicionalização, com o mesmo sentido.

A desjudicialização representa, também, o deslocamento de atividades que eram de competência exclusiva do Poder Judiciário para esferas extrajudiciais e administrativas, como serventias extrajudiciais (cartórios). Esse processo de transferência de serviços jurídicos visa, sobretudo, diminuir a demanda de ações no Poder Judiciário, especialmente aquelas causas mais simples e que não são pautadas por conflitos de interesses significativos. Hoje é possível realizar divórcios, inventários e usucapiões por meio dos cartórios extrajudiciais.

Seguem alguns exemplos de desjudicialização no Brasil: a) Lei nº 8.560/92 que se refere ao reconhecimento de paternidade perante os serviços de registro civil; b) Lei nº 9.514/97, que trata dos procedimentos de notificação do devedor e leilão extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária; c) Lei nº 10.931/2004, que autoriza a retificação administrativa dos registros imobiliários; d) Lei 11.481/2007 que dispõe sobre a regularização fundiária para zonas especiais de interesse social; e propiciaram que o Judiciário, nesses casos, ficasse limitado aos conflitos de interesse, às contendas, e que, por seu turno, os cartórios extrajudiciais passassem a atuar de forma a prevenir litígios e homologar acordos, solucionando com agilidade os problemas.

Por consequência, haverá menos carga e pressão sobre o Poder Judiciário e os juízes poderão se dedicar com mais afinco ao processamento e julgamento de causas complexas (ou não) e sustentadas em conflitos de interesses perniciosos para a pacificação social e para o desenvolvimento do país. Precisamos de um Poder Judiciário forte e eficaz, não propriamente de um Poder Judiciário grande e lento – isso é *racionalização* da atuação do Poder Judiciário.

O Desembargador aposentado do TJRS, Diógenes Hassan Ribeiro, elucida quais são as principais e mais relevantes causas do fenômeno da desjudicialização no Brasil:¹⁵⁵

Importa, então, refletir sobre as causas da desjudicialização. Esse fenômeno, em especial, resulta da insuficiência do Estado-juiz no mundo contemporâneo, dado que a sociedade exige outras possibilidades de soluções, mais eficazes.

Essas alternativas apresentam outros olhares sobre os conflitos, diversos do tradicional que, mediante a coação, por um ato externo, por um ato estatal, impõe a solução. Todavia, como visto acima, essa solução estatal, em grande parte dos casos, não se revela adequada, correta e, portanto, justa no sentido mais extenso da palavra.

Com efeito, no âmbito da família, uma solução sem consenso que verse sobre visitação dos filhos pelo cônjuge que não tem a guarda, ou sobre a própria guarda, tem sido plenamente insatisfatória, considerando a recalcitrância das partes e a reincidência do conflito. Nesses termos, a mediação é bem mais satisfatória, ao retirar as partes de um conflito recorrente e propiciar que elas compreendam a dificuldade do outro em benefício da prole. Esse processo, esse novo olhar, se não remove a mágoa e o ressentimento do rompimento da união, ao menos possibilita a suspensão daquela mágoa.

No que concerne à justiça restaurativa, em um seminário ouvi um relato que mostra exatamente essa insuficiência do Estado e também da sua função jurisdicional. Tratava-se de um caso em que se encontrava presa a genitora de uma menina de seis anos. Ela cumpria condenação que a manteria afastada da filha por vários anos, situação que gerou o exercício da guarda da filha pela avó materna. Esta, contudo, passou a maltratar a neta, mas a genitora, cumprindo pena, nada podia fazer a respeito. Essa é uma situação clara de impossibilidade do Estado, de insuficiência do Estado. Punir a avó materna ou retirar dela a guarda da neta talvez somente causassem maior dor e sofrimento à criança.

É, portanto, situação que revela a necessidade de tratamento diverso do tradicional pela justiça restaurativa, na forma (como pretendem alguns) da própria mediação, inclusive por acompanhamento psicológico como recurso público que pode ser buscado.

¹⁵⁵ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, DF, ano 50, n. 199, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502916/000991396.pdf?sequence=>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Enfim, a causa especial da desjudicialização é a insuficiência do Judiciário. Mas tal insuficiência não decorre de ausência de prestação jurisdicional. É até possível que ela efetivamente ocorra na quase totalidade dos casos.

Realmente, é situação de insuficiência porque a jurisdição tradicional, como solução imposta de conflito de interesses, não é em nada eficaz. Aqui entra, então, igualmente a velocidade das transformações sociais a impor a insuficiência do Judiciário e, então, a desjudicialização.

Evidentemente, há outras causas menos importantes e relevantes, no atual contexto histórico, para a desjudicialização.

Esse processo de desjudicialização é fruto, assim, de causas complexas e heterogêneas. Uma sociedade com novas demandas, hipercomplexa e tecnologicamente disruptiva, que possui carências jurídicas não perfeitamente recepcionadas pelo Estado. Uma revolução em andamento que repercute na vida social, política e jurídica no país.¹⁵⁶

Desse modo, a solução estatal para pacificação social, por meio da coação, não é adequada nesse contexto de hipercomplexidade das relações sociais. O tradicional processo judicial é frágil, por exemplo, onde a sentença coloca fim ao conflito de interesses, resolve a lide jurídica, mas possui poucos reflexos sobre a lide

¹⁵⁶ Por exemplo, a Quarta Revolução Industrial é uma evolução natural e cheia de imprevisibilidades, que geram responsabilidades novas e formas inovadoras de regramentos jurídicos, mais flexíveis e adaptativos. Na visão de Matias Gonsales Soares, algumas sugestões poderão ser utilizadas para minimizar os impactos dessa mudança global: “a) Buscar a verdadeira situação por meio de debates, esclarecimentos e aperfeiçoamento constante dos cenários que podem se apresentar sobre essas mudanças. b) Servir-se da conjunção, respeito e união para auxiliar a talhar a Quarta Revolução Industrial e orientá-la para um futuro que reflita os objetivos e valores do equilíbrio social internacional; c) Aprimorar ponto de vista amplo e compartilhado entre as pessoas sobre qual maneira a tecnologia afetará a sociedade e reestruturará as condições econômicas, sociais e culturais de todos os seres humanos, buscando combater a ignorância em todas suas modalidades; d) Governo, empresas e sociedade devem vislumbrar o aparecimento de novos tipos de emprego, flexibilidade trabalhista, novos nichos mercadológicos e o uso mais eficaz e ecológico oportunizado por esta revolução digital; e) Conduzir a sociedade a uma nova consciência coletiva e moral, baseada em um sentido de liberdade, igualdade e fraternidade; f) Induzir os governos a trabalharem com ética e transparência, dando condições à concorrência geral e irrestrita, protegendo e cumprindo as leis, salvaguardando os legítimos interesses das pessoas de eventuais implicações negativas provocados pela tecnologia e, além disso, repartir os resultados financeiros do desenvolvimento econômico de forma mais equânime, considerando o trabalho realizado, mas também garantindo os direitos humanos; g) Buscar diminuir as incertezas da situação e a sobrevivência do ser humano com a concepção de uma agenda política nacional e internacional, com a participação dos agentes do mercado, especialistas e governos. Isso convém para análise de prováveis cenários com o intuito de desenvolver uma nova estrutura legislativa para o funcionamento das questões econômicas, sociais, trabalhistas e de relacionamento humano, principalmente nas questões regulatórias do ambiente jurídico; h) Moldar um futuro que funcione para todos nós, colocando as pessoas como prioridade universal, capacitando-as para a nova realidade e preparando-as para uma emancipação progressiva e pacífica da humanidade”. SOARES, Matias Gonsales. **A Quarta Revolução Industrial e seus possíveis efeitos no direito, economia e política**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2018. p. 30. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/B86DDA9403078E_AQuartaRevolucaoIndustrialeseu.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

sociológica. Nas Varas de Família, por exemplo, existe muita reincidência de demandas envolvendo guarda e alimentos.

No campo penal, o índice de reincidência é maior e a carência de acompanhamento psicológico por parte de reeducandas mães, por exemplo, é latente. De outro lado, o fenômeno da justiça restaurativa¹⁵⁷ tem apresentado bons resultados e pode mudar (um pouco) essa triste realidade.

Assim, a jurisdição tradicional não está mais (integralmente) adaptada aos novos cenários sociais, econômicos e políticos. A solução *imposta* de conflito de interesses é ineficaz e contraproducente. É justamente nesse cenário de hipercomplexidade que floresce o processo de desjudicialização, que também repercute (gradual e lentamente) sobre a área tributária no Brasil, conforme abaixo delineado.

3.4.2 Desjudicialização de conflitos na administração pública tributária

Há pouco tempo era inconcebível acreditar na participação do Estado brasileiro, com seu perfil tradicionalmente autoritário e centralizador, nos procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos, especialmente tributários. A área tributária sempre foi vista com muita sensibilidade pelo Poder Público, em razão da sua relevância para a composição das receitas públicas.

Entretanto, está mais do que constatado que os procedimentos tradicionais de cobrança de tributos, por meio exclusivamente do Poder Judiciário, são lentos e ineficazes. Acumulam-se ações judiciais com índices elevadíssimos de congestionamento, que afetam o trabalho efetivo do aparelho judicial.

Não obstante, aos poucos foram implementadas no Brasil previsões legislativas autorizando medidas extrajudiciais para solução de conflitos tributários, notadamente consensuais, como a transação tributária no ano de 2020. Antes disso, já tínhamos previsão de adoção de mediação de conflitos pelo Poder Público,

¹⁵⁷ “Identificando as necessidades oriundas da violação e do trauma causado por um ato contrário à lei, a Justiça Restaurativa propõe que, em vez do autor ser simplesmente punido através de um sistema restritivo de liberdade de questionável eficiência, seja oportunizado ao transgressor assumir socialmente sua atitude, e agir de forma consciente para reparar seu erro, mediante adoção de compromissos concretos. Essa conscientização é importante tanto para a vítima se sentir efetivamente reparada, quanto para o infrator, que ganha oportunidade de se confrontar com seu ato e de se reinserir no grupo social de sua pertença”. TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores de direito**. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 20.

através da Lei n. 13.140 de 2015. Uma verdadeira mudança paradigmática, o que representa um caminho para o empoderamento do cidadão em relação ao Estado¹⁵⁸.

Referidas mudanças não foram ocasionais, pois contemplam a modernização do próprio aparelho estatal brasileiro. Ou mais do que isso, a transformação da sociedade pós-moderna - fruto de uma relação mais próxima e participativa da sociedade civil com o Estado¹⁵⁹. Não é mais possível pensar o ente público a partir do sistema oitocentista (poder de império); a sociedade evoluiu e clama por formas mais justas e convincentes de intervenção do Estado na vida privada, como por exemplo, mediação de conflitos.

Através de uma análise mais acurada, observa-se do ponto de vista estrutural, que a Lei nº 13.140/2015 tratou primeiramente, em seu Capítulo I, da mediação, voltada para a solução de controvérsias entre particulares e o Capítulo II, da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Eis aqui um problema, pois tratando-se de uma lei de mediação, deveria ter sido implantada esta forma de solução de controvérsia também para o setor público, deixando as outras formas (conciliação, transação, acordos de conduta) para diplomas legais específicos ou até mesmo para o CPC.

A opção da legislação (art. 32 a 40 da Lei nº 13.140/2015), portanto, não foi implantar claramente a mediação na administração pública, mas instituir um conjunto

¹⁵⁸ “A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos envolvendo entes públicos pode ser encarada como uma inclusão do “outro”, do cidadão, o “dominado”, aquele que é tradicionalmente visto como objeto, mas não como sujeito das decisões estatais, no processo decisório público. Através do emprego de tais métodos, o Estado despe-se de seu império e passa a dialogar com aquele (s) que ele está habituado a simplesmente submeter à suas ordens, de modo que é possível visualizar aí uma inegável similaridade com os pressupostos da filosofia da libertação”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36.

¹⁵⁹ “Assim, a partir da feliz distinção de Renato Alessi, entre interesses públicos primários, referidos aos da sociedade, e interesses públicos secundários, estes conotados aos do Estado, enquanto instituição multipersonalizada, esse quadro ainda se ampliaria para comportar uma nova categoria, de interesses públicos terciários, como aqueles referidos ao objeto do jogo de poder político cada vez mais praticado entre os partidos. À falta da autêntica legitimidade, que resulta da consonância com um projeto de poder dimanado da sociedade, os interesses públicos terciários se voltam prioritariamente à disputa do poder, que nem sempre é respeitosa das regras do jogo democrático e, até mesmo, com indevido sacrifício de interesses públicos secundários, quando não, e de modo ainda mais aberrante, dos próprios interesses públicos primários. É, pois, esta renovação trazida pela juridicidade que progressivamente se vem impondo, tangida pelos novos sopros da consensualidade e da flexibilidade, para atender às crescentes demandas sociais próprias da complexidade e do pluralismo desta vida contemporânea, densamente organizada em sociedades cada vez mais conscientes e atuantes, e às suas céleres e profundas mutações em todos os setores da interação humana”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Para a compreensão do direito pós-moderno. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 67-86, out./dez. 2013.

de mecanismos de autocomposição, do qual a mediação é uma espécie que pode ser ou não implantada (art. 32, da Lei 13.140/2015)¹⁶⁰.

Ademais, no âmbito federal, a autorização legislativa conferida ao regulamento do chefe do Executivo, nos termos do art. 84, IV, da CR/1988, foi para implantar câmara de solução dos conflitos elencados (entre órgãos e entidades públicas; particular e pessoa jurídica de direito público e celebração de TAC). Conforme será descrito mais pormenorizadamente a seguir, a mediação caberia, quando muito, para as hipóteses do art. 32, II, da Lei nº 13.140/2015 e para as mediações coletivas previstas no art. 33, Parágrafo Único.

Além de implantar, o regulamento estabelecerá o modo de composição e funcionamento das câmaras (art. 32, § 1º) e os critérios de submissão do conflito às câmaras, conforme casos previstos, devendo ser facultativa a submissão destes conflitos à respectiva câmara (art. 32, § 1º).

Outras previsões do funcionamento de mecanismos de autocomposição, independente daquele que vier a ser implantado, seriam a obrigatoriedade de reduzir a termo o acordo formado consensualmente entre as partes e a determinação de que este acordo constituirá título executivo extrajudicial. (art. 32, §3º) Esta última medida é importante para definir a natureza e os efeitos do eventual acordo firmado.

Além disto, a lei prevê expressamente que podem ser solucionados conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares (art. 32, 21 5º).

Parece que um dos únicos dispositivos que induzem a implantação da mediação no setor público é o art. 33 da Lei nº 13.140/2015, segundo o qual “Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei”. Assim, a inércia do regulamento poderá seduzir a

¹⁶⁰ “[...] a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” BRASIL. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1.997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1.972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1.997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

administração a implantar a mediação a outros mecanismos de solução de problemas e conflitos na Administração. Neste sentido, considerando que a lei autorizou o exercício de competência ampla para a Administração em matéria de métodos autocompositivos, o exercício desta competência deve se dar de forma adequada, diferenciando-se as potencialidades que cada um tem a oferecer neste cenário.¹⁶¹

Outros aspectos importantes trazidos na lei referem-se à suspensão da prescrição, quando da instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito (art. 34); e das hipóteses de aplicação da lei na Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações no âmbito da Advocacia Geral da União (art. 35 a 40).

De mais a mais, existem experiências bem sucedidas de solução consensual de conflitos pelo Poder Público na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)¹⁶². Restam aos demais entes da federação (Estados e principalmente Municípios) regulamentarem e/ou implementarem o amplo tratamento adequado de solução de conflitos no âmbito da administração pública. Fato é que os pré-conceitos por parte da administração pública no interior do país, especialmente, são mais arraigados e difíceis de serem superados (mesmo com autorização legislativa).

Enfim, fato é que a desjudicialização de conflitos na área fiscal no Brasil está em franca expansão, notadamente através dos meios consensuais, sendo que a arbitragem tributária depende ainda de autorização legislativa (expressa). De

¹⁶¹ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. **Mediação na administração pública brasileira**: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018. p. 30.

¹⁶² “O acordo no âmbito da CCAF não necessariamente significa um resultado que põe fim à controvérsia, pelo contrário, pode representar um conjunto de ações que auxiliem as partes a melhor se comunicarem e trabalharem para seus objetivos em comum. Tome-se por exemplo o caso dos Servidores Municipais de Macapá, no qual se buscava nova resposta no âmbito da Constituição Federal para a transposição de servidores públicos que regularmente pertenciam ao quadro funcional do Município de Macapá, na época em que Amapá era Território, para os quadros da União Federal quando Amapá tornou-se Estado federado. O objeto do Termo de Conciliação naquele caso fora “encetar esforços para acelerar a votação da proposta de Emenda Constitucional n. 231-A, de 2007, do Deputado Federal Sebastião Bala Rocha”; além disso, os representantes do Município acordaram em “apresentar sugestões para aperfeiçoar a proposta em trâmite, inclusive com acolhimento de algumas sugestões oferecidas por este conciliador e pelos representantes da CONJUR/MPOG”. No caso, após homologado o Termo de Conciliação pelo Advogado-Geral da União e decorrido um ano, houve o arquivamento dos registros da mediação, pois, durante o período, não houve pedido do Município de Macapá para cooperação com o aperfeiçoamento da proposta de Emenda Constitucional n. 231-A, de 2007, conforme previsto no Termo de Conciliação”. SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. **Mediação na administração pública brasileira**: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018. p. 168-169.

qualquer forma, pode-se analisar um pouco mais esses meios consensuais de soluções de disputas, pois eles serão essenciais para a compreensão (cultural) desse avanço legislativo em prol do acesso à ordem jurídica justa na área fiscal.

3.4.2.1 Mediação e transação nas disputas fiscais

Os meios adequados de solução de conflitos (MASC), como visto, já foram positivados no Brasil e aos poucos contribuem para a gestão adequada de disputas envolvendo a Administração Pública. Vive-se uma fase de transição para a pós-modernidade e os reflexos no mundo jurídico parecem envolver a busca por mecanismos eficientes e consensuais de solução de disputas. Até mesmo o conservador direito penal (processual penal) no Brasil já admite uma espécie de “acordo” com a recente implantação no “Pacote Anticrime” do acordo de não persecução penal¹⁶³.

Contudo, a adoção dos MASC na área tributária é mais sensível e complexa. A tradição na solução de conflitos fiscais é a adoção ampla e irrestrita do princípio da indisponibilidade do crédito tributário e o meio comumente utilizado pela administração pública para discussão e cobrança dos seus créditos é a via judicial.

Esse modelo persiste no Brasil e com certeza é um dos principais responsáveis pelo abarrotamento do Poder Judiciário e pela ineficiência da recuperação do crédito público. Claro que, recentemente algumas autorizações legislativas foram aprovadas para mudança dessa realidade (aprovação da transação, por exemplo, pela Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020). Já existe lei autorizando a adoção da mediação pela administração pública e também da arbitragem. A aprovação de mais alguns projetos de leis podem ampliar a aplicabilidade dos MASC na área tributária, pelo menos do ponto de vista normativo.

¹⁶³ “De acordo com a nova lei, o acordo pode ser assinado com réus primários, só quando o crime prever pena inferior a quatro anos e desde que não envolva violência ou grave ameaça. Quem assinar o acordo fica sujeito a devolver o produto do crime às vítimas, prestar serviço comunitário, pagar multa ou “cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo MP, desde que proporcional com a infração penal cometida”. O acordo deve sempre ser homologado pela Justiça e não pode beneficiar reincidentes nem quem já tiver assinado termos parecidos nos últimos cinco anos. O acordo também depende de o réu confessar o crime e não se aplica aos casos de competência dos juizados especiais criminais. O novo acordo de não persecução penal ficou previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal”. CANÁRIO, Pedro. Lei do “pacote anticrime” cria acordo de não persecução para crimes sem violência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-pacote-anticrime-cria-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29 maio 2020.

O grande desafio, talvez, seja a mudança de cultura (ou uma ‘virada hermenêutica’ nesse quadrante – que será tratada no próximo capítulo).

Na prática, a resistência doutrinária na aplicação desses meios alternativos no direito tributário concentra-se na interpretação ortodoxa dos princípios da indisponibilidade do interesse público, como é o caso do crédito tributário, da legalidade tributária estrita, moralidade, impessoalidade e da isonomia, bem como outras questões relativas ao lançamento tributário, à cobrança administrativa ou ainda em relação à estrutura necessária para implementação, por exemplo, da arbitragem.

A maior celeuma concentra-se na argumentação de que o princípio da indisponibilidade do interesse público vedaria peremptoriamente a adoção de outros meios de cobrança do crédito tributário que não o procedimento judicial estabelecido pela ultrapassada Lei nº 6.830/1980. No entanto, tal leitura não está compatível com o sistema processual estabelecido pelo CPC/2015; nem com o Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988, que estabelece o processo como sendo democrático, com participação substantiva das partes e efetiva influência na decisão final (democracia participativa); nem, por fim, está compatível com a teoria do Direito como um sistema social autopoietico¹⁶⁴, que não comporta dogmas absolutos que neguem a possibilidade de variação, seleção e evolução do sistema jurídico da sociedade.

A doutrina clássica a respeito do “interesse público” é de Celso Antônio Bandeira de Mello, que conceitua como sendo “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”¹⁶⁵. Desse modo, o patrimônio público e o crédito tributário são institutos tipicamente de interesse público, uma vez que os contribuintes recolhem tributos no interesse da sociedade e o fazem pelo simples fato de pertencerem a essa sociedade, na expectativa de reversão em seu favor através da prestação de serviços públicos.

O ponto nevrálgico aqui é a compreensão de qual seria o alcance da “indisponibilidade do interesse público”, nesse caso, mais especificamente, da

¹⁶⁴ Apesar da tese seguir a linha da Hermenêutica filosófica na argumentação da aplicabilidade da arbitragem tributária como acesso à ordem jurídica justa no Brasil, não se pode ignorar a importância do sistema autopoietico.

¹⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 61.

indisponibilidade do crédito tributário. Para tanto, é necessário trazer o conceito de competência tributária, de cunho eminentemente constitucional, que consiste no poder intransferível da pessoa política (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) de legislar nessa matéria, permitindo que se institua o tributo e dê a ele contornos jurídicos que viabilizem a execução da lei fiscal.¹⁶⁶

Logo, a competência tributária, sim, é absolutamente indisponível, ou seja, o legislador e a Administração Pública não podem dispor sobre o exercício da competência tributária naquilo que for incompatível com o texto constitucional. Essa indisponibilidade se reflete ainda na administração tributária, na medida em que “é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo”¹⁶⁷, ou seja, é defeso à autoridade fiscal decidir sobre oportunidade e conveniência na sua atividade administrativa de lançamento e constituição do crédito tributário. Nada tem a ver, portanto, com formas de arrecadação, nem com a cobrança de dívidas tributárias.

Consoante esse entendimento, fica possível afirmar que o crédito tributário não é indisponível, uma vez que a lei pode dispor sobre sua constituição, modificação, suspensão, exclusão e até extinção, respeitando, assim, outro princípio muito caro ao direito tributário, qual seja, o da legalidade tributária estrita (um cidadão ou uma empresa só podem ser obrigados a pagar um tributo que foi devidamente instituído por lei).

Em sede de considerações parciais, assim, de forma alguma os princípios da indisponibilidade do interesse público, da legalidade estrita tributária e os demais princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública, como a moralidade, impessoalidade e isonomia, impedem no Brasil a adoção de novos mecanismos de resolução de conflitos tributários. Nossa legislação, como já foi visto, já contempla o instituto da transação para extinção do crédito tributário.¹⁶⁸

¹⁶⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 274.

¹⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 143.

¹⁶⁸ A lei 13.988, de 2020 avançou sobremaneira no campo das soluções consensuais de disputas fiscais, mas precisa aperfeiçoar-se com a edição de Portarias que ampliem o acesso do contribuinte ao modelo de transação particular, uma vez que a transação por adesão se assemelha a um REFIS e não propriamente a um acordo amplo de vontades nos moldes estabelecidos pelo art. 171, do Código Tributário Nacional (CTN).

A possibilidade de mediação no campo tributário foi prevista (não tão claramente) na Lei n. 13.140 de 2015.¹⁶⁹

O avanço da legislação é louvável, mas trouxe alguns empecilhos que podem fazer com que a sua implementação seja difícil e poucos contribuintes se sintam confortáveis em aderir à nova sistemática, em especial no que diz respeito à

¹⁶⁹ "Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. § 1o Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria. § 2o Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa. § 3o A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia. § 4o A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa. § 5o Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa. § 6o A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão. Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. § 1o Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta. § 2o Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas. § 3o A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar. § 4o Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator. Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito. Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União: I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do *caput* do art. 32; II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37; III - quando forem partes as pessoas a que alude o *caput* do art. 36: a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda. Parágrafo único. O disposto no inciso II e na alínea a do inciso III não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993." BRASIL. **Lei n. 13.140 de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: Acesso em :10 ago. 2020.

submissão da matéria controvertida à Advocacia Geral da União e à renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Nas disposições gerais da Lei nº 13.140/2015, mais precisamente no seu artigo 2º, I e II, consta que a mediação será orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador e isonomia das partes.

Nos termos do artigo 131 da Constituição Federal, “a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”.

Ora, em que pese a Advocacia Geral da União ser um órgão de extremo prestígio e respeitado pela comunidade jurídica, o entendimento prevalecente é de que não seria a figura mais adequada para atuar como mediador de um conflito de natureza tributária federal, tendo em vista que a função precípua de tal instituição é representar a União, ou seja, parte interessada na solução de tal controvérsia tributária.

Destarte, a previsão legislativa traz uma incongruência entre os preceitos que devem reger todas as mediações e aqueles que versam sobre questões tributárias, pois os litígios eventualmente trazidos pelo contribuinte poderiam não ser tratados de maneira imparcial, muito menos haveria isonomia entre as partes, pois a União Federal – em tese - teria mais condições de vencer o litígio do que o sujeito passivo da obrigação tributária.

Ademais, a legislação pode ter criado uma situação de conflito de interesses, uma vez que o papel de mediador da AGU conflita com o seu próprio papel institucional que é o de defender e representar a União Federal.

A “nova” legislação de mediação, da forma como foi publicada, pode fazer com que as previsões legais se transformem em letra morta, pois os contribuintes poderão se sentir desconfortáveis em renunciar ao direito de recorrer ao CARF para submeterem suas questões para uma instituição que tem o dever de defender os interesses da União Federal, uma das partes da matéria controvertida, merecendo assim ser revista tal previsão legal.

Quanto à transação tributária, já parcialmente destacada em linhas pretéritas, talvez seja a grande mudança na concepção de cobrança do crédito tributário no

Brasil nos últimos tempos. Uma sutil evolução para a democratização do acesso à uma ordem jurídica justa, que demandará aperfeiçoamentos constantes.

O referido tema não é novo, sendo que o instituto da transação está previsto no artigo 171¹⁷⁰ e no artigo 156, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional desde 1966, mas nunca foi colocado em prática objetivamente, muito embora não falte doutrina nesse sentido, incentivando a aplicação da medida prevista em lei.

O intuito da transação tributária é dirimir conflitos. Dirimir conflitos é interpretar a legislação relativa a obrigações tributárias conflituosas e dar um basta à lide. Esse basta pode se dar por meio de concessões mútuas e conseqüente extinção do crédito tributário. O grande norte da autocomposição é lançar mão de uma burocracia que assola o sistema público no país e ir ao encontro de soluções que desmistifiquem o direito tributário. As medidas devem ser de ordem prática (culturais) e que alcancem resultados positivos seja para o contribuinte, para o Judiciário e para o Poder Público.

Faz-se necessário desfazer, entretanto, o mito de que a indisponibilidade do interesse público e, conseqüentemente, do tributo devem impedir acordos realizados pelos entes públicos. O acordo pode e deve ser feito desde que, obviamente, respeitadas regras claras estabelecidas em lei e em consonância com a Constituição Federal (especialmente a Legalidade).

Uma dúvida que sempre surge quando se fala em transação tributária é saber se os descontos podem atingir o montante do tributo ou se esse desconto deve ficar restrito aos encargos incidentes sobre o mesmo. A resposta está no próprio conceito de transação tributária insculpido no artigo 171, do Código Tributário Nacional, quando permite que o ente tributante possa celebrar acordos mediante concessões mútuas¹⁷¹.

¹⁷⁰ Reza o artigo 171, do Código Tributário Nacional, *verbis*: “Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário”. BRASIL. **Lei nº 5. 172, de 25 de outubro de 1966** [Código de Tributário Nacional]. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>. Acesso em: 22 jan. 2019.

¹⁷¹ Essa possibilidade foi prevista expressamente por meio de Portaria do Ministério da Economia, o que causou alvoroço na comunidade jurídica pois representou na prática uma evolução na direção da solução consensual de conflitos na área tributária. Vide: Portaria nº 247, de 16 de junho de 2020. Disciplina os critérios e procedimentos para a elaboração de proposta e de celebração de transação por adesão no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica e no de pequeno valor. [...]. Art. 1º Esta Portaria disciplina os critérios e procedimentos para a elaboração de proposta e de celebração de transação por adesão no contencioso tributário: I - de relevante e disseminada controvérsia jurídica; ou, II - de pequeno valor. [...]. Art. 3º São objetivos

Uma dessas concessões, desde que obedecidos os critérios legais, pode ser o consentimento de descontos sobre o próprio tributo (montante principal do débito) e não apenas sobre os encargos incidentes sobre o mesmo¹⁷². No caso do ente federado querer restringir os descontos apenas para os encargos incidentes sobre o tributo, deve fazê-lo no próprio estatuto legal, para não deixar margens à dúvida, mas nada há no Sistema Tributário Nacional que impeça tal procedimento, seja na Constituição Federal como nas leis infraconstitucionais.

Certo é dizer que a transação tributária vem ao encontro do princípio da eficiência, insculpido no artigo 37, caput, da Constituição Federal, da já citada Lei 13.140/2015 e do artigo 334 e muitos outros do novo Código de Processo Civil, que incentivam ao máximo a solução de conflitos por meios alternativos.

Pode-se afirmar que o instituto da transação tributária está muito bem amparado juridicamente, mas ainda falta a conscientização das administrações públicas¹⁷³ para colocá-lo em prática, como uma forma de extinguir o crédito tributário, como bem preconiza o artigo 156, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Em tempo, é necessário mencionar o projeto pioneiro, oficialmente divulgado no final do mês de setembro de 2021, pelo município de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, que municipaliza a prática de mediação tributária no Brasil. O referido projeto faz parte de um programa mais amplo de *compliance* e de

da transação de que trata o art. 1º: I - promover a solução consensual de litígios administrativos ou judiciais mediante concessões recíprocas; II - extinguir litígios administrativos ou judiciais já instaurados sobre determinada controvérsia jurídica, relevante e disseminada; III - reduzir o número de litígios administrativos ou judiciais e os custos que lhes são inerentes; IV - estabelecer novo paradigma de relação entre administração tributária e contribuintes, primando pelo diálogo e adoção de meios adequados de solução de litígio; e V - estimular a autorregularização e a conformidade fiscal. [...]. **Art. 7º O edital, para fins do disposto na alínea "b" do inciso I do art. 6º, poderá prever a concessão de descontos, inclusive sobre o montante principal, de até 50% (cinquenta por cento) do valor total do crédito, e de prazo para pagamento de, no máximo: I - oitenta e quatro meses, no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica; e II - sessenta meses, no contencioso tributário de pequeno valor. Parágrafo único. No contencioso tributário de pequeno valor, o desconto máximo somente poderá ser atribuído nas hipóteses em que o prazo de quitação seja igual ou inferior a doze meses.** (grifo nosso). BRASIL. Ministério da Economia. **Portaria n. 247, de 16 de junho de 2020**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-247-de-16-de-junho-de-2020-261923979>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁷² “Na transação tributária, portanto, considerando os aspectos constitucionais e infraconstitucionais do sistema tributário brasileiro, nada há que impeça que os descontos possam atingir o montante do tributo, desde que haja lei formal disposta sobre os critérios para a sua realização e desde que os interesses envolvidos na situação possam justificar uma exceção ao princípio da indisponibilidade”. POMPERMAIER, Cleide Regina Furlani. **A transação tributária e a possibilidade de se conceder desconto sobre o montante principal do débito**. [S. l.], 3 mar. 2020. <https://jus.com.br/artigos/79902/a-transacao-tributaria-e-a-possibilidade-de-se-conceder-desconto-sobre-o-montante-principal-do-debito/2>. Acesso em: 30 maio 2020.

¹⁷³ Mudança de mentalidade que poderá ser colocado em prática com a ajuda da hermenêutica filosófica. Vide no próximo tópico. Acredita-se que o grande desafio é a mudança cultural.

conformidade tributária adotada por essa municipalidade, com o slogan Nova Administração Tributária¹⁷⁴.

A Prefeitura de Porto Alegre adota mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos há mais de 05 (cinco) anos, especialmente com a instalação da Central de Conciliação perante a Procuradoria Geral do Município. Dentro da estrutura da Central, existe uma Câmara de Mediação e Conciliação, regulamentada pelo

¹⁷⁴ “*Prefeitura lança Nova Administração Tributária e modelo inédito de mediação no Brasil.* A Prefeitura lançou nesta terça-feira, 21 de setembro, a nova Administração Tributária voltada para o desenvolvimento da Capital. Por meio do programa de *compliance* Em Dia com Porto Alegre, a Secretaria Municipal da Fazenda (SMF) garantirá maior segurança jurídica e a possibilidade de devolução de tributos para contribuintes que cumpram suas obrigações tributárias. O novo conceito tributário foi detalhado pelo prefeito Sebastião Melo e o secretário da SMF, Rodrigo Fantinel, durante encontro realizado nesta tarde no auditório da Associação dos Auditores Fiscais da Receita Municipal (Aiamu). **‘Será aposentada definitivamente a fiscalização tributária repressora e apresentada a administração tributária orientadora, que busca consensos e uma melhoria no ambiente de negócios. Este pacote de projetos irá simplificar o modelo tributário, beneficiando diretamente o contribuinte’** - Prefeito Sebastião Melo. Com o novo sistema, os empreendedores regulares serão incentivados a receber créditos tributários. Na prática, a prefeitura incentivará a autorregularização e a conformidade. Além disso, a medida facilitará o cumprimento das obrigações tributárias, reduzindo os custos de conformidade, aperfeiçoando a comunicação e o relacionamento e simplificando a legislação tributária. ‘A autorregularização será o caminho. Empreendedores regulares serão incentivados e receberão créditos tributários’, sinaliza o secretário da SMF, Rodrigo Fantinel. A administração municipal também adotará um *rating* dos contribuintes, indicando conceito “A” para menor exposição a risco até o “D”, maior exposição. Durante encontro, a prefeitura também apresentou o projeto da nova Nota Fiscal de Serviços Eletrônica, documento que registra a operação de prestação de serviço sujeita ao ISSQN. Disponível na palma da mão, a nova nota eletrônica proporcionará o término da declaração de ISS e da inscrição municipal, redução de custos e a possibilidade de compensações de forma automatizada. Mediação Tributária - Em conjunto com a Procuradoria-Geral do Município (PGM), a Fazenda também apresentou o projeto de Mediação Tributária, pioneiro no país e que busca a construção de consensos entre os contribuintes e a prefeitura. Hoje, cerca de 40 mil execuções fiscais tramitam na PGM. O projeto de lei prevê que poderão ser objeto de mediação toda controvérsia ou disputa acerca da qualificação de fatos geradores da cobrança tributária, questões relativas à interpretação de norma ou divergências sobre o cumprimento de obrigações e deveres tributários relacionados à competência da Administração Tributária Municipal. Ainda segundo o texto, ambas as partes da relação tributária poderão propor a busca de uma solução consensual por meio da mediação, em qualquer etapa da cobrança, desde antes do lançamento do tributo até nos casos de dívidas judicializadas, devendo ser priorizados temas complexos e de impacto coletivo. Para o procurador-geral do município, Roberto Silva da Rocha, este projeto está em total sintonia com a diretriz da administração focada no diálogo e em atender interesses da população com transparência e celeridade. ‘Queremos dar segurança jurídica tanto aos contribuintes, quanto aos servidores que estarão envolvidos na mediação em matéria tributária’, afirmou. A capital gaúcha tem o melhor índice de recuperação da dívida ativa do país, 11% do estoque da dívida, que fechou 2020 em R\$ 2,2 bilhões. O montante corresponde a 39% do orçamento. Segundo a Secretaria Municipal da Fazenda, a expectativa é recuperar, neste ano, R\$ 300 milhões. Durante o evento foram assinados os ofícios dos Projetos de Lei que serão encaminhados à Câmara Municipal. PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. **Prefeitura lança nova administração tributária e modelo inédito de mediação no Brasil.** Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 21 set. 2021. Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/gp/noticias/prefeitura-lanca-nova-administracao-tributaria-e-modelo-inedito-de-mediacao-no-brasil>. Acesso em: 10 out. 2021.

Decreto n. 19.519 de 2016, que tem “*atuação nos conflitos administrativos ou judiciais envolvendo o Município e passíveis de mediação*”.¹⁷⁵

Entretanto, a adoção específica de mediação na área tributária será uma prática inovadora e demonstrará a preocupação dialógica do município de Porto Alegre com o administrado, representação legítima de uma administração democrática e transparente. É preciso reconhecer as boas práticas de gestão administrativas adotadas em vários pontos do país, promovidas por alguns Estados e Municípios preocupados especialmente com o acesso à ordem jurídica justa no Brasil.

Aliás, vários municípios pelo país estão adotando projetos semelhantes, com a adoção estratégica de Centrais de Conciliação e Mediação, e a consequente prática de conciliação e mediação em contratos administrativos, licitações, tributos e demais conflitos que envolvam o ente público e o administrado. Por exemplo, inspirado no modelo de solução de conflitos extrajudiciais de Porto Alegre (Central de Conciliação), e com o apoio pedagógico da Dra. Cristiane da Costa Nery, Procuradora-Geral Adjunta de assuntos fiscais da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre (PGM-POA), a Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Subseção de Rio Verde, Goiás, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), presidida pelo autor da presente tese de doutorado, apresentou um anteprojeto de lei municipal para instalação de uma Central de Conciliação e Mediação para solução de conflitos envolvendo o Poder Público da cidade, com a instalação de várias Câmaras dedicadas à solução de conflitos em contratos administrativos, licitações, tributos e outros¹⁷⁶.

Atualmente, o anteprojeto de lei está sob análise da Procuradoria-Geral do município de Rio Verde-GO e a sua aprovação e respectiva entrada em vigor dependerão de uma profunda mudança de cultura jurídica no interior goiano. De

¹⁷⁵ PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. **Câmara de Mediação e Conciliação**. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2016. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=547m. Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁷⁶ O anteprojeto de lei prevê a instalação da Central de Conciliação e Mediação no âmbito do município de Rio Verde-GO, composta por 05 (cinco) Câmaras: I – Câmara de Indenizações Administrativas; II – Câmara de Mediação e Conciliação em Geral; III – Câmara de Mediação, Transação e Conciliação Tributárias; IV – Câmara de Mediação e Conciliação de Processos Licitatórios e de Contratos Administrativos; V – Câmara de Conciliação de Precatórios (CCP). Documento físico em arquivo na sede administrativa da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Goiás, Subseção de Rio Verde. Ofício n. 030-2021, enviado ao Presidente da Câmara Municipal de Rio Verde, na data de 23 de abril de 2021. Contato telefônico: (64) 3621-2811. E-mail institucional: rioverde@oabgo.org.br.

qualquer forma, o primeiro passo foi dado, para adoção de uma prática dialógica e democrática pela administração pública da pequena, mas economicamente importante cidade goiana, em direção à boa Administração Pública (Tributária).

Registre-se, por derradeiro, que a adoção da arbitragem para solução de disputas no campo tributário é um tema incipiente, que aparentemente demanda alterações legislativas mais expressivas. Como a arbitragem nasceu num contexto comercial, de natureza eminentemente privada, em que a autonomia da vontade das partes é fonte rica na condução do procedimento, aplicá-la no processo tributário é um desafio homérico. Mas antes de analisar a arbitragem tributária em si, vamos tecer alguns comentários sobre a arbitragem aplicada na administração pública em geral, que dará subsídios para avançar sobre o problema e as hipóteses dessa pesquisa científica no último capítulo.

3.5 A arbitragem na administração pública no Brasil¹⁷⁷

O tema da arbitragem na Administração Pública brasileira parece exótico e progressista, mas referido instituto já é adotado no Brasil há mais de um século, desde o Brasil Império, especialmente nos conflitos envolvendo relações internacionais. Contudo, é importante que entendamos a efetivação dessa tecnologia jurídica (arbitragem) no âmbito dos conflitos administrativistas internos, como será destacado nos tópicos abaixo.

3.5.1 Contornos teóricos

A primazia da Administração Pública é promover o interesse público, corolário necessário do Estado Moderno. Presume-se que ela aja em prol da comunidade, para efetivação dos compromissos constitucionais. Contudo, aquela visão

¹⁷⁷ Utiliza-se a expressão Administração Pública para designar os entes que integram a Administração Pública Direta e Indireta, que são as designadas no art. 41, do Código Civil ("São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as Autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei"), e as pessoas jurídicas vinculadas a esse Poder, consoante expresso pelo §1º, do art. 173, da Constituição da República ("A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]").

imperialista e autoritária do Estado absolutista, de que a administração não erra, foi superada cientificamente¹⁷⁸.

Atualmente, por influência do Estado Democrático de Direito, se reconhece que a administração pública pode errar e não cumprir fielmente com os mandamentos constitucionais. É uma postura mais flexível e adaptada às complexidades da pós-modernidade (hipercomplexa).

Nem sempre é uma questão de erro e acerto e sim de adequação. A Administração Pública pode precisar da decisão de um terceiro neutro e imparcial para promover a solução de um conflito de interesses com um administrado. E o caminho tradicionalmente procurado é o Poder Judiciário. Não que seja propriamente ruim a intervenção do Judiciário; o problema é que gera uma sobrecarga que afeta a efetividade dos processos e, também, o acesso eficaz à justiça dos outros jurisdicionados, inclusive da própria Administração – por mais paradoxal que seja.

Lado outro, a procura pela arbitragem em conflitos envolvendo uma pessoa jurídica de direito público ainda é incipiente no Brasil, não em razão de autorizações legislativas, mas de uma cultura jurídica voltada para a judicialização excessiva de conflitos de interesses.

A arbitragem é instituto antigo no Brasil, positivada na Constituição Imperial de 1.824¹⁷⁹, mas que na prática não era efetivamente aplicada. Havia dificuldades jurídicas com a cláusula compromissória, que não constituía uma obrigação de fazer e a sentença arbitral deveria ser obrigatoriamente homologada pelo Poder Judiciário. Também tínhamos dificuldade com a homologação de laudos arbitrais estrangeiros.

¹⁷⁸ Consoante Di Pietro (2021), no mundo medieval, época das monarquias absolutas, vigiam princípios segundo os quais a vontade do rei consistia em lei, em poder absoluto a ser incontestavelmente seguida pelos demais, denominados seus servos. Deste período, muito conhecido é o brocardo inglês que afirmava “*the king can do no wrong*”, ou, em tradução nossa para o português, “o rei não erra”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Forense, 2020.

¹⁷⁹ A Constituição Imperial de 1.824 estabeleceu a possibilidade de se promover a solução de conflitos por meio de arbitragem. Mais do que isso, e de notável curiosidade numa Carta Constitucional outorgada, existia previsão expressa de tentativa de conciliação antecedente à propositura de ação judicial. “*Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei*”. BRASIL. (Constituição [1824]). **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

Na verdade, abram-se parênteses, pois em termos históricos, a arbitragem já foi adotada na época da colonização para resolução de controvérsias sobre distribuição de terras pelos colonizadores (Divisão de terras entre Brasil e Espanha, com previsão de arbitragem no Tratado de Tordesilhas – 1.494). Entre 1.693 e a Constituição de 1.824, a arbitragem ‘vigorou’ na colônia brasileira sob o manto das Ordenações Filipinas, no Título XVI, Livro II – Dos Juízes Árbitros, que dentre outras coisas previa a possibilidade de recurso no procedimento arbitral. Em 1.831 e 1.837 tivemos leis regulando a arbitragem *compulsória* em matéria securitária e na locação de serviços. Mais adiante, o Código Comercial de 1.850 estabeleceu a arbitragem compulsória no Brasil, para questões comerciais, bem como o Decreto n. 737, de 25 de novembro do mesmo ano. Contudo, a compulsoriedade da arbitragem foi revogada pela Lei n. 1.350, de 1.866 e retomou a possibilidade voluntária de juízo arbitral.¹⁸⁰

A Constituição da República de 1891 também fez menção à arbitragem - como meio de evitar guerras e questões sobre fronteiras - mas nada tratou de arbitragem entre particulares.¹⁸¹ A arbitragem privada reaparece no Código Civil de 1.916, em seus arts. 1.037 a 1.048, tendo forte preocupação com a formação do compromisso arbitral.¹⁸² Em 1.923, o Brasil assinou o Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais aplicadas à Arbitragem Comercial Internacional, devidamente ratificado e publicado através do Decreto n. 21.187 do mesmo ano.¹⁸³

Porém, com a aprovação da Lei Especial em 1.996 (Lei n. 9.307), os supracitados empecilhos jurídicos foram superados, e a arbitragem ganhou força no Brasil¹⁸⁴. A confirmação de constitucionalidade da referida lei pelo Supremo Tribunal

¹⁸⁰ CRETELLA NETTO, José. **Curso de arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004. p. 37.

¹⁸¹ BRASIL. (Constituição [1891]). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

¹⁸² BRASIL. **Lei n. 3.071 de 03 de janeiro de 1916**. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁸³ BRASIL. **Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932**. Brasília, DF: Presidência da República, 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁸⁴ Para Rafaella Ferraz, a aprovação da lei especial em 1.996 foi importante para remoção dos grandes obstáculos que impediam a praticabilidade da arbitragem no Brasil, sendo os principais: “(i) deu à cláusula compromissória o *status* de obrigação de fazer, pois (i. 1) se se tratar de arbitragem institucional, os regulamentos, em regra, já preveem mecanismo para impor à parte recalcitrante a obrigação de se submeter ao procedimento arbitral, que poderá correr à sua revelia (art. 5ª, da Lei n. 9.307 de 1.996) e (i.2) em se tratando de arbitragem *ad hoc*, havendo resistência por qualquer das partes contratantes à instauração do procedimento arbitral, a outra parte poderá ajuizar ação para cumprimento da cláusula compromissória e celebração do compromisso,

Federal também foi importante para efetivação da arbitragem no Brasil, em sede de controle difuso incidental no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7, Espanha.

De mais a mais, como visto, o fortalecimento da arbitragem no Brasil se deu inicialmente na área privada (comercial). Contudo, sempre foi um instituto polêmico quando se tratava de solução de litígios envolvendo as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado controladas pelo Estado. Não só no Brasil, como em vários países europeus (França, Bélgica, Reino Unido). Já países como Itália, Espanha e principalmente Portugal¹⁸⁵, foram mais adeptos da arbitragem em litígios administrativos.¹⁸⁶

suprindo-se a ausência ou negativa da parte ré mediante sentença que julgue procedente o pedido (artigo 6 com artigo 7^a, §

¹⁸⁵ O país português adota arbitragem e outros meios consensuais de solução de litígios na seara administrativa há mais de 20 anos e, especialmente por isso, se tornou atualmente uma das referências mundiais em arbitragem tributária. Veja-se excerto da Resolução do Conselho de Ministros n. 175 de 2001, publicada no Diário da República em 28 de dezembro de 2001, que *Promove, determina e recomenda a resolução de litígios por meios alternativos, como a mediação e a arbitragem*: “Entre as melhores e mais notáveis transformações acontecidas em Portugal no último quartel do século XX, a decisiva afirmação da cidadania e o aparecimento da democracia económica precipitaram um grande desajustamento entre a nova, muito multiplicada e diversificada procura de tutela judiciária e a capacidade oferecida pelo sistema judicial. Cumprindo o seu primeiro dever funcional, o Governo vem fazendo um esforço sem precedentes para trazer ao mundo judicial um significativo acréscimo de meios, com mais magistrados, muito mais funcionários, novas instalações e, sobretudo, novos recursos tecnológicos e novos modelos organizativos, com que se começam a conceber e a preparar os tribunais e os processos que o princípio do novo século exige. Porém, esse empenho na elevação do investimento e na modernização dos tribunais, por maior que seja, já não será certamente suficiente para responder adequadamente aos demais desafios apontados pela antevisão do futuro. É inadiável começar já e com a ousadia da antecipação a progredir para a construção de um sistema em que a administração da justiça haverá de ser caracterizada por maior acessibilidade, proximidade, celeridade, economia, multiplicidade, diversidade, proporcionalidade, informalidade, oportunidade, visibilidade, comunicabilidade, inteligibilidade, equidade, participação, legitimidade, responsabilidade e reparação efectiva. Ora, é nesta abertura que novos meios de prevenção e diferentes modalidades de superação de conflitos vão ganhar espaço próprio, ao mesmo tempo que as expressões organizativas da sociedade civil são convocadas para acrescentar à sua maior exigência cívica a responsabilidade de uma nova e verdadeira protagonização na realização quotidiana e concreta da justiça. Por pouco conhecidas entre nós, mas suficientemente experimentadas noutros lugares, as modalidades de resolução alternativa de litígios podem ainda oferecer o âmbito e a circunstância para uma outra, bem diferente, actuação do Estado. É que, em contraste com a intervenção exclusivista e de reserva absoluta de poder que invariavelmente se atribuiu neste domínio, o Estado pode aqui e agora apostar numa verdadeira partilha de competências com outros agentes sociais, impulsionando um movimento que promova uma distinta repartição de atribuições, que melhor sirva os cidadãos e a colectividade. Trazendo outras pessoas e outras instituições a concorrer activamente na realização da justiça, o Estado pode, com vantagem, guardar apenas para si a sua primordial função de regulação e enquadramento imparcial. Mas o reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e com as empresas. Exigem que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução dos seus

No contexto sul-americano, inicialmente a arbitragem em litígios administrativos era tratada mais sob o prisma dos interesses políticos do que propriamente técnicos-jurídicos¹⁸⁷. Contudo, gradual e lentamente países como Argentina, Paraguai e Uruguai foram aderindo ao processo arbitral para solução de pendências do Setor Público.¹⁸⁸

Quanto ao Brasil, em que pese a jurisprudência ratificar experiências bem-sucedidas de arbitragem no setor público há muitos anos, uma Lei de 2015

litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitraré quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido de poderes de imposição de um juízo vinculativo. Esta é uma opção expressamente acolhida no âmbito da reforma da justiça administrativa. Assim, nos termos da alínea g) do artigo 199.º da Constituição, o Conselho de Ministros resolve: Artigo 1 - Reafirmar o firme propósito de promover e incentivar a resolução de litígios por meios alternativos, como a mediação ou a arbitragem, enquanto formas céleres, informais, econômicas e justas de administração e realização da justiça. Artigo 2 – Assumir e afirmar que o Estado, nas suas relações com os cidadãos e com as outras pessoas colectivas, pode e deve activamente propor e aceitar a superação dos diferendos em que ele mesmo seja parte com recurso aos meios alternativos de resolução de litígios. Artigo 3 – Determinar que, no contexto da negociação de contratos em que o Estado ou outras pessoas colectivas públicas que integram a administração estadual indirecta sejam parte, se proponham e convençionem cláusulas que privilegiem a composição de diferendos com recurso aos meios alternativos de resolução de litígios, nos termos da lei. Artigo 4 – Recomenda que, no contexto da negociação de contratos em que seja parte uma entidade integrada no sector empresarial do Estado, se proponham e convençionem cláusulas que privilegiem a composição de diferendos com recurso a meios alternativos de resolução de litígios, nos termos da lei. Artigo 5. Determinar que, no desenvolvimento das suas atribuições, o Estado e outras pessoas colectivas públicas que integram a administração estadual indirecta proponham e adoptem soluções concretas de mediação e de arbitragem como modalidades, preventivas e alternativas, de composição de litígios com os cidadãos, as empresas e outras pessoas colectivas. Artigo 6. Fazer novamente saber que, sem prejuízo da escolha de arbitragem *ad hoc*, os centros de arbitragem legalmente reconhecidos e institucionalizados constituem hoje uma oferta merecedora de especial confiança e indiscutível aceitação para actuarem nos diferendos acima referidos”. PORTUGAL. **Resolução do Conselho de Ministros n. 175 de 2001**. Lisboa, 2001. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1482&tabela=leis. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹⁸⁶ FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública**: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 49.

¹⁸⁷ Eduardo Silva Romero comenta: “A questão da participação de entidades públicas ou estatais latino-americanas em arbitragens comerciais internacionais continua a ser (pelo menos na América Latina) eminentemente política. O exposto significaria que os juízes latino-americanos politicamente responsáveis, em vez de abordar as arbitragens resultantes de contratos do Estado (contratos celebrados entre uma entidade pública ou estatal e uma empresa privada estrangeira) de uma perspectiva jurídica, o fariam levando em consideração, ao invés de nada, variáveis de cunho político e, de vez em quando, demagógico” (tradução nossa). No texto original: “El tema de la participación de entidades públicas o estatales latino-americanas en arbitrajes comerciales internacionales sigue siendo (al menos en América Latina) eminentemente político. Lo anterior significaría que responsables políticos jueces latino-americanos, en lugar de abordar los arbitrajes resultantes de contratos de Estado (contratos celebrados entre una entidad pública o estatal y una sociedad privada extranjera) desde una perspectiva jurídica, lo harían teniendo en cuenta, antes que nada, variables de orden político y, de vez en cuando, demagógico”. ROMERO, Eduardo Silva. América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. In: KLOR, Adriana Dreyzin de; ARROYO, Diego P. Fernández (dir.). **Arbitraje**. Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 318.

¹⁸⁸ SALLA, Ricardo Medina. **Arbitragem e administração pública – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

acrescentou dispositivos na Lei de Arbitragem visando estabilizar o tratamento da questão. A Lei n. 13.129 de 2015 acrescentou os parágrafos primeiro e segundo ao art. 1^a da Lei n. 9307 de 1996:

§1^a – A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§2^a – A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações¹⁸⁹.

Entretanto, tais alterações não pacificaram o tratamento da questão, pois, no entendimento de Marcelo Ricardo Escobar,¹⁹⁰ a grande discussão sobre a arbitragem na administração se concentra na definição de direito patrimonial disponível.

Dito isso, retoma-se a discussão dos temas de indisponibilidade e interesse público para, logo após, avançar sobre a arbitragem na Administração Pública no Brasil.

Destarte, analisar-se-á agora pormenores específicos da arbitragem na administração pública no Brasil e eventuais problematizações.

3.5.2 Revisitação dos temas: (in) disponibilidade, interesse público e direito patrimonial disponível

No tópico sobre *mediação* e *transação* nas disputas fiscais – 3.4.2.1 - houve análise perfunctória sobre o problema de interpretação jurídica do princípio da indisponibilidade do interesse público e conseqüentemente do crédito tributário. Esclareceu-se que a indisponibilidade absoluta é da competência tributária constitucional – poder intransferível da pessoa política de legislar em matéria tributária. Não há propriamente indisponibilidade ou inflexibilidade nas formas de arrecadação e cobrança de dívidas tributárias, pois é possível mediante autorização legislativa modificar, suspender, excluir e extinguir o próprio crédito tributário (o crédito tributário não é indisponível).

A preocupação constitucional, assim, é com a aplicação da legalidade tributária estrita. E não determinar que o Poder Público obrigatoriamente promova

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁹⁰ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 70.

ações judiciais para recebimento do crédito público. Não existe, assim, princípio da obrigatoriedade de promoção de ações judiciais em matéria tributária.

Contudo, interesse público e indisponibilidade são temas que merecem mais alguns apontamentos hermenêuticos, a fim de que a temática do próximo capítulo sobre arbitragem tributária seja explorada com o aprofundamento necessário.

Na verdade, como foi dito em linhas pretéritas, as alterações legislativas promovidas em favor da aplicação da arbitragem em litígios administrativos não afastaram a celeuma em torno do que se pode considerar como direito patrimonial disponível para a Administração Pública em relação à arbitragem. Essas divergências são frutos de correntes que defendem pensamentos clássicos do Direito Administrativo *versus* doutrinas administrativistas mais recentes.

Para entender o conceito constitucionalmente adequado de direito patrimonial disponível é importante compreender o que seja verdadeiramente interesse público. Na dicção de Ricardo Escobar, pode-se conceituar *interesse público* “tanto como fundamento, limite e instrumento de poder quanto como medida e finalidade da função administrativa, apresentando-se como suporte e legitimação de atos e medidas no âmbito da Administração”.¹⁹¹

A doutrina nacional, representada aqui por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, separa o interesse público em duas categorias: a) primários (indisponíveis) e secundários (disponíveis). Os interesses secundários possuem natureza instrumental para que os interesses primários sejam satisfeitos, redundando em relações patrimoniais.¹⁹²

A clássica dicotomia entre público-privado também pode ser aplicada para caracterização do que seja o princípio da indisponibilidade do interesse público. Há uma natural primazia do interesse público em face do privado, e isso acarreta vedações à autoridade administrativa, modulando seus atos comissivos e omissivos.¹⁹³

Não obstante, a separação entre público e privado é cada vez mais juridicamente imprecisa. O movimento pela constitucionalização do direito civil e do direito administrativo aproximaram epistemologicamente interesses públicos de

¹⁹¹ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 81.

¹⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁹³ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

interesses privados. Por exemplo, o interesse de um paciente em obter medicação de alto custo para sua sobrevivência pode caracterizar um legítimo interesse público (direito social); e o interesse do Estado em ofertar vagas em creches para crianças também pode redundar no atendimento de um interesse de caráter privado, mesmo que atenda um número maior de beneficiários (público). O problema de se separar direito público de direito privado é gerar uma oposição entre indivíduo e Estado; tal percepção não combina com as atuais orientações hermenêuticas e constitucionais.

Mais adequado, atualmente, é falar de interesses constitucionalmente fundamentais (que pode ser público em determinado momento e privado em outro). Ou atender os dois interesses, ao mesmo tempo. A sempre comentada hipercomplexidade da sociedade atual corroeu a divisão clássica entre direito público e privado, propagada no imaginário jurídico.

De mais a mais, a relevância da definição do que seja efetivamente interesse público vai embasar a disponibilidade de certos interesses que possuem a administração pública como interessada (autorizando, por exemplo, a cláusula arbitral). A doutrina também faz distinção entre atos de império (disponíveis) e atos de gestão (indisponíveis), sendo que os atos de império são aqueles que a Administração impõe coercitivamente aos administrados (praticados *ex officio*, como por exemplo a desapropriação, apreensão de mercadorias, etc) e os atos de gestão são aqueles praticados sem que a Administração utilize sua supremacia sobre os particulares (assemelham-se aos atos de praticados pelas pessoas privadas, como por exemplo a alienação ou aquisição de bens, aluguel de imóvel de uma autarquia).¹⁹⁴

De outro lado, seguindo caminho oposto, talvez seja mais fácil definir o que não é interesse público e, assim, obter subsídios para entendimento claro do que seja propriamente interesse público (alicerce do direito administrativo). A moderna doutrina de Marçal Justen Filho segue essa máxima:¹⁹⁵

O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado

¹⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. **Revista Negócios Públicos**, [S. l.], ano 2, n. 6, p. 40, 2015.

em risco, porque suas características exigem a sua promoção de modo imperioso.

‘Afirma-se que o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público é o alicerce fundamental do Direito Público, o que seria suficiente para legitimar as decisões adotadas pelos administradores’.

‘Ora, juridicamente, o titular do interesse público é o povo, a sociedade (no seu todo ou em parte). Mas os governantes refugiam-se neste princípio para evitar o controle de seus atos pela sociedade’.

‘Fundamentar decisões no ‘interesse público’ produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do ‘interesse público’ imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva’.

Como bem salientado pelo professor paranaense, o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, do governo e muito menos com o do agente público. A retórica de que a Administração Tributária, por exemplo, não pode se furtar da judicialização de conflitos para discussão ou recebimento do crédito tributário é insustentável. Não tem amparo constitucional, pois o verdadeiro interesse público é o interesse efetivo na justa arrecadação tributária. Que interesse público existe no congestionamento massivo de execuções fiscais; Que interesse público existe no estoque descomunal do crédito tributário cobrado judicialmente; Quais as vantagens para a sociedade; São perguntas que colocam em xeque um modelo administrativo de cobrança tributária ineficiente e contraproducente.

Retomando a questão do interesse público, cabe contextualizá-lo com a adoção da arbitragem para solução de conflitos administrativos. A doutrina administrativista no Brasil é controversa nesse ponto, e ainda hoje, não apresenta opiniões homogêneas sobre quais interesses públicos poderiam ser arbitrados. Não obstante, um dos mais balizados estudiosos de arbitragem no Brasil, que inclusive participou da elaboração do anteprojeto de lei em 1.996, Carlos Alberto Carmona, tenta esclarecer de plano o que seria direito disponível:¹⁹⁶

Quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente

¹⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei n. 9.307 de 1.996. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relacionadas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre outras tantas, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes.

A doutrina do professor Carmona, ademais, exemplifica alguns direitos indisponíveis, mas que não são taxativos e também podem sofrer ressalvas, em prol da adoção da arbitragem em litígios administrativos, por exemplo.¹⁹⁷ De qualquer forma é possível perceber que os autores administrativistas da linha clássica repudiam a adoção da arbitragem em matéria administrativa (interesse público absoluto), enquanto outros autores vanguardistas acreditam na solução proto-heterocompositiva de conflitos (arbitragem), para inúmeros conflitos envolvendo o setor público.

De mais a mais, a doutrina de Eduardo Talamini apresenta mais alguns esclarecimentos sobre o tema da indisponibilidade do interesse público e seus reflexos na arbitragem. De forma geral, ele ressalta que a disponibilidade do direito está relacionada à possibilidade das partes resolverem seus próprios litígios, sem intervenção do Poder Judiciário. Veja-se excerto:¹⁹⁸

Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria

¹⁹⁷ “Estas constatações não são suficientes, porém para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tanja o direito de família ou o direito penal, pois as consequências patrimoniais tanto num caso como noutro podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizado de conduta antijurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei n. 9.307 de 1996. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38-39.

¹⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 264, p. 97, 2017.

sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo.

Realmente o tema da indisponibilidade do interesse público é polêmico e controverso, bem como a aplicabilidade da arbitragem pela administração pública (apesar de autorização legislativa). É de difícil equação, uma vez que a retórica absolutista de parte da Administração Pública costuma prevalecer, mas nem sempre com amparo constitucional. As influências do Direito Administrativo conservador, oitocentista, autoritário e pouco flexível (de matriz francesa Napoleônica), ainda são corriqueiras no Brasil, e na prática não há tratamento igualitário e horizontal entre público e o privado.¹⁹⁹

No âmago dessa discussão, a autorização legislativa é insuficiente para a necessária e profunda mudança cultural que se exige da burocracia estatal brasileira no mundo contemporâneo²⁰⁰. A predileção pelo *status quo* impede avanços civilizatórios importantes para a comunidade. A adoção da arbitragem nos litígios administrativos exige novos paradigmas por parte dos operadores do direito (representantes da Administração); contudo, esses mesmos operadores foram formados num modelo de educação jurídica anacrônico e de sentimento constitucional imaturo. Basta apontar, como relatado no primeiro capítulo, que somente no ano de 2022 as disciplinas de conciliação, mediação e arbitragem passarão a ser obrigatórias nas Faculdades de Direito de todo o país.

Contudo, deve-se insistir nas reformas legislativas, pois elas podem acelerar mudanças culturais, notadamente quando apoiadas na hermenêutica filosófica - *fusão de horizontes* (tema trabalhado no próximo capítulo). Tanto é verdade, que atualmente se estabelece no Brasil um novo Direito Administrativo (democrático) que quebra paradigmas do direito administrativo conservador, autoritário e pouco democrático (nada dialógico). É um passo além do positivismo jurídico legalista.

¹⁹⁹ TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da. Os contratos administrativos e a arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, ano 8, n. 29, jan./mar. 2011.

²⁰⁰ Na arguta análise de Débora Giotti de Paula, sobre a influência da cultura nos sistemas jurídicos: “No Brasil, a tendência pela manutenção do poder jurisdicional, em que se coloca o juiz como protagonista das decisões, tem dificultado e até mesmo impedido o uso dos meios alternativos de solução de conflitos, notadamente em questões que envolvam entes públicos em um dos polos da relação jurídica. [...]. Assim, em pesquisa de campo realizada por Amorim (2005) foi constatado, a partir de entrevistas com os advogados e procuradores da Caixa Econômica Federal e do INSS, que estes não estavam conciliando ou fazendo acordos sob o argumento de que eles comparecem às audiências para resguardar o patrimônio da União, que é inegociável, indisponível para o particular e que não pode ser tocado sem ser por decisão judicial”. PAULA, Débora Giotti de. **Desafios culturais na implantação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 105-106.

Na interpretação de Diogo de Figueiredo Moreira, o direito pós-moderno exige uma visão material do direito público, voltada à eficiência e à legitimidade da atuação estatal. A atividade administrativa como serviço público e não apenas representação do poder público. E nesse desiderato entra o papel da doutrina, da boa hermenêutica, para evitar que se leiam atuais institutos jurídicos com os olhos voltados para o passado.²⁰¹

Aliás, esse novo Direito Administrativo tem na participação democrática um ponto fundamental e isso abre caminho para a efetividade da arbitragem em litígios administrativos no Brasil, especialmente em matéria tributária²⁰². A participação do administrado legitima a intervenção estatal, estabelece uma relação de horizontalidade, flexibilidade e facilita acordos (aprimoramento de diálogos hermenêuticos).²⁰³ O administrado se sente contemplado pelas instituições e

²⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 24-26.

²⁰² O professor Éderson Garin Porto, em uma de suas obras, faz uma correlação importante entre administração democrática, cidadã e dialógica – que possui amparo jurisprudencial - nesses termos: “Portanto, a necessidade de pensar na Administração cidadã é decorrência de um movimento muito consistente fundado na ascensão do princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, da CRFB) e, sobretudo, na valorização do ser humano, reconhecida pela Constituição por meio do prestígio à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB). Este influxo de normas constitucionais impõe que o Direito Administrativo esteja alinhado com estas diretrizes, sob pena de ofensa à inteireza da Constituição. Desse modo, o movimento de ‘democratização do exercício da atividade administrativa’ deve proporcionar abertura e fomento à participação do cidadão nos processos decisórios da Administração, não somente na forma plebiscitária, senão em todo o procedimento de formação da vontade administrativa. [...]. Do mesmo modo, a necessidade da Administração estabelecer diálogo com o administrado é decorrência lógica da ordem constitucional vigente. A noção de ‘Administração Dialógica’ é há muito reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que consagrou entendimento no sentido de impor à Administração o dever de ouvir o administrado que está prestes a ser atingido por algum ato administrativo. Na jurisprudência do Supremo, o diálogo é decorrência do princípio constitucional do devido processo”. PORTO, Éderson Garin. **A colaboração no direito tributário**: por um novo perfil de relação obrigacional tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 28-30.

²⁰³ No próximo capítulo, trabalhar-se-á as conexões entre a hermenêutica filosófica de Gadamer com a efetiva aplicabilidade da arbitragem tributária no Brasil; mas já queremos adiantar a importância dada ao diálogo verdadeiro pelo ilustre autor alemão, na formação de *acordos*: “A conversação é um processo de acordo. Toda verdadeira conversação implica nossa reação frente ao outro, implica deixar realmente espaço para seus pontos de vista e colocar-se no seu lugar, não no sentido de querer compreendê-lo como essa individualidade mas compreender aquilo que ele diz. Importa respeitar o direito objetivo de sua opinião, a fim de podermos chegar a um acordo em relação ao assunto em questão. Não relacionamos sua opinião, portanto, com a sua própria individualidade, mas com nossa própria opinião e suposição. Quando o outro é visto realmente como individualidade, com o ocorre no diálogo terapêutico ou no interrogatório de um acusado, ali não se dá verdadeiramente uma situação de acordo”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 499.

institutos jurídicos, o que pode alavancar o cumprimento de seus deveres constitucionais (como pagar tributo, por exemplo)²⁰⁴.

Como a arbitragem também tem uma matriz consensual (proto-heterocompositiva), e como ela é conduzida fora da burocracia judicial, a Administração Pública e o administrado devem adotar posturas processuais e metodológicas diferentes, com menos agressividade simbólica e mais cooperação. Isso explica o sucesso da Administração Tributária em Portugal, pois como visto em linhas pretéritas, a Lei Geral Tributária (LGT) lusitana adotou *expressamente* o princípio da colaboração como sustentáculo da *boa* atividade administrativa²⁰⁵.

Tratando da participação democrática no Estado de Direito com base no Direito Comunitário (Europeu), John Eberhard Schmidt-Assmann, esclarece:

A participação implica que aqueles que são afetados de uma maneira específica por determinada decisão, tenham participado no processo que a conduziu [...] as comunidades de interessados não são comparáveis ao 'povo' [...] e, portanto, não podem conferir a legitimidade exigida por essa disposição [...]. No entanto, do conceito de direito administrativo que surgem dos aspectos ideais de democracia e do Estado de direito derivam certo impulso para o desenvolvimento de participação; de um lado, a participação dos cidadãos e dos grupos em que se organizam, em alguns procedimentos administrativos, sempre no campo do direito ambiental e planejamento, considera-se um princípio jurídico comum nos países da União Europeia. De outro lado, aponta-se para inúmeras formas de cooperação entre o Estado e a economia que se cristalizaram em organizações que servem de exemplo para uma ideia de participação avançada. O espectro de formas de participação reconhecidas pela lei vai desde a clássica participação individual, enraizada no Estado de direito, passando pela participação coletiva por grupos, associações e representantes até atingir a participação aberto ao público. O Direito comunitário insta os Estados-Membros para desenvolver estas formas de participação e complementá-las através das possibilidades de participação transnacionais. Aqui se perfila uma linha de relação entre os princípios da participação democrática e os impulsos de

²⁰⁴ O renomado advogado tributarista Ricardo Escobar é claro nesse mesmo sentido: “[...] E o instituto da arbitragem conflui com essa linha de pensamento, pois é inequívoca a participação tanto dos administrados, quanto da própria Administração nas fases pré e pós arbitral. Com base nessa nova linha de pensamento, ‘pode-se afirmar que está superada a concepção de que o Poder Público jamais poderia se submeter à solução de conflitos pela via arbitral’”. ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 92.

²⁰⁵ A professora portuguesa Cláudia Sofia de Melo Figueira enaltece o caráter democrático da arbitragem no campo administrativo e tributário, pois o Estado adota uma postura participativa e se aproxima de atores sociais, inclusive no campo jurisdicional. O Estado reconhece seus limites e desafios pós-contemporâneos e se distancia da postura administrativista anacrônica, inflexível e autoritária. FIGUEIRAS, Cláudia Sofia de Melo. Arbitragem: redescoberta de um novo paradigma de justiça tributária? *In*: FONSECA, Isabel Celeste M (coord.). **A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 87.

desenvolvimento que envolvem o Estado de direito [...] orientando a construção de uma estrutura 'intermediária' que pondere os interesses e transcenda as posições jurídica puramente individuais.²⁰⁶ (tradução nossa).

Como visto, a interpretação do que seja interesse público e direito disponível constitucionalizou-se (o paradigma central é a tutela dos direitos fundamentais e não propriamente o interesse da administração pública). Assim, ao Estado é dada a possibilidade de participar de processos arbitrais para solução de litígios administrativos que envolvam direitos disponíveis, pois participar de uma técnica específica de solução de conflitos rápida e eficaz pode tutelar efetivamente os interesses da sociedade²⁰⁷.

²⁰⁶ No texto original: "La participación supone que los que se encuentran afectados de una forma específica por una determinada decisión han tomado parte en ele proceso de condujo a la misma [...] las comunidades de interesados no son equiparables al 'pueblo' [...] y, por tanto, no pueden aportar la legitimidad exigida por esa disposición [...] Sin embargo, de la concepción de Derecho administrativo que surge de los aspectos ideales de la democracia y del Estado de Derecho se derivan ciertos impulsos al desarrollo de la participación. En este sentido, han de considerarse dos grandes ámbitos del debate sobre la participación: de una parte, la participación de los ciudadanos, y de los grupos en los que éstos se organizan, en algunos procedimientos administrativos, usual en el ámbito del Derecho ambiental y en la planificación, y que se considera un principio jurídico común en ámbito países de la Unión Europea. De otra parte se pueden señalar numerosas formas de cooperación entre el Estado y la Economía que han cristalizado en organizacioniones que sirven de ejemplo para una idea de participación avanzada. El espectro de forma de participación reconocido por la Ley va desde la clásica participación individual, enraizada en el Estado de Derecho, pasando por la participación coletiva por grupos asociaciones o representantes hasta llegar a la participación democrática y los impulsos de desarrollo que implica el Estado de Derecho [...] orientados a la construcción de una estructura 'intermediária' que pondere los intereses y transcenda las posiciones jurídicas puramente individuales". SCHIMDT-ASSMANN, Jonh Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003. p. 118.

²⁰⁷ Esclareça-se, ainda, que a gabaritada doutrina nacional faz uma divisão entre arbitrabilidade objetiva e subjetiva, a partir da interpretação do artigo 1ª da Lei n. 9.307 de 1996. A arbitrabilidade subjetiva está relacionada às pessoas capazes de contratar e de optarem pela arbitragem para solução de conflitos relativos aos direitos patrimoniais disponíveis. Ou seja, está relacionada à capacidade das partes. Já a arbitrabilidade objetiva está relacionada aos assuntos ou matérias que podem ser decididas pela arbitragem, ou seja, afasta os direitos de natureza não patrimonial ou não disponíveis da apreciação de um julgador privado (não transacionáveis). Apesar de autorização legislativa expressa, no ponto dos direitos disponíveis e a correlação com a administração pública, ainda existem controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que impedem a aplicação *plena* da arbitragem em litígios administrativos no Brasil. A obra coletiva com participação do professor Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira esclarece o seguinte: "Quanto à Administração Pública na arbitragem, o conceito de arbitrabilidade objetiva já passa por crises, visto que existem discussões sobre se o critério de análise fundamentado na transação de um direito é suficiente para determinar sua disponibilidade, conseqüentemente, sua arbitrabilidade objetiva. Isso porque a Administração Pública é regida por um sistema lógico próprio de prerrogativas públicas para suas ações. Doutrinadores como Eduardo Talamini, Cesar Augusto Guimarães e Aline Klein já propõem que o critério fundamental para aferir arbitrabilidade objetiva desses casos seja o princípio da não necessidade da intervenção jurisdicional, diferenciando o debate em dois pontos, o que seria arbitrável objetivamente, e o que seria sindicável – os limites da revisão do julgador. Esse raciocínio finda defendendo que o árbitro seria responsável pela identificação do núcleo insindicável da pretensão e equipara a profundidade da cognição de

Contudo, quando o Estado decide participar do processo arbitral, ele não pode se furtar de cumprir as obrigações contraídas e alegar eventual nulidade da sentença arbitral com base na sua atuação jurídica privilegiada. Isso fere o próprio princípio da boa-fé, transparência e lealdade. Para César Augusto Guimarães Pereira, esses deveres também são representados pelo princípio do *venire contra factum proprium*, nesses termos:²⁰⁸

Mais do que nunca, deve-se atentar para a vedação do *venire contra factum proprium*. Se o Estado adota a arbitragem – firmando cláusula compromissória ou compromisso arbitral, atos necessariamente voluntários -, esta opção deve ser respeitada como definitiva e irrevogável. A partir daí, os controles aplicáveis são os próprios do regime de arbitragem, notadamente os dos arts. 32 e 33 da Lei n. 9.306/1996 no caso das arbitragens internas e dos arts. 38 e 39 da Lei n. 9.306/1996 no caso de sentenças arbitrais estrangeiras, passíveis de homologação pelo STJ.

Um caso recente no Brasil (iniciado no ano de 2020), envolvendo discussão sobre validade de cláusula arbitral prevista no Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás)²⁰⁹, serve de exemplo paradigmático²¹⁰. A União, como acionista

árbitros e juízes estatais. [...] Portanto, concluímos que se não há reserva específica pelo Estado do resguardo de interesses fundamentais da coletividade e desde que as partes possam livremente dispor sobre o bem acerca do qual controvertem, cabível a aplicação da premissa que ‘são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir’, também concluímos, com fundamento nas lições doutrinárias e julgado acima, que deve ser admitida com reservas a afirmação no sentido de que determinadas matérias são absolutamente inarbitráveis, impondo-se a apreciação das questões específicas sobre a peculiaridade da matéria sobre a qual versa o litígio. Importante para a apuração da arbitrabilidade objetiva a abordagem do instituto da arbitragem em diversos ramos do direito, o que é comumente denominado de ‘arbitragem temática’, isto é, a partir da matéria discutida em determinada controvérsia, é possível identificar se haverá a possibilidade de atuação por parte do Tribunal Arbitral”. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins Débora; FERREIRA, Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem comentada artigo por artigo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 103-104.

²⁰⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e o poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

²⁰⁹ “Art. 58- Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso. Parágrafo único. As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem à orientação de seus negócios, nos termos do art. 238 da Lei nº 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral

majoritária da respectiva sociedade de economia mista, alegou em juízo que não é alcançada pelas decisões arbitrais proferidas com base no estatuto da Companhia (pois não houve cláusula arbitral específica para o litígio específico). Isso, pois, alguns acionistas prejudicados financeiramente em decorrência dos escândalos de corrupção na Petrobrás, deflagrados na Operação Lava-Jato, promoveram a abertura de procedimentos arbitrais com fundamento no art. 58 da norma estatutária. Até então, a decisão arbitral proferida condenou a União ao ressarcimento de aproximadamente R\$ 166 bilhões aos cofres da estatal.

Contudo, a Advocacia-Geral da União (AGU) recorreu ao Poder Judiciário para anular a sentença arbitral, sob o fundamento de que a arbitragem só se estabelece mediante acordo entre as partes e não há compromisso arbitral que vincule a União aos procedimentos arbitrais em questão. A primeira decisão judicial foi proferida pela 22ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo, que julgou procedente a ação declaratória proposta pela União, desvinculando-a do referido processo arbitral. Mais à frente, em 17 de fevereiro de 2021, em suscitação de conflito de competência apresentada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi decidido que o juízo arbitral é o competente para analisar questões sobre eficácia, validade e existência de cláusula compromissória (princípio da *kompetenz-kompetenz* – art. 8º, §1º, da Lei n. 9.307/1.996). Ou seja, o Poder Judiciário de primeiro grau não poderia anular a decisão arbitral, sob o simples fundamento de

previsto no caput deste artigo”. PETROBRÁS. **Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A.** Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

- ²¹⁰ POMBO, Barbará. Disputa bilionária entre União e minoritários da Petrobrás deve ser julgada pela justiça. **Valor Econômico**, São Paulo, 30 set. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/09/30/stj-disputa-bilionaria-entre-uniao-e-minoritario-da-petrobras-deve-ser-julgada-pela-justica.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2021. FERREIRA, Fernando; ALHADAS, Ana Carolina; ROCHA, Paulo Eduardo. A arbitragem no Estatuto da Petrobras: está a União vinculada ao procedimento arbitral? São Paulo, 13 maio 2021. Disponível em: <https://www.bocater.com.br/publicacoes/a-arbitragem-no-estatuto-da-petrobras-esta-a-uniao-vinculada-ao-procedimento-arbitral/>. Acesso em: 10 jul. 2021. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **União não pode ser obrigada a participar de arbitragem para ressarcir acionistas minoritários da Petrobras, comprova AGU**. Brasília, DF, 24 set. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/uniao-nao-pode-ser-obrigada-a-participar-de-arbitragem-para-ressarcir-acionistas-minoritarios-da-petrobras-comprova-agu>. Acesso em: 10 jul. 2021. INVESTIDORES cobram até R\$ 60 bilhões da Petrobras em processos de arbitragem. **InfoMoney**, [S. l.], 23 abr. 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/investidores-cobram-ate-r-60-bilhoes-da-petrobras-em-processos-de-arbitragem/>. Acesso em: 30 set. 2021. CAPURUÇO, Guilherme. O que muda na arbitragem societária após o julgamento do caso Petrobras. **Legislação & Mercados**, São Paulo, 4 nov. 2020. Disponível em: <https://legislacaoemercados.capitalaberto.com.br/o-que-muda-na-arbitragem-societaria-apos-o-julgamento-do-caso-petrobras/>. Acesso em: 30 set. 2021.

que a cláusula arbitral (prevista no Estatuto), não pode vincular a Companhia. Quem avalia de primeira mão se o compromisso arbitral é válido ou não é o juízo arbitral.

Não obstante esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em 28 de abril de 2021, a 7ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo suspendeu a execução da sentença arbitral e sentença arbitral parcial proferidas nos procedimentos arbitrais n. 85/2017 e 97/2017, respectivamente. A decisão judicial citou um precedente do STJ (Conflito de competência n. 151.130), em que interpretou restritivamente a cláusula de resolução de conflitos pela via arbitral prevista no Estatuto da Petrobrás.

Essa nova decisão (judicial) expõe um (suposto) problema hermenêutico que envolve arbitragem na solução de conflitos com a administração pública. Apesar de prevista expressamente em norma estatutária (cláusula arbitral), aprovada por Assembleia Geral de acionistas (inclusive pela União, que é sócia majoritária), a própria União - com tutela judicial - impugna a validade da cláusula arbitral (que originou uma decisão condenatória). Esse comportamento da União é contraditório e vai de encontro às boas práticas de governança corporativa (prevista, inclusive, na Lei das Estatais - Lei n. 13.303 de 2016).

Essa insegurança jurídica expõe as dificuldades ainda existentes no tocante à adoção efetiva da arbitragem na solução de litígios envolvendo a administração pública, direta ou indiretamente. Existe autorização legislativa, mas os maiores problemas são culturais e de compreensão do sentido hermenêutico do texto (norma): arbitragem – direito disponível – interesse público. De qualquer forma, o Poder Judiciário brasileiro precisa consolidar um entendimento sobre essa relevante questão, de preferência em favor da efetividade da arbitragem em litígios administrativos, o mais rapidamente possível²¹¹.

Feitas todas essas considerações sobre a atual leitura do interesse público e sobre os direitos disponíveis, correlacionados com a adoção da arbitragem em litígios administrativos, cabe, ainda, explicar no próximo tópico sobre a consolidação legislativa e jurisprudencial da arbitragem em conflitos administrativos

²¹¹ *Data venia*, parece que a impugnação da União nesse caso específico da PETROBRÁS, está mais relacionada ao fato de que foi condenada de forma célere pelo juízo arbitral. Isso, porque, na via judicial as eventuais decisões condenatórias poderiam ser impugnadas pela União de forma *ad aeternum* nos Tribunais, e chegar ao ponto final num prazo excessivamente longo. É mais uma questão de pragmatismo do que propriamente de interpretação jurídica.

no Brasil, para que não restem dúvidas sobre as vantagens jurídicas desse instituto para solução de conflitos administrativos.

3.5.3 Consolidação legislativa e jurisprudencial: o terreno fértil para adoção da arbitragem tributária no Brasil

Polêmicas e resistências de parte da burocracia estatal à parte, fato é que a arbitragem em conflitos envolvendo a Administração Pública é adotada no Brasil desde a época do descobrimento. Como foi delineado em linhas pretéritas, a arbitragem em causas envolvendo o Brasil perpassou o Tratado de Tordesilhas, as Ordenações de Portugal e, ainda, as normas imperiais. A arbitragem também foi se consolidando em normas infraconstitucionais, como previsto no Código Comercial de 1.850, Código Civil de 1.916 e assim por diante, até a aprovação da Lei especial em 1.996.

De mais a mais, a adoção da arbitragem nas causas da Fazenda Pública também era admitida pela doutrina desde o Império.²¹² Num primeiro momento, a arbitragem nesses casos foi adotada no contexto de disputas comerciais ou indenizatórias internacionais. Marcelo Ricardo Escobar, por exemplo, elucida que o Brasil se envolveu em arbitragens internacionais em 1.829 (com a Grã-Bretanha) e também em 1.842 contra os Estados Unidos da América²¹³. Ainda com apoio na mesma doutrina, evidencia-se através do Decreto n. 2.647, que instituiu o Regulamento das Alfândegas e Mesas de Rendas, diploma que possibilitava

²¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 282.

²¹³ Referido autor esclarece: “Em que pese o resultado das deliberações não ter sido divulgada, há registro doutrinário de que em 1.829 o Brasil e a Grã-Bretanha figuraram na arbitragem internacional conhecida por *Maritime Captures*, em que a Grã-Bretanha buscou indenização pela captura de seus navios ocorrida entre 1.826 e 1.827.

A convenção de arbitragem foi assinada em 05 de maio de 1829 no Rio de Janeiro, estipulando uma comissão mista de quatro membros que seriam nomeados pelos respectivos governos ou seus ministros, determinando que: ‘se a maioria não concordar, a questão deverá ser submetida ao Secretário de Estado brasileiro e do Ministro britânico no Rio de Janeiro’, e que deveriam dar prioridade aos pedidos de embarcações e cargas condenadas pelo Decreto de 21 de maio de 1.828, que tinha tratado de vinte e cinco navios.

Em 1.842, o Brasil voltaria a figurar em uma arbitragem internacional, mas dessa vez contra os Estados Unidos da América.

O caso decorreu da apreensão da escuna ‘*John S. Bryan*’ na Província do Pará em junho de 1836, e culminou na nomeação de um comissário de cada país, no dia 15 de outubro de 1.842.

Em 12 de junho de 1.843 os comissários condenaram o Brasil a pagar 26 contos de réis a título de indenização pelas perdas e danos decorrentes da apreensão, pagamento realizado em valor histórico e com quase três anos de atraso, em 20 de maio de 1.846 – o que ensejou um pedido de pagamento dos juros, bem como das despesas do procedimento original”. ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 101-102.

arbitragem em alguns casos, inclusive em algumas matérias tributárias relacionadas à classificação de mercadorias e valoração aduaneira.

Para Marcelo Ricardo Escobar, é justamente o supracitado Decreto imperial que representa um verdadeiro marco legal da arbitragem tributária no Brasil, especialmente o seu art. 577²¹⁴²¹⁵:

Em nosso entender, ainda devemos considerar esse procedimento como as raízes dos tribunais administrativos tributários, uma vez que sua forma de composição bem o peso das decisões de cada julgador muito se assemelha aos das cortes administrativas fiscais hodiernas. De suas disposições, adaptadas aos dias atuais, previa-se que o Ministro da Fazenda, bem como os Secretários das Fazendas tinham competência para escolher os árbitros que decidiriam as três questões tributárias acima elencadas, formando com essas escolhas uma lista prévia.

²¹⁴ “Art. 577. O processo de arbitramento, nos casos marcados pelo presente Regulamento, e salvas as disposições do Cap. 5^a do Tit. 3^a e Cap. 3^a do Tit. 8^a, se regulará pelas seguintes:

§1^a O Ministro da Fazenda na Côrte, e os Inspectores das Thesourarias de Fazenda nas Províncias escolherão d’entre as diferentes classes dos Negociantes, Empregados, e pessoas profissionais em cada hum ramo de indústria, domiciliadas no lugar em que funcionar a respectiva Repartição Fiscal, que julgar mais idoneos para servirem de peritos ou practicos nas questões a que se referem os arts. 559 §2^a, 566 e 570 §5^a. A relação destes peritos assim escolhidos será publicada, e revista no fim de cada semestre, e sua leitura sempre franqueada às partes.

§2^a Verificado o caso de arbitramento, a parte escolherá d’entre as pessoas incluídas na lista de que trata o paragrapho antecedente dous árbitros, e manifestará por escripto ao Chefe da Repartição a sua definitiva escolha. Por sua vez o Inspector da Alfandega, ou Administrador da Mesa de Rendas escolherá do mesmo modo os dous árbitros da Fazenda Publica, e de acordo, com a parte hum quinto, e se esta se recusar a isso á sua revelia será o quinto arbitro designado pelo mesmo Inspector, ou Administrador, que marcará o dia em que eles se devem reunir; no caso porém de não haver acordo sobre o 5^a arbitro será este designado pela sorte d’entre seis nomes escolhidos da lista dos árbitros, sendo tres pelo Chefe da Repartição, e outros tantos pela parte.

§3^a Reunidos os quatro árbitros sob a presidência do Chefe da Repartição, feita por este a exposição do facto, e ouvida a parte, procederão aos exames e indagações que julgarem convenientes, e no mesmo acto darão seu parecer por escripto, que será por todos assignado; não podendo retirar-se antes de concluído o julgamento e sua assinatura. E o que o contrario especial. Não comparecendo todos os árbitros no dia e hora marcados, o Inspector designará outro dia e hora; e se ainda se verificar neste ultimo caso falta, os árbitros presentes, qualquer que seja o seu numero, darão logo sua decisão; no caso, porém, da falta ser proveniente de falecimento, ou de mudança de domicilio de algum dos árbitros, se procederá á substituição deste na fôrma do §2^a.

§4^a A decisão de regulará pela maioria dos votos; quando porém houver empate decidi-lo-há o quinto arbitro que houver sido nomeado a aprazimiento da parte e do Chefe da Repartição, ou por este á revelia daquella.

§5^a No caso da parte se louvar nos árbitros nomeados pelo Inspector da Alfandega, ou Administrador da Mesa de Rendas, a decisão destes será reputada decisão arbitral para todos os efeitos marcados neste Regulamento. No caso de empate entre estes, se escolherá hum terceiro arbitro, na fôrma estabelecida no §2, para nomeação do quinto. Este quinto arbitro será sempre obrigado a concordar com hum dos laudos empatados”. BRASIL. **Decreto nº 2.647, de 19 de setembro de 1860**. Manda executar o Regulamento das Alfandegas e Mesas de Rendas.

Brasília, DF: Presidência da República, 1860. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM2647.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

²¹⁵ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 111.

Em verificada a necessidade de iniciar um procedimento, o contribuinte indicaria dois árbitros dentre os constantes na lista, e a fazenda outros dois.

Ambas as partes indicariam em comum acordo o quinto árbitro, e na ausência de acordo, o quinto elemento seria sorteado dentre três outros escolhidos pelo contribuinte, e o mesmo número por parte da fazenda.

A decisão era proferida por maioria de votos dos quatro primeiros árbitros, que chamariam para desempate o quinto, se necessário.

Como visto, as questões tributárias na época imperial eram tratadas dinamicamente, com a possibilidade de os litígios serem decididos por verdadeira arbitragem. Provavelmente essa foi uma herança (positiva) da colonização portuguesa, que construiu ao longo do tempo uma administração tributária mais flexível.

Contudo, no Brasil, esse primeiro passo em direção à adoção da arbitragem nas relações tributárias permaneceu intrêmulos até os dias atuais e a aprovação de uma lei (expressa) poderá contribuir para reversão desse quadro.

Além das disposições legais acima e diversos outros Decretos com previsão de arbitragem na área comercial (por exemplo, Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867), fato é que o Brasil se envolveu em inúmeras arbitragens internacionais durante o período colonial e pós-colonial. De certa forma, eram arbitragens com forte conotação de arbitragem com a administração pública. Talvez a *expertise* nacional fosse mais relacionada às arbitragens com a administração pública do que propriamente arbitragens comerciais.

Tanto é verdade, que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1.891 estabeleceu previsão em art. 34, 11^a (incluído pela Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1.926), apenas de arbitragem pública, e deixou para a legislação infraconstitucional a competência para regulamentar a arbitragem comercial (privada). Vejamos: “Art. 34 – Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 11^a) autorizar o governo a declarar guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz; [...]”²¹⁶.

²¹⁶ BRASIL. (Constituição [1891]). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

Importante registrar, que a divisa entre os Estados de Goiás e Mato Grosso foi discutido por meio de uma arbitragem iniciado em 1.919, por iniciativa do Governo Federal. Marcelo Ricardo Escobar, novamente, elucida:²¹⁷

A discussão territorial entre os Estados de Mato Grosso e Goiás que teve início com o desmembramento da Capitania de São Paulo nas de Goiás e Mato Grosso no ano de 1748 que culminaram no Termo de Adesão de 1ª de Abril de 1771, onde o então governador da Capitania de Mato Grosso aceitou as demarcações propostas por seu colega de Goiás, até que dois acontecimentos – invasão da região goiana de Camapuã em 1775, e a criação da Vila de Santana de Parnaíba, em território da Província de Goiás, em 1838 – trouxeram a questão das divisas à tona.

Com o advento dessas questões e o impasse instalado entre as regiões, o Governo Federal tomou a iniciativa de aproximá-los em uma mesa de negociação, que sem encontrar uma solução que aplacasse as intenções dos dois lados, culminou em uma arbitragem entre os dois Estados, presidida pelo Procurador Geral da República, Ministro Pires de Albuquerque, e composta pelos có-árbitros Conde de Affonso Celso – indicado por Goiás -, e Dr. Prudente de Moraes Filho, por parte de Mato Grosso.

O Tribunal Arbitral decidiu favoravelmente ao Estado do Mato Grosso concedendo a área localizada entre os rios Sucuriú e Aporé, demarcações não reclamadas em sua proposta, o que gerou novo impasse, desta vez discutido em atenção ao disposto no art. 13 do Ato das Disposições no Acordo de 27 de agosto de 1937, que novamente foi questionado, até ser definitivamente decidido pelo Pretório Excelso em 21 de novembro de 2001, fixando a demarcação nas nascentes mais altas do rio Araguaia, tal como pleiteado pelo Estado do Mato Grosso.

De mais a mais, a Arbitragem no Brasil (especialmente a pública), sofreu um tratamento legislativo simbólico nas Constituições Federais de 1.934, 1.937, 1.946 e 1.967. Da mesma forma, os Códigos de Processo Civil de 1.939 e 1.971 não contribuíram para a afirmação da arbitragem privada, pois não deram a autonomia necessária para a cláusula compromissória²¹⁸

Não obstante, o arcabouço jurídico dos últimos 50 (cinquenta) anos resgatou o vigor da arbitragem nos litígios públicos no Brasil, especialmente as previsões legais aprovadas nos últimos 10 (dez) anos. Inclusive agora, em 2021, com a

²¹⁷ ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 120-121.

²¹⁸ FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública**: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2008.

introdução de diversos métodos adequados de solução de conflitos na atual lei brasileira de licitações e contratos administrativos.²¹⁹

Desse modo, o problema para aplicabilidade plena da arbitragem em litígios administrativos não é propriamente de autorização legislativa. Pelo que parece, repise-se mais uma vez, é um problema cultural e de compreensão hermenêutica dos institutos jurídicos voltados para a solução adequada de conflitos que envolvam o Poder Público.²²⁰

A interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público é realizada, ainda, com preconceitos presos num modelo administrativista superado constitucionalmente. Renúncia de tutela estatal judicial, não é renúncia de direito

²¹⁹ O professor Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, com apoio na doutrina de Marcelo Ricardo Escobar, fez um apanhado não exaustivo das previsões legais de adoção da arbitragem com a Administração Pública: “Dentre os quais elencamos não exaustivamente: ‘(i) Lei Federal n. 5.662 de 1971 (BNDES – art. 5ª, parágrafo único); (ii) Decreto-lei n. 1.312 de 1974 (Empréstimos Externos – art. 11); (iii) Constituição Federal de 1.988 (art. 114 §§ 1ª e 2ª); (iv) Lei RJ n. 1.481 de 1989 (Conc. de Serviços e Obras Públicas – art. 5ª §§ 2ª e 3ª); (v) Lei SP n. 7.835 de 1992 (Conc. de Obras e Serviços Públicos – art. 8ª, XXI); (vi) Lei Federal n. 8.693 de 1993 (Transporte Ferroviário – art. 1ª §8ª); (vii) Lei Federal n. Lei Federal n. 8.666 de 1993 (Licitações – previsão genérica art. 54); (viii) Lei Federal n. 8.987 de 1995 (Concessões – art. 23); (ix) Lei Federal n. 9.307 de 1.996 (LBA); (x) Lei Federal n. 9.472 de 1997 (Telecomunicações – art. 93, XV); (xi) Lei Federal n. 9.478 de 1997 (Petróleo – art. 43, X); (xii) Lei Federal n. 10.233 de 2001 (Concessão de Transporte – art. 35, XVI); (xiii) Lei Federal n. 10.303 de 2001 (Direito Societário); (xiv) Lei Federal n. 10.438 de 2002 (ANEEL – art. 4ª § 5ª, V); (xv) Lei Federal n. 10.848 de 2004 (CCEE – art. 4ª § 6ª); (xvi) Lei Federal n. 11.079 de 2004 (PPP – art. 11); (xvii) Emenda Constitucional n. 45 de 2004; (xviii) Lei Mineira de Arbitragem na Administração Pública n. 19.477 de 2011; e (xviii) Lei Federal n. 12.815 de 2013 (Portos – art. 37)’. ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem Tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 131-166. Temos que a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAA), criada pelo Ato Regimental AGU n. 5, de 27 de setembro de 2007, para prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais não constitui arbitragem propriamente dita, nos termos da Lei em comento, já que cabe ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias, por meio de parecer, que se aprovado pelo Advogado-Geral da União e pela Presidência da República, vincula os órgãos e entes da administração pública, conforme os artigos 39 a 41 da Lei Complementar n. 73 de 1993. O § 1ª do art. 40, em especial, prevê que órgãos e entidades da Administração Pública Federal ‘ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento’. Acrescentamos a Lei n. 13.867 de 2019 que prevê a possibilidade de opção pela arbitragem para definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública e a Lei n. 14.133 de 2021, que prevê a arbitragem na Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins Débora; FERREIRA, Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem comentada artigo por artigo**. 2. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 150.

²²⁰ Por exemplo, o Tribunal de Contas da União não era favorável à adoção da arbitragem em litígios administrativos sem que Lei anterior permitisse, demonstração de pré-conceitos (hermenêuticos) e de falta de compreensão (hermenêutica) plena do instituto jurídico. Tribunal de Contas da União. Decisão 286 de 1993, Decisão 188 de 1995, Decisão 394 de 1995, Acórdão 584 de 2003, Decisão 215 de 2004, Acórdão 587 de 2003, Acórdão 631 de 2003, Acórdão 537 de 2005, Acórdão 1.271 de 2005, Acórdão 1.099 de 2006. Sobre o tema: SALLA, Ricardo Medina, **Arbitragem e administração pública – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 57-58 e OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faixichow. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019. p. 50-54.

material. Aliás, a administração pública pode unilateralmente e extrajudicialmente reconhecer o direito de um administrado. Esclarece Marcelo Veiga Franco²²¹:

Portanto, a permissão legal de utilização da arbitragem pela Administração Pública não envolve qualquer tipo de risco ou debate sobre renúncia de direito material. Diferentemente, a escolha pela via arbitral diz respeito ao 'modo de composição do conflito' e à possível disponibilidade da pretensão de tutela judiciária (ou seja, a abdicação do 'direito de obter do Judiciário a solução para a questão'). Trata-se, logo, de valorização da autonomia privada da negociação (escolha) da instância de resolução do conflito. Nessa perspectiva, a disponibilidade está inserida 'no plano processual', e não no aspecto substancial da suposta renúncia do direito material em discussão. Por via de consequência, a indisponibilidade do interesse público não pode ser invocada como princípio impeditivo do emprego da arbitragem envolvendo o Poder Público.

A própria Constituição da República de 1.988 deu vazão para o revigoramento da arbitragem envolvendo a administração pública no Brasil. Tudo bem que o único registro exposto da adoção de arbitragem seja em litígios trabalhistas, fruto da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.²²² Entretanto, a redação do art. 5^a, inciso XXXV, demonstra que não existe monopólio da jurisdição estatal no sistema jurídico constitucional brasileiro. O Poder Judiciário funciona como guardião do ordenamento jurídico e pode ser acionado em casos específicos no processo arbitral (cooperação), e, especialmente, após o processo quando existente eventual nulidade na sentença arbitral.

Em tempo, existe previsão expressa na Carta Magna, quanto à arbitragem na administração pública, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ("ADCT"), em seu artigo 12, § 2^a, quando trata de demarcação de linhas divisórias litigiosas entre os Estados e Municípios.

²²¹ FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração pública como litigante habitual**: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento de conflitos. 2018. f. 385. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B9HHYR>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²²² "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]
§ 1^a Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
§ 2^a Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente". BRASIL. (Constituição, [1988]). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

Por seu turno, registre-se que recentemente a Lei de Arbitragem passou por uma reforma legislativa importante (Lei nº 13.129/2015), que conferiu mais segurança ao processo arbitral e o conformou às alterações processuais do Código de Processo Civil de 2015 e, principalmente, aos precedentes judiciais em matéria de arbitragem. Outro ponto importante, foi a previsão expressa da adoção da arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública²²³.

Desde então, de forma expressa, a administração pública (direta e indireta) poderá dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis através da arbitragem. Na verdade, já foi noticiado nas linhas anteriores, que a Administração Pública brasileira participou de inúmeras arbitragens, sem lei especial autorizativa²²⁴.

Nesse desiderato, para uma tradição jurídica herdeira do modelo romano-germânico, a previsão legal (expressa) foi muito bem-vinda e *colabora* na adoção plena da prática do instituto da arbitragem pela administração pública²²⁵.

²²³ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (grifo nosso). BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

²²⁴ “Na esfera administrativa, o TCU tem se mantido firme no entendimento de que não é possível a participação da Administração em arbitragens sem lei autorizativa (decisão 286/93, decisão 763/94, decisão 188/95, decisão 395/95, acórdão 584/03, decisão 215/04, acórdão 587/03, acórdão 631/03, acórdão 1271/05, acórdão 537/06 e acórdão 1099/06). No âmbito do Judiciário, alguns casos devem ser mencionados: (1) Caso Minas x Werneck (STF, Ap. Cível 3.021/1918), onde se admitiu a arbitragem – não havia lei autorizativa, mas o caso foi anterior a 1922, quando do Decreto nº 15.783/22 foi promulgado; (2) Caso Lage, onde se admitiu a arbitragem – havia lei autorizativa (STF, AI 52181); (3) Apelação Cível 137279/89 (TRF) – não se admitiu a arbitragem; (4) MS 1998002003066-0/99 (TJDF) – admitiu a arbitragem com base numa interpretação *a contrario sensu* do Decreto-lei nº 2.300; (5) Caso AES Uruguaiana x CEEE (TJRS, AI 70003866258/02 – não admitiu a arbitragem; (6) Caso Copel x UEG Araucária (TJPR – não admitiu a arbitragem); (7) Caso Guggenheim (TJRJ – não admitiu a arbitragem); (8) Caso Compagás x Carioca Passareli (TJPR – admitiu a arbitragem); (9) Energética Rio Pedrinho x Copel (TJPR – admitiu a arbitragem). FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública**: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 13.

²²⁵ Marcelo Veiga Franco esclarece que a adoção da arbitragem pela administração pública pode representar atendimento ao interesse público, pois é uma técnica social de solução de conflitos rápida e tecnicamente adequada para inúmeras situações. A redução do excesso de ações judiciais pelo Poder Público é sim legítimo interesse público. “Observe-se que não há, nessa constatação, qualquer disposição ou renúncia ao interesse público. Tanto o árbitro, como o juiz estatal, comporá a lide aplicando o direito positivo com observância das garantias inerentes ao ‘devido processo legal’. Ademais, o árbitro pode decidir a disputa com maior especialidade técnica e de forma mais célere, o que torna ainda mais incompatível com o interesse público obrigar a Administração Pública a recorrer, em todo e qualquer conflito de que seja parte, ao Poder Judiciário, condenando-a a aguardar por vários anos, às vezes décadas, pela composição de um litígio de interesse de toda a coletividade”. FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração pública como litigante habitual**: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento de conflitos. 2018. f. 394. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo

Contudo, também já foi explanado, a arbitragem adotada pela Administração Pública tem tratativas legais que exigem 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.²²⁶

É certo que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal e também aos preceitos insculpidos nos incisos e parágrafos do mencionado dispositivo constitucional. A atividade estatal que não esteja em consonância com eles será eivada de nulidade que poderá ser decretada tanto pela própria Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário.²²⁷

A Lei 9.307/96 prevê expressamente que a sentença arbitral pode ser declarada nula por meio da promoção de ação judicial pela parte interessada. É o que disciplina o art. 32 e seguintes da Lei de Arbitragem. Por isso que a arbitragem que tenha a participação da Administração Pública apresenta especificidades que devem ser observadas como forma até mesmo de conferir segurança jurídica ao

Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B9HHYR>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²²⁶ “Por fim, o § 3º do art. 2º esclarece que a arbitragem envolvendo a Administração Pública deverá sempre ser de direito, excluindo a possibilidade de os árbitros decidirem por equidade, o que se justifica pela proteção que devem ter os interesses da administração. Também se determina que a arbitragem respeitará o princípio da publicidade, o que exclui a confidencialidade. É verdade que tanto os processos administrativos como os processos judiciais que envolvem a Administração devem, em tese, ser públicos e transparentes, mas nada impede que a autoridade possa decidir que a tramitação do processo ou parte desta ocorra em segredo de justiça. Assim sendo, a redação mais feliz seria a que acrescentasse à parte final do parágrafo a expressão “sem prejuízo da confidencialidade quando útil ou necessária, considerando as circunstâncias do caso”. Isso porque, no comércio exterior e em certos acordos políticos, militares ou financeiros, pode não ser conveniente e mesmo não ser de interesse público a publicidade desses processos”. WALD, Arnaldo. Arbitragem envolvendo entes estatais: a evolução da jurisprudência e a lei n. 13.129, de 26-5-2015. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem**: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 132.

²²⁷ FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a Administração Pública. *In*: TALAMINI, Eduardo; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Processo e administração pública**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

instituto arbitral. O instrumento que conferirá a legalidade da arbitragem é a convenção arbitral que pode ser instrumentalizada por meio de cláusula arbitral ou compromisso arbitral.²²⁸

A convenção arbitral deve garantir que os conflitos envolvendo a Administração Pública, que foram submetidos à arbitragem, discutam efetivamente direitos patrimoniais disponíveis. A indicação de interesse público indisponível abre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em análise do procedimento arbitral e eventual decretação de sua nulidade – em tese.²²⁹

Portanto, é de suma importância que o caráter patrimonial e a disponibilidade sejam evidenciados, seja no contrato administrativo, nas alegações iniciais das partes ou mesmo pelos árbitros.²³⁰

Importante salientar que as especificidades não buscam alterar a arbitragem, mas justamente compatibilizá-la e torná-la possível também para os conflitos entre a Administração Pública e os particulares. Tratar uma arbitragem que envolva a Administração Pública como se fosse uma arbitragem comercial comum impõe riscos quase que inevitáveis de judicialização dos procedimentos.

Nessa quadra, os seguintes temas precisam de atenção especial na adoção da arbitragem pela administração pública: (a) publicidade e transparência, (b) formas de contratação e vinculação das câmaras arbitrais e (c) execução de laudo arbitral contrário à Administração Pública.

Quanto à publicidade e transparência há um tratamento diferente das arbitragens envolvendo a administração pública comparado com as arbitragens comerciais.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 conferiu uma nova roupagem ao direito administrativo para torná-lo contemporâneo. Uma das regras introduzidas consistiu na observância da boa governança no processo administrativo, que remete a Administração Pública ao protagonismo na implementação dos direitos fundamentais e à condução das ações governamentais com a adoção de mecanismos participativos que permitem a oitiva dos indivíduos e das entidades afetadas por suas decisões.

²²⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

²²⁹ RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

²³⁰ ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e administração pública: um panorama global. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 5, n. 1, p. 26, 2018.

A boa governança, com isso, permite que as decisões administrativas sejam tomadas com base na verificação do interesse público e em consonância com os princípios administrativos, dentre eles a eficiência, a motivação, a proporcionalidade, a imparcialidade e o participativo, que devem ser aplicados no caso concreto, de modo a conferir legitimidade ao processo decisório.

Em razão disso, a opção da solução de seus conflitos, por meio da arbitragem, deve ser devidamente motivada em processo administrativo que justifique a adoção do método alternativo e vincule a validade do procedimento arbitral ao cumprimento da publicidade com o respeito à transparência, ressalvados os casos em que a lei permita o sigilo, como bem defendido por Rafaella Ferraz²³¹.

Sobre o tema, importante destacar que antes havia extensa discussão sobre a publicidade dos atos do procedimento arbitral, em razão da confidencialidade que permeia a arbitragem. Tal debate, ao que parece, pode ter sido resolvido com a reforma da Lei de Arbitragem pela Lei Federal 13.129/2015, que acrescentou o § 3º ao art. 2º e submeteu expressamente o processo arbitral envolvendo a Administração Pública ao respeito do princípio da publicidade.

De qualquer forma, por mais que a administração pública brasileira já estivesse sujeita ao princípio da publicidade por força do art. 37 da Constituição Federal e da Lei de Acesso à Informação que estendia tal obrigação às arbitragens, a superveniência do mencionado dispositivo é relevante porque afastou qualquer dúvida remanescente sobre a imperatividade de tal dever jurídico.

Ressalta-se que a participação de um ente público em uma arbitragem limita a capacidade das partes em optar livremente pelo sigilo nos procedimentos, em razão da sujeição ao princípio da publicidade. A Constituição Federal assegura o acesso a informações constantes de órgãos públicos brasileiros nos incs. XIV e XXXIII do art. 5º, devendo a Administração Pública ter a sua atuação norteadas pela publicidade (insculpida no art. 37 da CF/1988). Ademais, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo possibilita a participação e o controle social na Administração Pública direta e indireta, previstos no inc. II do § 3º do art. 37 da CF/1988.²³²

²³¹ FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública**: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

²³² PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. *In*: TALAMINI,

Registre-se, ainda, como regra geral, nas arbitragens público-privadas somente as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, hipóteses de sigilo legal e informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem se excetuarão ao princípio da máxima divulgação²³³.

Outra particularidade da arbitragem que envolve a Administração Pública, refere-se aos critérios de julgamento do conflito pelo juízo arbitral. Assim, não pode haver decisões arbitrais tomadas com base na equidade, o que afrontaria o art. 37 da Constituição Federal. A vedação do uso da equidade foi expressamente prevista após a reforma da Lei 9.307/1996 que incluiu o § 3º ao art. 2º para determinar e enfatizar que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito”.

A Administração Pública deve observar o princípio da legalidade que significa a submissão ao que a lei permite, porquanto o critério de julgamento da arbitragem em que participa o Poder Público não pode se afastar da norma jurídica²³⁴.

Neste sentido, foi bem-vinda a reforma da lei de arbitragem, que delimitou o critério de julgamento da arbitragem envolvendo a Administração Pública ao direito, reservando a equidade para as decisões entre particulares.

Por fim, a jurisprudência no Brasil também já era bastante favorável à adoção da arbitragem em litígios administrativos, servindo de bússola em vários momentos ao legislador infraconstitucional. Vários julgados do STF e do STJ caminharam nesse sentido, sempre atentos às particularidades do processo arbitral quando envolviam entes públicos. A resistência mais latente, aliás, sempre foi do Tribunal de Contas da União,²³⁵ fato que caminha para uma nova linha interpretativa após a reforma da Lei de Arbitragem implementada pela Lei n. 13.129 de 2015.

Eduardo; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Processo e administração pública**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 353.

²³³ PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 6, p. 35, jul./set. 2005.

²³⁴ “A Administração só pode se submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente (em lei, regulamento, contrato ou ato administrativo). A decisão por equidade é construída com base em critérios subjetivos, levando em conta a noção de justiça e de equilíbrio que o julgador venha a adotar aos quais a atuação administrativa não pode ficar à mercê”. CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 248, p. 118-126, maio/ago. 2008.

²³⁵ Por exemplo, o Acórdão do TCU – TC n. 587 de 2003, ordenou a retirada das cláusulas de um Edital de licitação que fizessem menção à arbitragem, por, no entendimento da Corte de Contas, serem nulas de pleno direito por confrontar o art. 1º, da Lei n. 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem) e o interesse público. ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 181.

Marcelo Veiga Franco faz um apanhado ilustrativo das principais decisões jurisprudenciais favoráveis à adoção da arbitragem pela administração pública, nos seguintes termos:²³⁶

Em antigo precedente conhecido como ‘caso Lage’, o STF, ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 52181, consignou a legalidade do juízo arbitral ‘até mesmo nas causas contra a Fazenda’, para o fim de fixação de valor de indenização em desapropriação – ainda que, nesse caso concreto, havia autorização normativa específica sob a égide de ordenamento jurídico anterior.

Já o STJ, no julgamento do Recurso Especial n.º 904813/PR, teve a oportunidade de afirmar que ‘não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público’. E mais, a inexistência de previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato administrativo celebrado entre o Poder Público e a concessionária de serviço público ‘não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente’.

Em outra oportunidade, o mesmo STJ, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência n.º 139519/RJ, asseverou que ‘No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem’.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial n.º 612439, o STJ determinou que ‘São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste’.

Já no julgamento do Mandado de Segurança n.º 11308/DF, novamente o

STJ ratificou a ‘legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral’, destacando que a própria realização do interesse público ‘justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo’.

Diante do quadro apresentado nesse último tópico, é possível afirmar com apoio na doutrina de Marcelo Veiga Franco, que vigora no Brasil um amplo leque de arbitrabilidade objetiva dos litígios administrativos. Regra geral, todo direito passível de contratação pela Administração Pública pode ser objeto de arbitragem.²³⁷

²³⁶ FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração pública como litigante habitual**: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento de conflitos. 2018. f. 389-390. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B9HHYR>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²³⁷ FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração pública como litigante habitual**: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento de conflitos. 2018. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B9HHYR>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Assim, arbitragem na administração pública é uma realidade legislativa e possui amparo judicial. Nos últimos anos, diversos contratos públicos incluíram cláusulas compromissórias em seus termos. Essa é uma prática recomendada pelos mercados mais maduros e economicamente estáveis. É uma prática de gestão adequada de conflitos e reduz o custo das transações. Uma ação judicial longa e duradoura não é boa para nenhuma empresa ou negócio, e muito menos para a administração pública no Brasil que tem emergências sociais importantes para tutelar.

Entretanto, para parte da burocracia estatal, existem contrapontos ainda pendentes na definição dos (verdadeiros) direitos disponíveis para efetivação plena da arbitragem em litígios administrativos. Há uma preocupação legítima com a tutela dos interesses públicos (tradição), mas também há um excessivo rigor na compreensão dos princípios administrativistas. Pelo que parece, o problema é mais de mudança na cultura jurídica e na compreensão hermenêutica do atual modelo de Administração Pública adotado com a Constituição Federal de 1.988 – mais gerencial e menos autoritária.

No campo de solução de conflitos, por meio da arbitragem na seara tributária, esses fatores determinantes (mudança de cultura e adequada compreensão hermenêutica) se intensificam, já que a tributação é uma área sensível e prioritária para a Administração Pública. É através dela que o Estado brasileiro obtém recursos para cumprimento dos seus deveres constitucionais. De qualquer forma, a consolidação da arbitragem na administração pública sedimenta o caminho para a adoção da arbitragem na seara tributária, sem desconsiderar algumas particularidades.

Assim, no próximo capítulo analisar-se-á a arbitragem tributária no contexto brasileiro, bem com as possibilidades (constitucionais) de aprovação de uma lei autorizativa federal e, também, sua eventual contribuição para a efetivação do acesso à ordem jurídica justa (tributária) no Brasil.

4 ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA NO BRASIL: UMA FUSÃO DE HORIZONTES

Abordar-se-á, nesse capítulo, a compreensão do instituto da arbitragem tributária como excelente tecnologia de acesso à ordem jurídica justa no Brasil, no sentido de efetivação de direitos fundamentais dos contribuintes e na otimização do custo-benefício adotado pelo Poder Público na cobrança e recebimento de receitas fiscais. Como será apresentado nos próximos tópicos, os fundamentos teóricos que legitimam essa abordagem utilizarão o conceito de fusão de horizontes gadameriano como estrutura fundamental.

4.1 Prolegômenos

Os números não mentem.²³⁸ O contencioso tributário é um problema de ordem pública no Brasil. Tanto na fase administrativa quanto na fase judicial, o estoque de crédito tributário (valores que não ingressaram no caixa da União, por exemplo), é superior a R\$ 3.440 trilhões de reais (de acordo com dados de 2018). Caso os créditos tributários em contencioso fossem considerados procedentes, arrecadáveis e recebíveis, o patrimônio líquido da União saltaria de um saldo negativo para um saldo positivo.²³⁹

As causas para esse quadro degenerativo e pernicioso para a hígidez dos cofres públicos, bem como para a capacidade do Estado brasileiro de promover políticas públicas de qualidade, são múltiplas, como sistema tributário complexo e injusto. Mas o processo tributário tem sua parcela de culpa, retroalimentado pela postura (ainda) pouco flexível e contraproducente da Administração Tributária, que adota métodos ineficientes de discussão e recuperação do crédito público.

²³⁸ Execuções Fiscais representam, aproximadamente, 68% das execuções pendentes no Poder Judiciário. Desconsiderando-se essas ações, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia para 66,9% (a taxa de congestionamento total do Judiciário em 2020 foi de 73%). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021

²³⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO); ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED (EY). **Os desafios do contencioso tributário no Brasil**: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil. São Paulo: ETCO; [S. l.]: EY, nov. 2019. Disponível em: <https://www.etc.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020

A Administração Pública tributária no Brasil age conforme a tradição (passado). Tradição esta que é fruto de uma cultura jurídica voltada para judicialização excessiva de conflitos e, ainda, da compreensão anacrônica de princípios administrativistas que sofreram mutação com a aprovação de novos textos constitucionais.

Como relatado em linhas volvidas, medidas urgentes para mitigação dessa realidade devem ser implementadas pelo Estado brasileiro. Reforma tributária ou reformas tributárias dependem de um consenso público que não existe, ainda em 2021. Existem outros caminhos, como a adoção plena dos métodos adequados de solução de conflitos na área tributária, inclusive por meio da arbitragem. O primeiro passo já foi dado, como aprovação da lei federal de transação tributária e de projetos de lei em andamento, como em Porto Alegre-RS, para adoção da mediação para conflitos fiscais.

Quanto à arbitragem tributária, existem 02 (dois) importantes projetos de lei tramitando no Congresso Nacional²⁴⁰. Na esfera estadual, também foi apresentado um projeto de lei no Estado do Mato Grosso. Infelizmente, o fator Pandemia da COVID-19 atrasou discussões públicas e eventuais aprovações legislativas sobre o tema, por mais paradoxo que seja, uma vez que a crise de saúde pública afetou diretamente a arrecadação tributária (que precisa se modernizar).

De qualquer forma, por mais que haja dissenso de parte de alguns representantes da Administração Tributária, tudo indica que o consenso irá prevalecer e a arbitragem tributária virará realidade legislativa no Brasil nos próximos anos (talvez em 2022 ou 2023). É possível precisar mais ou menos o perfil da (futura) arbitragem tributária brasileira, como será explorado nos próximos tópico. Não obstante essa análise técnica-jurídica, a preocupação desse trabalho de pesquisa perpassa especialmente pela efetividade da norma: aprovação de lei (que já é um avanço), não é suficiente para eficiência do instituto e mudança da cultura jurídica. É justamente por isso que a linha metodológica adotou o método hermenêutico fundado na fusão de horizontes para possibilitar a melhor compreensão sobre os (prováveis) novos institutos jurídicos. Uma fusão do passado com o presente, para geração de consensos em prol da arbitragem tributária.

²⁴⁰ Os projetos de lei em tramitação no Brasil tiveram também, como parâmetro, o modelo de arbitragem tributária em Portugal. Em Portugal, a arbitragem tributária foi adotada a pelo Decreto-Lei n. 10 de 2011 e regulamentada pela Portaria n. 112-A, de 2011.

Assim, antes de adentrar nas análises técnico-jurídicas sobre (prováveis) aprovação e eficiência da arbitragem tributária no Brasil, faça-se uma investigação perfunctória da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, com recorte teórico no conceito de fusão de horizontes.

4.2 Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e o conceito de Fusão de Horizontes

Registre-se, de plano, que a metodologia hermenêutica gadameriana poderá colaborar na mudança de cultura jurídica, compreensão da norma e efetividade da (futura) arbitragem tributária no Brasil. Por exemplo, quando ela orienta a prática de novas habilidades, mas sempre com respeito à tradição existente. Mudar hábitos é mais difícil do que mudar leis!

A palavra hermenêutica possui muitos significados, com sentidos polissêmicos. Para a mitologia grega, por exemplo, Hermes era o mensageiro dos Deuses que transmitia suas palavras aos mortais, que nunca sabiam o que os Deuses diziam, mas apenas o que Hermes traduzia sobre o que Eles diziam.²⁴¹

A partir desse contexto mitológico, Lenio Streck afirma que a humanidade está condenada a interpretar, porque não falamos diretamente com os Deuses, e por isso temos que nos contentar com aquilo que conseguimos desvelar, descobrir, descortinar.²⁴² E como jamais haverá no texto ou na lei (e na arte, conforme Gadamer) um sentido único, final, pronto e acabado, sempre dependerá da interpretação para atribuir-lhe sentido.²⁴³ Portanto, sempre haverá a atividade do intérprete para estabelecer o sentido do texto (processo em contínua expansão).

Jean Grondin²⁴⁴ apresenta três sentidos possíveis que o termo hermenêutica desempenhou ao longo da história e que ainda continuam sendo utilizados.

Primeiro, em um sentido clássico designava a "arte de interpretar os textos", em particular os textos sagrados, os textos jurídicos e a filologia. Assim, a hermenêutica desenvolvia uma função auxiliar porque colaborava com a

²⁴¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. Livro-carta nº 1. São Leopoldo, Edição do Autor, 2017. p. 3.

²⁴² STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. Livro-carta nº 1. São Leopoldo, Edição do Autor, 2017. p. 3.

²⁴³ STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. Livro-carta nº 1. São Leopoldo, Edição do Autor, 2017. p. 3 - 4.

²⁴⁴ GRONDIN, Jean. **¿Qué es la hermenêutica?** Traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder Editorial, 2008. p. 16.

interpretação de textos ambíguos ou que provocasse surpresa ou estranheza.²⁴⁵ Esta tradição se manteve até Friedrich Schleiermacher (1768-1834) que coloca a hermenêutica como um ato de compreensão que é um processo de reconstrução, feita através de diálogo entre o autor e seu interlocutor, em que o interprete tem de "voltar de novo a experimentar os processos mentais do autor do texto" para compreender seu significado.²⁴⁶

No segundo sentido possível, a hermenêutica seria utilizada como um método para a busca da verdade e como estatuto científico das ciências do espírito (ciências sociais), que careciam de uma metodologia, concepção inaugurada por Wilhelm Dilthey (1833-1911).²⁴⁷

A terceira concepção foi um contra-ataque ao modo de entender a hermenêutica como uma metodologia. A ideia fundamental é que a compreensão e a interpretação não são métodos que possam encontrar nas ciências do espírito, porque a hermenêutica nada tem a ver com os textos, mas com própria existência, já cheia de interpretações, e se coloca a serviço de uma filosofia da existência, deixando, assim, de ser uma "hermenêutica dos textos" para ser uma "hermenêutica da existência".²⁴⁸

Já Hans-Georg Gadamer ensina que na pré-história da hermenêutica, a arte da compreensão e interpretação de textos desenvolveu-se por dois caminhos distintos: a teologia e a filologia.²⁴⁹ Em ambos os casos a hermenêutica buscava desvendar o sentido original dos textos através de um procedimento, que no caso da tradição religiosa era com base na tradição bíblica, e na filologia com base na tradição clássica.²⁵⁰

Hans-Georg Gadamer (1.900-2002)²⁵¹, lecionou em Leipzig, Frankfurt e Heidelberg, na Alemanha. Professor emérito desde 1.968, suas obras completas

²⁴⁵ GRONDIN, Jean. **¿Qué es la hermenêutica?** Traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder Editorial, 2008. p.17.

²⁴⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 93.

²⁴⁷ GRONDIN, Jean. **¿Qué es la hermenêutica?** Traducción de Antoni Martínez Riu. Herder Editorial, Barcelona, 2008. p.18.

²⁴⁸ GRONDIN, Jean. **¿Qué es la hermenêutica?** Traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder Editorial, 2008. p.19.

²⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 241.

²⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 242.

²⁵¹ Chris Lawn fez um breve resumo da longa vida de Gadamer: "Hans-Georg Gadamer nasceu em Marburg, na Alemanha, em 11 de fevereiro de 1900, filho de uma família de classe média. Seu pai,

começaram a ser publicadas a partir de 1.986 e abrangem todo o âmbito da hermenêutica, em um constante diálogo com Platão, Aristóteles, Hegel, Heidegger e com outros pensadores contemporâneos.²⁵²

Gadamer define a hermenêutica como a disciplina que se ocupa da arte de compreender textos.²⁵³ E quando ele diz que é uma arte é porque refuta a ideia de um método ou procedimento mecânico²⁵⁴ (mecanicista) onde regras são estipuladas

Johannes Gadamer, era na época um esforçado cientista que trabalhava na Universidade de Marburg. Dois anos mais tarde, a família se mudou para o leste, para a região de Breslau, hoje chamada de Wroclaw na Polônia, onde Johannes foi promovido ao posto de professor. O início da vida de Gadamer foi rodeado de tragédias domésticas: sua irmã morreu ainda na infância, e sua mãe morreu de diabetes dois anos mais tarde, quando Gadamer ainda tinha quatro anos de idade. Um ano mais tarde, seu pai se casou novamente e, de acordo com todos os relatos, incluindo o seu, ele era incapaz de se aproximar de sua madrasta Hedwig (ex-Heilich). A educação de Gadamer na Escola Espírito Santo foi completada pouco antes do início da Primeira Guerra Mundial em 1.918. No mesmo ano, ele se matriculou na Universidade de Breslau num curso, para o total desapontamento de seu pai cientista, sobre a introdução ampla às ciências humanas. Isso incluía história, filosofia, literatura (principalmente alemã), música, línguas e história da arte. O amor de Gadamer pelas artes, e sua decisão mais tarde de trabalhar com ciências humanas foi, aparentemente, uma constante fonte de preocupação e, sem dúvida, irritação, ao filistino pai de Gadamer. Na realidade, quando Johannes, seu pai, estava à beira da morte, e Gadamer era ainda estudante de filosofia, sob a tutela de Heidegger, o professor foi procurado para dar um veredicto sobre as inclinações filosóficas do jovem Gadamer. Heidegger falou, aparentemente, muito bem do seu promissor estudante na época, apesar da sua opinião mudar mais tarde como veremos mais adiante neste livro.

A formação geral na área das humanas que Gadamer recebeu desempenhou um importante papel em seu desenvolvimento intelectual, pois seu influente trabalho filosófico em hermenêutica, de alguma forma, foi uma tentativa de justificar e se apegar àquela ideia antiga da educação como uma iniciação na referência cultural, que aponta para a civilização ocidental ao invés de uma noção mais modernista da educação como um conhecimento especializado acumulado das ciências. É evidente que, desde uma idade tenra, o jovem Gadamer tinha uma paixão pela literatura e pelas artes. Teria sido essa uma reação consciente ou inconsciente ao forte compromisso de seu pai com as ciências naturais e a indiferença total à cultura de modo geral? A noção de Isaiah Berlin de que todos os pensadores seminais cometem, de alguma forma, parricídio enquanto procuram matar as ideias de um pai simbólico ou atual pode ser um pensamento útil aqui, enquanto tentamos fazer sentido do amor de Gadamer pelas humanas e total desprezo pelas exatas. Muitos críticos acusaram a filosofia de Gadamer de ser anticência. Este é um julgamento prematuro, pois existem evidentes suspeitas em relação a uma cultura dominada pela racionalidade científica.

Em 1.919, Johannes Gadamer recebeu uma cadeira na Universidade de Marburg e Hans-Georg começou seus estudos em filosofia, com o acadêmico neokantiano, Paul Natorp, na mesma universidade. Ele escreveu sua dissertação, "A natureza do prazer de acordo com os diálogos de Platão", sob a orientação de Natorp. Em 1922, Gadamer foi acometido pela poliomielite, que se espalhou por Marburg (e além dela) na época. Ele foi mantido em isolamento por muitos meses e usou este tempo aproveitando para ler filosofia; dentre outras coisas ele trabalhou na obra clássica fenomenológica de Edmund Husserl, *Investigações lógicas* (Gadamer acabou se encontrando com Husserl no ano seguinte). As sequelas pós-pólio deixaram suas marcas em Gadamer: ele caminharia o resto de sua vida com um coxear acentuado". LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. 3. ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2011. p. 32-33.

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1. contracapa.

²⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 231.

²⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 262.

para que o sujeito possa conhecer determinado objeto ou texto.²⁵⁵ Ele também questiona o modelo cartesiano de que o sujeito deve permanecer distante do objeto para preservar a objetividade.

A hermenêutica filosófica de Gadamer quer distanciar a atividade hermenêutica de qualquer método e da mera subsunção, próprio de um processo teórico e silogístico.²⁵⁶ Gadamer entende que não é possível trabalhar com respostas prontas, já que todas as situações da vida não podem ser previsíveis ou iguais.²⁵⁷ Logo, isso explica a relevância do diálogo na filosofia de Gadamer, no processo de descobrimento da verdade. Para Gadamer, filosofia é prática, é diálogo, é acontecimento. Chris Lawn novamente, esclarece:²⁵⁹

[...] Assim como Sócrates, Gadamer colocou grande ênfase na filosofia como uma atividade prática, conversação viva, resultando daí sua tolerância a entrevistas e diálogos. Na realidade, a filosofia em si, como todas as práticas interpretativas, é essencialmente diálogo, não um tratado sistemático ou trabalho extensivo de teoria. Nesta ótica, podemos ver por que Gadamer achou a construção de um texto extensivo tão tortuoso, pois estava totalmente contrário à sua concepção de filosofia como um diálogo ou conversa.

Retomando a análise da hermenêutica filosófica, na tarefa de interpretar, Gadamer sustenta que todo texto deve ser visto como resposta a uma pergunta, pois todo enunciado tem uma finalidade de sentido que vai se ajustando no caminhar da atividade exegética, porquanto, quando estamos diante de qualquer texto criamos a expectativa de um sentido, prévio, que deve ser constantemente revisado conforme se avança na interpretação (hermenêutica do acontecimento).

Para Gadamer, aquele que empreende uma leitura não precisa esquecer todas as opiniões prévias sobre o seu conteúdo e todas as próprias opiniões (pré-conceitos). O importante é estar aberto para o outro ou para a opinião do texto. "A

²⁵⁵ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

²⁵⁶ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

²⁵⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 128.

²⁵⁸ "Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa". GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 358.

²⁵⁹ LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 45

tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre codeterminada por esta".²⁶⁰

A compreensão começa com uma pergunta, pois somente sabemos se algo é realmente assim, e não como acreditávamos ser, pressupõe pela pergunta de saber se esse algo é assim mesmo.²⁶¹ Essa pergunta deve ter um sentido de orientação, "pois a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido e ser pertinente".²⁶²

Essa relação entre pergunta e resposta é o que permite ampliar as possibilidades de interpretação, já que possibilita atribuição de significados que o autor do texto não havia pensado antes.²⁶³ O texto não tem sentido unívoco. Da mesma forma é a lei. A superação ou releitura de dogmas como o da indisponibilidade do crédito tributário comporta várias possibilidades, daí a importância de fazer a pergunta com sentido de orientação para o qual a resposta será dada.²⁶⁴

Quando alguns autores da escola clássica do direito tributário (ou administrativo) defendem que o crédito tributário é (absolutamente) indisponível e por isso não há espaço para adoção plena dos métodos adequados de solução de conflitos nas disputas fiscais (arbitragem, por exemplo), podemos nos valer de algumas orientações de Gadamer no sentido de que o texto é uma construção atual, no mundo atual no qual o intérprete está inserido. Não é possível interpretar um texto, norma ou dogma jurídico que foi sedimentado há mais de um século com as mesmas lentes de sempre.

Aliás, seguindo a influência de Gadamer, o objetivo não é anular a tradição conquistada pelo regime jurídico tributário e sim 'aproveitá-lo' no contexto atual, de acordo com as demandas sociais atuais, que são complexas e multiformes.

²⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 358.

²⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 473.

²⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 473.

²⁶³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

²⁶⁴ "A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há sempre um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica". STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 299.

Desse modo, a fim de promover um recorte teórico na compreensão dos efeitos da hermenêutica de Gadamer sobre a aprovação e a eventual efetividade da arbitragem tributária no Brasil, é importante tecer alguns apontamentos sobre o conceito gadameriano de fusão de horizontes.

4.2.1 A fusão de horizontes como concepção participativa do entendimento

Na dimensão legislativa, a previsão de alguns métodos adequados de solução de conflitos já é realidade no Brasil, com exceção da arbitragem tributária. Contudo, a adoção (concreta) desses modelos ainda sofre resistência (preconceito) por parte de alguns representantes da administração pública tributária. Como gerar uma nova postura hermenêutica, consensos? Como equacionar passado e presente na compreensão atual dos princípios administrativistas tributários?

A ideia de fusão de horizontes, em Gadamer, merece ser lida com atenção, pois ela sugere uma concepção participativa do entendimento, essencial para a compreensão de um instituto jurídico novo para grande parte dos operadores jurídicos brasileiros - arbitragem tributária. Essa concepção gadameriana amplia a noção atual de verdade (jurídica), de uma forma adequadamente estável e sem grandes rupturas com o passado (tradição) – a fusão de horizontes é uma constante mediação do passado e do presente.

Para Gadamer, é pela linguagem que nos comunicamos. Mas é pela linguagem, também, que nosso horizonte adquire sentido; que compreendemos o mundo (linguagem como experiência hermenêutica)²⁶⁵. O “horizonte” é uma

²⁶⁵ Gadamer, apoiado na teoria de Humboldt, esclarece: “A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa *mundo*. Para o homem, o mundo está aí como um mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem. Esse é o verdadeiro coração de uma frase que Humboldt exprime com uma intenção bem diferente, a saber, que as línguas são concepções de mundo. Com isso, Humboldt quer dizer que, frente ao indivíduo que pertence a uma comunidade de linguagem, a linguagem instaura uma espécie de existência autônoma, e quando este se desenvolve em seu âmbito, ela o introduz numa determinada relação e num determinado comportamento para com o mundo. Mas mais importante que isso é o que está em sua base, a saber, que, frente ao mundo que vem à fala nela, a linguagem não instaura, ela mesma, nenhuma existência autônoma. **Não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. A originária humanidade da linguagem significa, portanto, ao mesmo tempo, o originário caráter de linguagem do estar-no-mundo do homem. Precisamos seguir essa relação entre linguagem e mundo, para alcançarmos um horizonte adequado para o caráter de linguagem da experiência hermenêutica”.** (grifo nosso). GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e**

perspectiva do mundo. De acordo com o filósofo alemão: “O conceito do ‘horizonte’ é, por si só, sugestivo, pois expressa a amplitude superior da visão que uma pessoa que está tentando entender algo precisa ter”²⁶⁶.

Contudo, o horizonte apresenta uma função híbrida: revelação e limite. Diálogo entre passado e presente; uma “fusão de horizontes” é um processo em contínua transformação, não um resultado pronto e acabado, pois “o horizonte da interpretação muda constantemente, assim como nosso horizonte visual varia de acordo com cada passo que damos”.²⁶⁷ Assim, o horizonte não é fixo e sim expansivo. Quando o horizonte do passado encontra o horizonte do presente, apesar da tensão inicial entre eles, há posteriormente uma adequação (fusão) entre ambos, em prol do entendimento humano.

Desse modo, “a fusão é tão bem-sucedida que não se consegue mais distinguir o que provém do passado nem o que resulta do presente, de onde a ideia de ‘fusão’”.²⁶⁸ Além da fusão do passado com o presente, também existe a fusão do intérprete com aquilo que ele entende – sujeito com o objeto. No momento em que o intérprete entende (entendimento) ele insere algo de seu, de seu tempo, de suas experiências e das demandas do seu tempo. Não é possível anular esse processo no descobrimento da verdade; não é mais possível promover o distanciamento do sujeito com o objeto, como queria a metodologia clássica herdeira do modelo cartesiano.

Por exemplo, na interpretação atual do princípio da legalidade tributária é importante que o intérprete respeite a historicidade do seu valor jurídico, mas também que imprima as atuais demandas sociais e econômicas sobre o produto final da exegese (um processo de fusão).²⁶⁹ Vivemos sob tutela de ‘novas’

método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 571-572.

²⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 567.

²⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 573.

²⁶⁸ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica.** Tradutor Marcos Marcionillo. São Paulo: Parábola, 2012. p. 73.

²⁶⁹ O Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2020, no Recurso Extraordinário n. 1.043.313 – Rio Grande do Sul, em decisão polêmica, mas hermeneuticamente atual, decidiu pela flexibilidade contida no princípio da legalidade tributária em um caso específica sobre contribuições sociais. Segue Ementa: “Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. Princípio da legalidade tributária. Necessidade de análise de cada espécie tributária e de cada caso concreto. Contribuição ao PIS/PASEP e à Cofins. Parágrafo 2º do art. 27 da Lei nº 10.865/04. Possibilidade de o Poder Executivo reduzir e restabelecer alíquotas da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar. Presença de

orientações constitucionais e valores jurídicos (Carta Cidadão de 1.988), que não se adequam integralmente ao modelo clássico de interpretação das normas administrativistas.

O princípio da supremacia do interesse público²⁷⁰ também adquiriu uma nova conotação jurídica, uma vez que houve fusão de horizontes com a tutela dos direitos fundamentais prevista na Carga Magna brasileira. O interesse público não é mais (exclusivamente) o interesse da administração pública e a palavra supremacia pode ser substituída por adequação. De outro lado, a ponderação entre a aplicação de interesses públicos e privados é necessária, pois a própria Constituição Cidadã é farta em tutelar os interesses privados (individuais): os interesses privados fundem-

função extrafiscal a ser desenvolvida. Não cumulatividade. Revogação de norma que concedia direito a apuração de crédito. Possibilidade.

1. A observância do princípio da legalidade tributária é verificada de acordo com cada espécie tributária e à luz de cada caso concreto, sendo certo que não existe ampla e irrestrita liberdade para o legislador realizar diálogo com o regulamento no tocante aos aspectos da regra matriz de incidência tributária.

2. Para que a lei autorize o Poder Executivo a reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins, é imprescindível que o valor máximo dessas exações e as condições a serem observadas sejam prescritos em lei em sentido estrito, bem como exista em tais tributos função extrafiscal a ser desenvolvida pelo regulamento autorizado.

3. Na espécie, o § 2º do art. 27 da Lei nº 10.865/04 permite ao Poder Executivo reduzir e restabelecer, até os percentuais legalmente fixados, as alíquotas da contribuição ao PIS/PASEP e da Cofins incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não cumulatividade dessas contribuições, nas hipóteses que fixar. Além da fixação de tetos, houve, na lei, o estabelecimento das condições para que o Poder Executivo possa alterar essas alíquotas. Ademais, a medida em tela está intimamente conectada à otimização da função extrafiscal presente nas exações em questão. Verifica-se, ainda, que o diálogo entre a lei tributária e o regulamento se dá em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade.

4. É constitucional a Lei nº 10.865/04 na parte em que, ao dar nova redação ao inciso V do art. 3º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, revogou as normas legais que davam ao contribuinte direito de apurar, no âmbito do sistema não cumulativo de cobrança das referidas contribuições, créditos em relação a despesas financeiras decorrente de empréstimos e financiamentos. A alteração vale para todos aqueles que estão submetidos à sistemática não cumulativa de cobrança da contribuição ao PIS/PASEP e da Cofins. Ademais, tal mudança não desnatura o próprio modelo não cumulativo dessas contribuições.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

6. Tese proposta para o Tema 939 da sistemática de repercussão geral: “É constitucional a flexibilização da legalidade tributária constante do § 2º do art. 27 da Lei nº 10.865/04, no que permitiu ao Poder Executivo, prevendo as condições e fixando os tetos, reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, estando presente o desenvolvimento de função extrafiscal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 1.043.313 Rio Grande do Sul**. Recorrente: Panatlantica S.A. Recorrido: União. Am. Curiae: Associação Brasileira Do Agronegócio – Abag. Relator: Min. Dias Toffoli. 10 dez. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755431067>. Acesso em: 20 jan. 2021.

²⁷⁰ Para a doutrina publicista clássica: “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 29.

se em uma parte dos interesses públicos. É possível avançar no campo desses novos entendimentos jurídicos por meio da fusão de horizontes, de Gadamer.

O jurista gaúcho Humberto Ávila, na linha (talvez inconsciente) da compreensão hermenêutica do direito administrativo (e tributário), entende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é propriamente um princípio jurídico. É rigorosamente difícil descrever um interesse público, sob o ângulo da atividade administrativa, separadamente dos interesses privados. Não há propriamente uma contraposição entre interesses públicos e privados; e sim uma justaposição. E só é possível falar em *prevalência* do interesse público no caso concreto, com referência ao contexto (histórico). Referido autor conclui:²⁷¹

Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes conseqüências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse 'princípio'. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade.

O esclarecimento dos fatos na fiscalização de tributos, a determinação dos meios empregados pela administração, a ponderação dos interesses envolvidos, pela administração ou pelo Poder Judiciário, a limitação da esfera privada dos cidadãos (ou cidadãos contribuintes), a preservação do sigilo, etc. são, todos esses casos, exemplos de atividades administrativas que não podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados envolvidos. A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar.

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.

O objetivo desta análise crítica do "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular" é apenas iniciar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, curiosamente inexpressiva. Não tem por finalidade — nem o poderia — renegar a grandiosa contribuição dos

²⁷¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, 11, set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 17 jun. 2021.

mestres citados, mas, antes, prestar a homenagem da reflexão sobre suas valiosas lições.

Retomando a análise de fusão de horizontes, na linha hermenêutica de Gadamer, resta claro que o processo de entendimento (jurídico, por exemplo) mais adequado depende da mediação entre passado (texto) e presente (intérprete). O intérprete participa do processo exegético (historicamente) e isso não afeta a objetividade da interpretação. O entendimento assim, passa necessariamente pelo presente, pelas demandas sociais, políticas, jurídicas e econômicas que circundam o mundo vivido pelo hermenauta. Como a fusão é do passado (texto) com o presente (intérprete), o entendimento é feito de aplicação de sentido ao presente – é um entendimento compartilhado.

Gadamer não separa compreensão de interpretação, pois a fusão entre ambos é que vai gerar o entendimento. Mais do que isso. Para o professor alemão, existe um processo unitário (fusão) no entendimento (da lei, por exemplo), que envolve (i) compreensão, (ii) interpretação e (iii) aplicação.²⁷² São elementos correlatos de um mesmo fenômeno hermenêutico.

Assim, entender é aplicação de sentido ao presente. Entendimento é compreensão, é interpretação e aplicação, alcançado via fusão de horizontes. Para entender uma lei (ou projeto de lei) é necessário que façamos parte do presente, fundido com a análise do passado, da tradição dos institutos jurídicos. A verdadeira

²⁷² Ressalta Gadamer: “Mas a íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a *aplicação*. A aplicação edificante que se fazia por exemplo da Sagrada Escritura no anúncio e na pregação cristã parecia ser algo completamente distinto da compreensão histórica e teológica da mesma. Ora, nossas reflexões nos lavaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação mas também a aplicação. Isso não significa um retorno à distinção tradicional das três *subtilitates* de que falava o pietismo. Ao contrário, pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação. [...] A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica *filológica* com a *jurídica* apoiava-se no reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. **Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica.** Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação -, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar”. (grifo nosso). GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 408.

compreensão resulta da fusão entre a recuperação do passado histórico (texto da lei, por exemplo), com a concepção do sujeito interpretante (no presente).

Quando não há compreensão adequada da lei ou de um instituto jurídico, tem-se interpretação equivocada e aplicação ineficaz. Por exemplo, existem sérios riscos de entendimentos equivocados afetarem a aprovação dos projetos de lei que tratam da arbitragem tributária no Brasil, pois há uma significativa falta de compreensão (hermenêutica) do referido instituto jurídico. Para muitos operadores do direito, vigora a interpretação errônea da arbitragem tributária como sinônimo de renúncia de crédito público. Mesmo que as leis autorizativas sejam aprovadas, ainda persistirão problemas relacionados à aplicação e eficácia do instituto jurídico. Para mudar essa realidade, tese central dessa pesquisa científica, é necessário promover uma fusão de horizontes entre todos aqueles que compõe a Administração Tributária, além dos próprios legisladores²⁷³.

Seguindo a proposta de crítica hermenêutica na presente pesquisa e servindo de caso paradigmático de má-compreensão e interpretação da norma jurídica (meios extrajudiciais de solução de conflitos fiscais), cite-se uma lei municipal da cidade de Rio Verde, Estado de Goiás, que denominou equivocadamente o instituto da transação como sinônimo de parcelamento (REFIS), no âmbito tributário. Veja-se parte do teor da norma:²⁷⁴

LEI N. 7.073, DE 06 DE MAIO DE 2020.

Dispõe sobre transação e parcelamento de débitos decorrentes de tributos, multas tributárias e não tributárias administrativas do Município de Rio Verde, a fim de atender o Programa de Recuperação de Crédito Fiscal doravante denominado de RECUPERA, e dá outras providências.

A CÂMARA MUNICIPAL DE RIO VERDE – GO APROVA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:

Art. 1^a. Fica estabelecida no âmbito da Secretaria Municipal de Fazenda, o Programa de Recuperação de Créditos Fiscais, doravante denominado de RECUPERA, destinado a promover a regularização de créditos do Município, decorrentes de débitos de contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, constituídas ou não, inscritas ou não em dívidas ativa, ajuizados ou a ajuizar, com

²⁷³ Além da autorização legislativa, é necessário 'reeducar' os componentes da administração pública tributária para a compreensão verdadeira das vantagens dos meios adequados de solução de conflitos, especialmente a arbitragem. Eles precisam compreender, interpretar e aplicar o instituto da arbitragem tributária, numa verdadeira fusão de horizontes.

²⁷⁴ RIO VERDE. **Lei n. 7.073, de 06 de maio de 2020**. Rio Verde: Prefeitura Municipal, 20120. Disponível em: <https://www.rioverde.go.gov.br/wp-uploads/2020/07/Recupera-Lei-7073-06-de-maio-de-2020.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos, com os seguintes propósitos:

I – fomentar e ampliar soluções de litígios em regime de parceria com os demais órgãos do Poder Judiciário visando permitir a recuperação ágil de créditos em favor do Município de Rio Verde-GO, sendo eles relativos a tributos, preços públicos, multas tributárias e administrativas, aplicadas pelo ente Municipal, suas Agências, Fundações ou Autarquias, com o objetivo de diminuir a tramitação e o índice de congestionamento processual nos Tribunais e garantir a efetiva prestação jurisdicional e administrativa aos munícipes rio-verdenses;

II – propiciar eficiência na tutela do crédito tributário e conferir maior flexibilidade e agilidade à Secretaria da Fazenda do Município em âmbito administrativo, bem como conferir celeridade à atuação da Procuradoria-Geral do Município de Rio Verde-GO, com o propósito de ampliar a capacidade de arrecadação de tributos;

III – garantir o crédito tributário, mesmo na situação de crise econômico-financeira do contribuinte, pessoa física ou jurídica, com a preservação da empresa, do emprego dos trabalhadores e públicos correspondentes, respeitando-se a função social e o estímulo à sociedade empresária;

IV – diminuir a evasão fiscal em todas as suas modalidades, notadamente dando oportunidade ao contribuinte para saldar suas dívidas;

V – estabelecer mecanismos ágeis e eficientes no sentido de arrecadar tributos e viabilizar a extinção de processos executivos e contenciosos, independentemente de estarem em 1ª grau, 2ª grau ou Tribunal Superiores.

[...].

Art. 3ª. A inclusão no RECUPERA fica condicionada à renúncia ao direito sobre o qual se funda eventuais questionamentos de créditos da Fazenda Pública, ajuizados ou não, inscritos em dívida ativa, seja em ação judicial ou pleito administrativo.

[...]

Art. 5ª. Os débitos apurados serão atualizados monetariamente e incorporados os acréscimos previstos na legislação vigente até a data da opção, podendo ser liquidados com pagamento à vista ou parcelados em até 60 (sessenta) parcelas mensais e consecutivas.

Art. 6ª. Os percentuais de redução das multas moratórias e dos juros de mora sobre os débitos favorecidos por esta Lei serão concedidos da seguinte forma:

I – para pagamento à vista: haverá a dispensa da multa moratória e dos juros de mora no percentual de 98% (noventa e oito por cento);

II – para pagamento à vista: além das deduções previstas no inciso anterior haverá redução de 90% (noventa por cento), exclusivamente no valor das multas tributárias não moratórias.

III – o valor da multa moratória e dos juros de mora serão reduzidos em função do número de parcelas nos percentuais constantes da Tabela I abaixo. [...]

Art. 12. A opção pelo RECUPERA municipal implica ao contribuinte assumir as seguintes obrigações:

I – confissão irrevogável e irretratável da totalidade dos débitos fiscais abrangidos pelo Programa;

II – aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas nesta Lei;

III – cumprimento regular das parcelas do débito consolidado. [...].

Como visto, a lei municipal implantou um REFIS (programa de recuperação fiscal), travestido de transação. A norma é inflexível, não tem nada de transação, que é um dos meios consensuais de solução de conflitos na área fiscal. As opções de parcelamento são rígidas, bem como os descontos de juros e multas. Não há nem mesmo possibilidade de redução sobre o montante do crédito principal, como faz a Lei Federal de Transação Tributária, através de Portarias do Ministério da Economia.

A retórica é atraente, como visto no artigo 1^a, inciso I, pois explicita *fomento e ampliação de soluções de litígios em regime de parceria com os demais órgãos do Poder Judiciário visando permitir a recuperação ágil de créditos em favor do Município [...]*. Contudo, não se trata de incentivo e adoção verdadeiros de soluções (consensuais) de conflitos tributários. A lei municipal nada mais fez do que conceder parcelamentos estanques, através de um comportamento administrativo pouco democrático. Os contribuintes não são vistos em suas particularidades, em suas condições especiais. Existem contribuintes inadimplentes com mais ou menos capacidade patrimonial e disponibilidade de renda. Crises econômicas e financeiras afetam de formas diferentes e com mais ou menos intensidade os setores econômicos. Não há individualização e todos os contribuintes são tratados com a mesma uniformidade. Assim, não há preocupação real com a mudança na cultura de pagamento dos tributos; o Município quer apenas arrecadar, é o que parece.

Claro que a referida lei foi aprovada no momento mais sensível da Pandemia da COVID-19 e, por isso, beneficiou (momentaneamente) centenas de contribuintes. Não obstante, muitos dos contribuintes que aderiram ao programa de parcelamento, não pagaram integralmente as parcelas ou demandaram novos programas para novos fatos geradores (parcelamento não diminui automaticamente a evasão fiscal, como previsto no art. 1^a, inciso III). Esse tipo de prática legal, inclusive, incentiva os contribuintes contumazes, que aguardam (maliciosamente) parcelamentos e REFIS para quitação de seus débitos tributários. Inadimplência calculada, risco calculado, com base na atuação do próprio Poder Público. Essa é, aliás, a preocupação do

Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO), com a eventual aprovação de novo REFIS na esfera federal²⁷⁵.

A compreensão do instituto da transação pelo Poder Público, assim, é equivocada e contraproducente. O Estado se esconde atrás de programas de parcelamentos e mantém sua política administrativa tributária não dialógica e contraproducente. Repisa-se: Essa prática anacrônica não é acobertada pelos atuais princípios constitucionais da Administração Pública Democrática.

Diante do que foi exposto, a ideia de fusão de horizontes desenhada por Gadamer, é condição de possibilidade para fomentar o ambiente legislativo necessário para aprovação da arbitragem tributária no Brasil. Mais do que isso, como será defendido no ápice dessa tese doutoral, é um caminho adequado para promover mudanças culturais e promover uma nova compreensão hermenêutica nos operadores da Administração Tributária no Brasil, essenciais para eficácia do (futuro) instituto jurídico²⁷⁶.

²⁷⁵ “No entanto, na análise de Edson Vismona, presidente do ETCO, um dos pontos de preocupação é o devedor contumaz. O projeto não diferencia os devedores ocasionais, lesados pela pandemia da Covid-19, daqueles que não pagam tributos e prejudicam a concorrência no Brasil. Para Vismona, um programa de parcelamento de dívidas fiscais deve ocorrer por conta da pandemia, mas com alguns cuidados de modo a evitar a criação de uma situação desleal entre concorrentes. “Você precisa ter filtros que não prejudiquem os bons [pagadores]. Esse é o nosso desafio. Por exemplo, quem tiver débitos acima de R\$ 15 milhões e que não tenha cumprido pelo menos dois parcelamentos anteriores, não poderá participar dessa proposta. É uma ideia, não temos isso claro”.

Na opinião de Vismona, a preocupação não existiria caso o Congresso Nacional já tivesse aprovado projetos de lei que qualificam o devedor contumaz. Segundo ele, se houvesse a definição clara sobre o devedor contumaz nas leis brasileiras, os projetos de refis poderiam trazer algum artigo remetendo lei sobre o devedor contumaz e excluindo esses perfis nocivos à concorrência.

Atualmente, existem dois projetos em discussão sobre o tema: o PL 1646/2019, que qualifica o devedor contumaz como aquele cuja atuação extrapola os limites da inadimplência e se situa no campo da ilicitude, com graves prejuízos a toda sociedade, e o PLS 284/2017, que define devedor contumaz como aquele que atua no campo do ilícito, com práticas abusivas de empresas que se formam com a única finalidade de não pagar tributos, no todo ou em parte, e, com isso, obter vantagem concorrencial. O PLS 284/2017 é de relatoria de Rodrigo Pacheco”. MAIA, Flávia.

Empresas pedem Refis, mas entidade se preocupa com devedor contumaz. Um dos projetos com chance de aprovação, o PL 4728/2020 reabre o Pert e prevê parcelamento em até 175 vezes.

Jota, [S. l.], 4 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/contencioso-tributario/empresas-pedem-refis-mas-entidade-se-preocupa-com-devedor-contumaz-04052021>.

Acesso em: 10 maio 2021.

²⁷⁶ O professor Lenio Streck analisa a hermenêutica jurídica gadameriana e esclarece que é impossível reproduzir sentidos, ou seja, reproduzir interpretações de textos ou institutos jurídicos seculares com a mesma originalidade, com a mesma fidelidade. A atividade interpretativa é sempre criativa, produtiva, pois envolve fusão entre passado e presente, mas com aplicação de sentidos para o presente. Veja-se excerto: “É neste ponto que reside o maior contributo de Gadamer à hermenêutica jurídica. O mestre alemão é claro ao dizer que é impossível reproduzir sentidos, e sim, em *Sinnggebung* – atribuir sentido). O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). Gadamer vai dizer, a partir disso, que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível o intérprete equiparar-se ao leitor

Não é crível e constitucionalmente aceitável reproduzir dogmas jurídicos administrativistas com as mesmas (iguais) lentes do passado. Supremacia do interesse público e indisponibilidade do crédito tributário são institutos que adquiriram novas feições jurídicas (entendimentos) no mundo contemporâneo, sob influência de cartas constitucionais mais democráticas, empoderamento social e hipercomplexidade da vida moderna.

Analisar-se-á, no próximo tópico, as práticas bem-sucedidas de arbitragem tributária em Portugal para, logo depois, proceder à análise dos Projetos de Lei no Brasil sobre a mesma temática.

4.3 Arbitragem tributária em Portugal como modelo eficaz de solução de conflitos

A arbitragem como técnica social de solução de conflitos tributários é adotada em vários países do mundo, conjugada ou não com outros meios conciliatórios. Na Alemanha não há previsão legal expressa de promoção de acordos para solução de conflitos tributários, apesar dele ser admitido informalmente. Já na Austrália existe previsão expressa de arbitragem paralela ao processo judicial, para resolução de disputas fiscais. De outro lado, nos Estado Unidos da América (EUA), existe previsão legal expressa de arbitragem na fase administrativa de julgamento de autuações fiscais²⁷⁷.

Entretanto, é em Portugal que o instituto da arbitragem tributária ganhou contornos mais democráticos, aumentou a eficácia na arrecadação de crédito público e contribuiu para a justiça fiscal²⁷⁸. A arbitragem tributária é prevista como

originário, fazendo, aqui, uma crítica tanto a Schleiermacher como a Savigny, que ignorou a tensão entre o sentido jurídico originário e o atual, erro que continua sendo repetido pela dogmática jurídica na atualidade, a partir da metafísica equiparação entre vigência e validade, entre texto e norma". STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 305-306.

²⁷⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO); ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED (EY). **Os desafios do contencioso tributário no Brasil**: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil. São Paulo: ETCO; [S. l.]: EY, nov. 2019. p. 10. Disponível em: <https://www.etc.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

²⁷⁸ Existem vantagens e desvantagens na arbitragem tributária, como em qualquer instituto jurídico. Rita Alexandra Augustinho Vasconcelos, em dissertação de mestrado realizada na Universidade de Lisboa enumera: "O recurso à arbitragem tributária apresenta diversas vantagens tais como, ser um processo mais cómodo e simples (Direcção-Geral da Política de Justiça, 2015), a

alternativa ao processo judicial e seu regime jurídico (RJAT) foi aprovado pelo Decreto-Lei n. 10, de 20 de janeiro de 2011, que prevê a possibilidade de solução arbitral de litígios que importem a apreciação da legalidade de atos tributários²⁷⁹.

Basicamente, o processo se inicia com um requerimento perante o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Julgamento monocrático para casos de até 60 mil euros e três árbitros para casos superiores ao referido valor. A autoridade tributária e aduaneira vinculou-se à arbitragem tributária perante o CAAD e isso acarretou

qualificação dos árbitros, os custos serem relativamente baixos (Sanbar, 2007) e por serem mais céleres (Núncio, 2011). Portanto estes fatores são muito inovadores na ordem jurídica tributária, não obstante os princípios fundamentais do direito estarem presentes na arbitragem tributária. Das vantagens mencionadas a que tem maior destaque é o facto de os processos serem mais céleres. Dado que foi um dos principais motivos para se implementar a arbitragem em matéria fiscal (Palma, 2015). Esta característica é impulsionada através do limite temporal de seis meses para uma decisão arbitral. Esta pode ser prorrogada, no entanto não poderá exceder os seis meses, ou seja, o período máximo é de um ano. A resolução dos litígios torna-se mais simples e cómoda através deste método, por consequência de o processo ser desmaterializado, eletrónico e livre de formalidades especiais. A qualificação dos árbitros, é importante uma vez que estes são escolhidos de entre pessoas com elevada capacidade técnica, que agem com moralidade e vocacionadas para o interesse público. No entanto, se existir algum assunto que exija um conhecimento mais especializado numa outra área, pode ser designado um árbitro que seja licenciado em Economia ou Gestão. Visto que os custos são mais baixos num processo de arbitragem tributária, o espectro socioeconómico aumentou permitindo que contribuintes com menos possibilidades económicas tivessem a oportunidade de suportar um processo em matéria tributária. Em virtude de o conceito de arbitragem ser recente existem algumas fragilidades, como a possível falta de adequada independência e qualificação dos árbitros, a democraticidade do regime, segundo Romão, (2010), a irrecorribilidade da sentença proferida e o preconceito e a falta de confiança neste tipo de procedimento”. VASCONCELOS, Rita Alexandra Augustinho.

Arbitragem tributária em Portugal. 2019. f. 6. Dissertação (Mestrado em Ciência Empresariais) - Universidade de Lisboa, Portugal. 2019. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/19944/1/DM-RAAV-2019.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²⁷⁹ “No ano 2011 foi concebida a arbitragem tributária “face ao desequilíbrio entre oferta e procura” com 47 mil processos pendentes; “contributo que veio a ser sublinhado no Memorando de Entendimento entre o Governo e o conjunto FMI/BCE/CE”. Sendo revogada a Lei de Arbitragem Voluntária de 1986 pela Lei de n.º. 63/2011. Modificou-se, então, a legislação, a qual passou a prever a arbitragem em matéria tributária, juntamente com o Decreto-Lei n.º 10, de 20 de janeiro de 2011, que estabelece os objetivos do regime jurídico da arbitragem tributária, regulamentando-a. Cf.: Para mais informações sugere-se a leitura tanto de Rui Ribeiro, como dos livros. PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves notas sobre o regime da arbitragem tributário. *In*: CELESTE, Isabel (coord.). **Arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios.** 2. ed. Portugal: Almedina, 2012. p. 191/208; FEIO, Diogo. **Arbitragem fiscal em Portugal: um início de um caminho.** II Coletânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL. Portugal: Agora Comunicação, fev. 2008. SOUTELINHO, Susana. A arbitragem tributária - uma realidade? *In*: CELESTE, Isabel (coord.). **Arbitragem Administrativa e tributária: problemas e desafios.** 2. ed. Portugal: Almedina, 2012. p. 209-218; juntamente como base a doutrina já mencionada: MARTINS, Jesuíno Alcântara; ALVES, José Costa. **Procedimento e processo tributário uma perspectiva prática.** Coimbra: Almedina, 2015. p. 206; NÚNCIO, Paulo. A arbitragem em direito tributário: traços gerais. *In*: CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de; FERREIRA, Eduardo Paz (org.). **A arbitragem em direito tributário: I Conferência Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT); Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF).** Coimbra: Almedina, 2010”. PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Dalri Timm. Arbitragem tributária: breve análise luso-brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira,** Lisboa, v. 3, n. 6, p. 1053-1054, 2017. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/973e89a78442/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

direito amplo de acesso à arbitragem por parte dos contribuintes (em processos de até 10 milhões de euros)²⁸⁰.

Na prática, o CAAD funciona sob a supervisão do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Apenas os tribunais arbitrais autorizados pelo CAAD podem impor uma decisão arbitral em matéria fiscal. Ele é um centro de arbitragem institucionalizada e foi criado pelo Despacho n. 5097 de 2009, da lavra do Secretário de Estado da Justiça de Portugal. Cabe, ainda, ao CAAD, nomear os árbitros, garantir a sua independência, imparcialidade, isenção e objetividade²⁸¹.

De acordo com o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT)²⁸², quando o processo arbitral se procede com árbitro singular, este é designado pelo CAAD dentro da lista de árbitros que o compõe (art. 6^a, n. 1). Quando exigir tribunal arbitral, os árbitros são designados (art. 6^a, n. 2): a) pelo Conselho Deontológico do CAAD, de entre a lista dos árbitros que compõem o CAAD; ou b) pelas partes, cabendo a designação do terceiro árbitro, que exerce as funções de árbitro-presidente, aos árbitros designados ou, na falta de acordo, ao Conselho Deontológico do CAAD, mediante requerimento de um ou de ambos os árbitros.

Realmente existe participação ampla do Estado (através do CAAD)²⁸³, na composição do tribunal arbitral (singular ou colegiado)²⁸⁴. *A priori*, esse modelo de

²⁸⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO); ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED (EY). **Os desafios do contencioso tributário no Brasil**: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil. São Paulo: ETCO; [S. l.]: EY, nov. 2019. p. 12. Disponível em: <https://www.etc.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

²⁸¹ CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (CAAD). **Apresentação**. Lisboa: CAAD, 2021. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²⁸² PORTUGAL. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT). Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1.ª série, n. 14, 20 jan. 2011. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/10-2011-280904>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²⁸³ A relação do Estado com o CAAD é de parceria pública-privada institucional e não propriamente uma relação administrativa entre órgãos públicos. O CAAD é uma associação privada, na verdade, tendo com fundadores as seguintes entidades: “Associação dos Oficiais de Justiça. Associação Sindical dos Conservadores dos Registos. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária. Associação Sindical dos Funcionários Técnicos Administrativos auxiliares e Operários da Polícia Judiciária. Associação Sindical dos Oficiais dos Registos e do Notariado. Associação Sindical dos Seguranças da Polícia Judiciária. Associação Sindical dos Trabalhadores dos Serviços Prisionais. Confederação de Comércio e Serviços de Portugal. Sindicato dos Funcionários Judiciais. Sindicato dos Trabalhadores dos Registos e do Notariado do Norte. Sindicato dos Trabalhadores dos Registos e do Notariado do Sul e Ilhas. Sindicato Nacional do Ensino Superior”. CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (CAAD). **Apresentação**. Lisboa: CAAD, 2021. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²⁸⁴ O papel do Estado nos centros de arbitragem faz-se a nível de promoção para a sua constituição, como financiador, pois este reconhece nos centros um meio de prossecução indireta do interesse

solução de conflitos parece se aproximar de um tribunal administrativo. Entretanto, considerando que existe possibilidade do contribuinte nomear diretamente um árbitro para composição do colegiado e que esse mesmo julgador poderá participar da escolha de um árbitro-presidente, ainda mantém-se a opinião de que a arbitragem tributária (mesmo em Portugal) também é um modelo proto-heterocompositivo de solução de conflitos (mitigado, mas é). O contribuinte (individualmente considerado) participa diretamente da composição do colegiado e isso representa participação dialógica, democrática. Só uma Administração Pública Democrática e que preza pela relação horizontalizada com o administrado, se submete a decisões arbitrais em matéria fiscal.

Para a área tributária esse avanço é considerável, pois tradicionalmente o Estado (em muitos países), atua de forma inflexível e autoritária na discussão e na arrecadação de tributos. A relação de subordinação sempre foi preponderante, sustentada na interpretação capenga do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (como no Brasil, por exemplo). Em razão disso, alguns contribuintes costumam nutrir sentimentos de vulnerabilidade perante a administração pública, especialmente frente aos litígios fiscais. Por consequência, os contribuintes confiam mais no Poder Judiciário como estrutura de julgamento imparcial e equidistante (uma das causas da judicialização excessiva).²⁸⁵

público. Não há interferência indevida na formação dos tribunais arbitrais, que devem zelar pela imparcialidade e justiça fiscal em seus julgamentos.

²⁸⁵ Inúmeras pessoas (leigas) confiam mais no Juiz (Judiciário) do que em um Árbitro (arbitragem). A arbitragem ainda é um tema exótico no meio social, como técnica eficaz e confiável de solução de conflitos. Ou seja, a autorização legislativa é o primeiro passo para efetivação desse meio extrajudicial de solução de conflitos no campo fiscal, mas a compreensão verdadeira do instituto e sua consequente eficácia dependem de mudanças culturais profundas (que podem ser nutridas pela compreensão hermenêutica). Veja-se novamente excerto da dissertação de mestrado da autora portuguesa Rita Alexandra Augustinho Vasconcelos: “No que concerne a independência e qualificação dos árbitros, é essencial que o sistema de nomeação de árbitros seja transparente e objetivo. E que proporcione uma adequada qualificação, independência e imobilidade dos árbitros (Romão, 2010). Em relação à democraticidade do regime de arbitragem, importa garantir que exista equilíbrio entre a qualificação e independência dos árbitros com um sistema que possibilite o acesso a todos os contribuintes. Aponta-se ainda a irrecorribilidade da sentença proferida como um ponto fraco na arbitragem tributária, uma vez que após proferida a decisão no tribunal arbitral, geralmente não se pode recorrer a uma instância superior para questionar a decisão tomada. Por fim, importa referir que para indivíduos que não estejam familiarizados com este conceito, a arbitragem torna-se uma inquietação, visto que para estes é um sistema debilitado para dar respostas às necessidades dos contribuintes e desconfiam da sua independência e imparcialidade que são sempre garantidas num tribunal estadual (Júdice & Ferreira, 2013)”. VASCONCELOS, Rita Alexandra Augustinho. **Arbitragem tributária em Portugal**. 2019. f. 20. Dissertação (Mestrado em Ciência Empresariais) -- Universidade de Lisboa, Portugal. 2019. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/19944/1/DM-RAAV-2019.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Quanto à competência dos tribunais arbitrais, regulamentada no art. 2^a do RJAT, os litígios fiscais que vão para a apreciação do tribunal arbitral têm por base:

- a) a declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação;
- b) a declaração de ilegalidade de atos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer título, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais.
- c) a apreciação de qualquer questão, de facto ou de direito, relativa ao projecto de decisão de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de deduzir a pretensão referida na alínea anterior.

No artigo 22, do RJAT, constam os requisitos da decisão arbitral (tributária),²⁸⁶ que se aproximam dos requisitos de uma decisão judicial. Regra geral, as decisões arbitrais não são recorríveis (art. 25), com exceção de algumas hipóteses legais que admitem questionamento perante o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Administrativo.

Nesse ponto das decisões arbitrais, merece atenção as estatísticas existentes quanto ao número de decisões arbitrais tributárias favoráveis aos contribuintes e favoráveis ao Estado. À primeira vista, a impressão que fica é que o Fisco em Portugal é mais vitorioso do que perdedor no CAAD. Nas decisões monocráticas (a grande maioria) é o próprio CAAD que nomeia o julgador e nas decisões colegiadas ele nomeia um dos árbitros, mas também existe a possibilidade de nomear o árbitro-presidente. Essa balança processual parece não estar devidamente equilibrada.

Entretanto, para grata surpresa, os dados estatísticos indicam que existem decisões arbitrais quantitativamente mais favoráveis aos contribuintes. Novamente

²⁸⁶ “Artigo 22.º. Deliberação, conteúdo e forma:

1 - A decisão arbitral é tomada por deliberação da maioria dos seus membros, podendo esta ser decomposta para esse efeito em pronúncias parciais incidentes sobre as diversas questões suscitadas no processo, salvo nos casos de árbitro singular.

2 - É aplicável à decisão arbitral o disposto no artigo 123.º, primeira parte, do Código de Procedimento e de Processo Tributário, relativamente à sentença judicial.

3 - A decisão arbitral é assinada por todos os árbitros, identificando os factos objecto de litígio, as razões de facto e de direito que motivaram a decisão, bem como a data em que foi proferida, sendo remetido um exemplar assinado da decisão a cada uma das partes.

4 - Da decisão arbitral proferida pelo tribunal arbitral consta a fixação do montante e a repartição pelas partes das custas directamente resultantes do processo arbitral, quando o tribunal tenha sido constituído nos termos previstos no n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º.

5 - Os árbitros podem fazer lavrar voto de vencido quanto à decisão arbitral e quanto às pronúncias parciais.” PORTUGAL. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT). Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1.ª série, n. 14, 20 jan. 2011. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/10-2011-280904>. Acesso em: 10 jan. 2021.

nos valem das pesquisas empreendidas pela pesquisadora Portuguesa Rita Alexandra Augustinho Vasconcelos:

Dados.

Estatística Descritiva

A tabela II (vide em anexo), corresponde à estatística descritiva que demonstra quantas observações foram realizadas, qual a média para cada variável, sejam as mesmas dependentes ou independentes, o seu desvio padrão e quais os valores máximos e mínimos que as mesmas podem obter.

Para este estudo foram utilizadas 3711 observações que correspondem aos processos fiscais que entraram no CAAD entre 2011 e 2018 e que foram sujeitos a decisão arbitral. Das decisões proferidas, podemos observar que a maior parte das decisões foram favoráveis ao contribuinte com 61% contra 28% que foram favoráveis à AT, para além disto as decisões que foram parciais contam com 11%.

Quanto à presença de um advogado no processo fiscal, podemos observar que na maioria dos casos existe a presença de pelo menos um advogado. Relativamente ao valor dos processos em tribunal arbitral tiveram um valor mínimo de 8,16€ e um valor máximo de 141.149.780€.

Relativamente ao voto vencido, podemos observar que não foi um acontecimento predominante, dado que só em média de 6% dos processos é que existiram votos vencidos.

Verifica-se que o imposto em que em existe mais contestações nos tribunais arbitrais, é o IS com um valor médio de 28% de seguida com o IRC com 23%, IUC com 16%, IVA e IRS com 12%. Existiram menos casos contestados de IMT com 4%, IMI com 3%, ISP com 1% e os restantes impostos tiveram 0%". [...]

A conclusão mais importante a reter é quando o processo incide sobre os tributos de IUC e Selo existe uma maior probabilidade para que a decisão seja a favor do contribuinte e que a presença dos advogados nos processos em arbitragem tributária não tem qualquer impacto nas decisões.²⁸⁷.

Referidos números – 61% de decisões favoráveis aos contribuintes - demonstram que as decisões do CAAD não são proferidas com base na lógica autoritária de otimização da arrecadação de créditos tributários. Muito pelo contrário, parece que houve um pacto social – Administração e administrados – pela solução extrajudicial de disputas fiscais, em que o paradigma mais importante é promover a cobrança justa dos tributos de forma célere e eficaz.

²⁸⁷ VASCONCELOS, Rita Alexandra Augustinho. **Arbitragem tributária em Portugal**. 2019. f. 20. Dissertação (Mestrado em Ciência Empresariais) -- Universidade de Lisboa, Portugal. 2019. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/19944/1/DM-RAAV-2019.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

De outro lado, a conclusão da pesquisadora portuguesa de que a presença dos advogados nos processos em arbitragem tributária não tem impacto relevante no conteúdo das decisões dos árbitros (e mesmo assim são decisões mais favoráveis aos contribuintes) geram algumas reflexões importantes:

- a) os tribunais arbitrais (monocrático ou colegiado) possuem extrema competência técnica para julgar litígios em que a complexidade tributária é significativa;
- b) os tribunais arbitrais julgam conforme o direito tributário e os parâmetros constitucionais;
- c) os tribunais arbitrais julgam com independência e imparcialidade;
- d) os tribunais arbitrais não sofrem ‘pressão’ política por parte da administração pública tributária.

Os números não mentem: o atual sistema de solução de conflitos tributários em Portugal é constitucionalmente adequado e materialmente eficaz. Realmente o princípio da cooperação previsto na Lei Geral Tributária (LGT) de Portugal não é mera retórica legal, e foi colocado em prática com perspicácia e eficiência. A relação entre Administração e administrado é pautada numa relação dialógica e flexível e se afasta no modelo autoritário e inflexível de administração tributária, recorrente em alguns locais no Brasil, por exemplo.

De mais a mais, além do aperfeiçoamento qualitativo da relação democrática entre Estado e contribuinte, a arbitragem tributária tem uma vantagem competitiva superior quando comparada aos julgamentos judiciais: celeridade. Em média, as decisões arbitrais (administrativa e tributárias) coordenadas pelo CAAD são julgadas em menos de 05 meses²⁸⁸. Isso representa segurança jurídica para as relações negociais, pois é possível promover planejamentos jurídicos tributários otimizados e eficazes. Os agentes econômicos são gestores de riscos econômicos (e fiscais) e precisam de dados mais precisos para organizarem seus projetos e empreendimentos; não podem ficar à mercê de uma decisão judicial que transita em julgado depois de 10 (dez) ou 12 (doze) anos, como no Brasil.

²⁸⁸ CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (CAAD). **Apresentação**. Lisboa: CAAD, 2021. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>. Acesso em: 10 jan. 2021.

No fundo no fundo, a celeridade é a maior vantagem da arbitragem tributária. A possibilidade reduzida de recursos também colabora para esse apotegma. É uma tecnologia social de solução de conflitos dinâmica e economicamente vantajosa (caso o custo seja diluído no tempo). Não que seja melhor ou pior do que a solução judicial; não é isso. Todos os modelos institucionais de solução de conflitos em sociedade são importantes²⁸⁹. O problema, contudo, é que a sociedade moderna sobrecarregou o Poder Judiciário e ele está com dificuldades em atender de forma rápida e eficaz o jurisdicionado.²⁹⁰ A arbitragem, na verdade, colabora para a racionalização e eficiência do Poder Judiciário (Em Portugal²⁹¹ e – futuramente – no Brasil).

Desse modo, o modelo de arbitragem fiscal em Portugal, apesar de não ser inovador²⁹², foi estruturado de forma democrática, com participação coletiva e com resultados satisfatórios para o Estado e para o contribuinte. Ele pode servir de base e inspiração, para o futuro modelo de arbitragem tributária no Brasil, conforme será tratado no próximo tópico.

²⁸⁹ CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução de Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

²⁹⁰ As causas da morosidade no julgamento de conflitos no âmbito judicial português são complexas e interligadas. “As diferentes causas de morosidade, actuam, assim em sistema de feedback uma sobre as outras. A morosidade provoca acumulação dos processos a qual agrava a insuficiência dos quadros e as más condições de trabalho, que por sua vez potencializam morosidade e desculpabilização. Por exemplo, a exiguidade do espaço não é causa directa e necessária de morosidade, mas tem um efeito potencializador da irracionalidade na distribuição dos recursos humanos por falta de lugar onde os acomodar, potencializando a acumulação e aumento de pendência de processos com a consequente desmotivação para o trabalho e desresponsabilização dos magistrados e funcionários perante todos os atrasos nos processos judiciais que se venham a verificar”. GOMES, Conceição. **O tempo dos tribunais**: estudo da morosidade da Justiça. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. p. 20. Disponível em: <https://catalogo.bnportugal.gov.pt/ipac20/ipac.jsp?profile=bn&uri=full=3100024~!1167289~!0>. Acesso em: 07 maio 2021.

²⁹¹ A arbitragem em Portugal contribuiu para a redução da crise na administração da Justiça.

²⁹² Ana Paula Pasinato e Maurício Dalri Timm do Valle elaboraram interessante estudo sobre a arbitragem tributária em Portugal e apontaram que o tema não é inovador, pois já é adotado no Direito Fiscal Internacional. “Não deve, dessa forma, ser considerada a instituição da arbitragem no Direito Fiscal como uma enorme alteração, pois não é. Os próprios mecanismos de arbitragem já estão, desde logo, previstos no Direito Fiscal Internacional”. PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Dalri Timm. Arbitragem tributária: breve análise luso-brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, v. 3, n. 6, p. 1041-1073, 2017. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/973e89a78442/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

4.4 Arbitragem tributária no Brasil: análise dos atuais projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional

Diante do cenário jurídico contraproducente e ineficiente do contencioso fiscal no Brasil, relatado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e em outras pesquisas produzidas por consultorias internacionais, passou-se a cogitar a instituição da arbitragem tributária em nosso país. A arbitragem na Administração Pública no Brasil está consolidada legislativamente e, assim, o caminho para a solução de disputas (arbitrais) fiscais é factível, plausível e desejável²⁹³.

Mas, no Brasil, a inclusão da arbitragem tributária em nosso ordenamento jurídico é contraposta por um argumento polêmico e relevante: a possibilidade de afronta ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário – arbitrabilidade objetiva. Por seu turno, as discussões secundárias envolvendo arbitragem tributária (como publicidade da decisão, supremacia do interesse público e inafastabilidade do poder judicial) já foram parcialmente superadas, com a adoção da arbitragem na administração pública em nosso ordenamento jurídico.

Apesar do enfrentamento do tema em linhas pretéritas (indisponibilidade do crédito tributário), ele merece uma revisitação que redundará numa análise profícua dos projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional sobre arbitragem tributária.

A premissa inicial para analisar a exata dimensão do princípio da indisponibilidade do crédito tributário passa pela definição de interesse público. A doutrina clássica administrativista separava de forma estanque interesse público e interesse privado. E a legitimação da Administração estava balizada pela supremacia (absoluta) do interesse público. Nesse sentido, seria absolutamente impossível adotar arbitragem em litígios administrativos, inclusive tributários, em razão do fato de que nenhum direito da Administração seria disponível e, por conseguinte, arbitrável.

Entretanto, a moderna doutrina do Direito Administrativo ampliou a concepção de interesse público como interesse constitucionalmente estruturado na efetivação

²⁹³ Bruno Bastos de Oliveira, sustentado em pequena parcela da doutrina nacional, esclarece que já existe no Brasil, previsão legal vigente de aplicação da arbitragem tributária, apesar de não ter sido eficazmente estruturada: “O Brasil já possui previsão vigente de aplicação da arbitragem tributária. Trata-se da experiência inaugurada pela criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF), que versa sobre divergências e controvérsias surgidas no âmbito da própria Administração Pública em diversas matérias, inclusive a fiscal”. OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem tributária**: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 95.

dos interesses fundamentais (interesse público democrático).²⁹⁴ Como já detalhado, não é mais possível separar rigidamente interesse público e privado, uma vez que são interdependentes e intercambiáveis²⁹⁵. Em razão disso, existe sim exceções em relação à propalada indisponibilidade do crédito tributário, uma vez que é dever do Estado amparar os legítimos interesses fundamentais positivados em normas constitucionais.

Repisa-se, com eloquência: O interesse da Administração nem sempre é o interesse público constitucionalmente estruturado; é preciso que a burocracia estatal se despida de eventuais atitudes autoritárias e inclua o administrado na formulação de decisões públicas compartilhadas (gestão tributária, por exemplo)²⁹⁶.

²⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 88.

²⁹⁵ O professor da UNISINOS Leonel Ohlweiller, em análise dos princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica, apresenta várias condições de possibilidade para interpretações constitucionalmente adequadas do princípio do interesse público no Brasil: “Do que restou explicitado, cada vez mais são importantes as pesquisas direcionadas para evidenciar as condições de possibilidades hermenêuticas no âmbito do Direito Administrativo. Partindo-se do interesse público, como exemplo privilegiado para tratar deste tema, é crível sustentar: a) o interesse público, sob pena de uma dicotomização formalista, não pode ser compreendido como aquele pertencente tão-somente ao espaço estatal e tudo que aquilo que gire na órbita dos espaços não-estatais serem tratados com um caráter de submissão dogmática; b) interesse público não é um conceito metafísico, pronto e acabado para ser acoplado subsuntivamente, mas ente jurídico a ser desvelado a partir de um conjunto de indícios formais-constitucionais, desvelado pelas possibilidades de cada situação concreta; c) a *applicatio* de Hans-Georg Gadamer é importante para que o operador do direito vislumbre que o interesse público apenas acontece na esfera do agir ponderativo, assumindo o cidadão papel relevante na participação de sentido; d) por certo não se modifica uma tradição racional-formalista abruptamente, sendo preciso desenvolver uma experiência ontológica de interesse público, na qual o modo-de-ser dos princípios fundamentais do artigo 3^a da Constituição Federal podem ser relevantes neste caminho a ser construído dialogicamente, mas sem cair no império da representação; e) tal acontecer também exigirá uma nova linguagem, na qual a palavra do constitucionalismo moderno assuma a dianteira, pois, como mencionava Martin Heidegger, a palavra seria um bem do homem capaz de possibilitar o genuíno dizer, sendo que o constitucionalismo, como verdadeiro acontecer histórico e determinando o modo-de-ser da Constituição possibilita o mais genuíno dizer dos princípios da Administração Pública; f) a palavra constitucional, com efeito, não é mero instrumento à disposição dos operadores do direito, mas ela proporciona a garantia de manter firme o Estado Democrático de Direito frente aos entes administrativos, até porque ‘unicamente onde há palavra há mundo’, como mencionava o Filósofo da Floresta Negra e g) se hoje, como mencionado ao longo deste estudo, não há o acontecer do interesse público-democrático, tal ocorre porque, muitas vezes, falta a palavra constitucionalizante, impedindo o próprio acontecer do horizonte histórico do constitucionalismo moderno”. OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da administração pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 142-143, out./dez. 2004.

²⁹⁶ Um dos primeiros defensores da arbitragem fiscal no Brasil, o Professor Heleno Torres aponta o seguinte: “O princípio jurídico e técnico da praticabilidade da tributação impõe verdadeiro dever do Legislador de busca de caminhos de maior economia, eficiência e celeridade para viabilizar a imposição tributária, o que pode ser alcançado com a intensificação da participação dos administrados na gestão tributária e possibilidade de solução extrajudicial de conflitos entre Administração e os contribuintes”. TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para a resolução de conflitos entre administração e

Os movimentos mais recentes de reforma jurídica na estrutura do Estado brasileiro promoveram uma crescente parceria entre Estado e novos atores sociais, inclusive na esfera jurisdicional.²⁹⁷ Esse é o pano de fundo necessário para a consolidação da administração pública dialógica (promotora de relações horizontalizadas). Assim, é perfeitamente possível adotar a técnica social de solução de conflitos denominada arbitragem em litígios tributários.²⁹⁸

Tanto é verdade, que nos últimos anos o Estado brasileiro firmou inúmeras cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais, a partir do entendimento que a arbitragem seria um excelente instrumento para solução de eventuais conflitos jurídicos. Isso sim é tutelar o interesse público democrático – solução célere e eficaz de conflitos. Bruno Bastos de Oliveira expõe com acerto hermenêutico:²⁹⁹

Entende-se que a opção pela arbitragem se mostra mais do que uma faculdade, mas sim uma necessidade, em razão do esgotamento da capacidade do Estado em desempenhar a função jurisdicional de maneira efetiva, com entrega satisfatória da tutela jurisdicional. Há a premente busca pela efetiva solução dos conflitos e não é possível permanecer apegado e vinculado às concepções que não guardam simetria com a realidade posta.

Referido autor foi certo em seu comentário final quando aduz que as ‘concepções tradicionais não guardam simetria com a realidade posta’. Ou seja, não houve *fusão de horizontes* entre o passado (princípios clássicos do direito administrativo) com o presente (Estado democrático de Direito, flexível e dialógico). Alguns intérpretes compreendem o passado de forma estanque e sem relacioná-lo com as demandas sociais do presente (o sujeito se distancia do objeto – lei).

contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. **Revista Fórum de Direito Tributário**, São Paulo ano 1, n. 2, p. 12, mar./abr. 2003.

²⁹⁷ CASELLA, Paulo Borba; ESCOBAR, Marcelo. Arbitragem tributária e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *In*: SCHOUERI, Luis Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.); CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira (org.). **Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

²⁹⁸ Referência no assunto supracitado, Priscila Fariceli de Mendonça denota que é perfeitamente possível a adoção da arbitragem como mecanismos de solução de conflitos que envolvam direitos tutelados pelo interesse público: “Atualmente, a mera alegação de que o Estado não poderia utilizar de meios alternativos ao judicial para a solução das controvérsias nas quais se envolve em razão da inviabilidade de dispor de seus bens e direitos em razão da prevalência do interesse público sobre o particular não parece merecer guarida, pois há inúmeros aspectos a serem avaliados para que se defina qual o tratamento adequado às controvérsias envolvendo o Poder Público”. MENDONÇA, Priscila Faricelli. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 36.

²⁹⁹ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 87.

Prendem-se em dogmas anacrônicos, frutos de entendimentos jurídicos obnubilados pelo tempo.

No campo da solução de conflitos tributários também é possível evoluir e adotar mecanismos mais eficientes e adequados, economicamente e tecnicamente, como a arbitragem. Aliás, o Estado já adota essa técnica social em conflitos contratuais de valores expressivos e vultosos, pois procura tecnicidade e celeridade nas decisões.³⁰⁰

No tocante específico da adoção da arbitragem em matéria de conflitos tributários, é preciso registrar que existem resistências teóricas e dogmáticas que entendem que o interesse na arrecadação de tributos da Fazenda Pública é absolutamente indisponível, inegociável (por mais indeterminável que seja o conceito de indisponibilidade).³⁰¹ Nessa compreensão parcelar, parece que relacionam equivocadamente arbitragem fiscal com renúncia de receita tributária.³⁰²

Contudo, *data venia*, esse raciocínio imperfeito não merece ser considerado. Reconheça-se que a relação jurídica tributária realmente é uma relação jurídica complexa e recheada de especificidades. Esse quadro de complexidade se agrava,

³⁰⁰ Para Heitor Vitor Mendonça Silva: “O incentivo à utilização da arbitragem para relações jurídicas envolvendo a Fazenda Pública justifica-se, isso sim, pela constatação de que em diversos casos ela se apresenta como um mecanismo mais adequado de solução de conflitos. Especialmente em conflitos complexos eclodidos relativamente a contratos vultosos, a solução arbitral mostra-se superior à solução judicial porquanto sobressaem particularmente relevantes algumas de suas vantagens, tais como a celeridade e a possibilidade de escolha de árbitros detentores de *expertise* em questões técnicas e específicas atinentes ao litígio”. SILVA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e fazenda pública*. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem**: estudos sobre al 13.129 de 2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁰¹ Novamente o professor Heleno Torres esclarece: “[...] é o princípio da indisponibilidade do patrimônio público (tributo) o que maiores problemas de análise e de afetação comporta. O que vem a ser, precisamente, ‘indisponibilidade do crédito tributário?’ O princípio da indisponibilidade do patrimônio público e, no caso em apreço, do crédito tributário, desde a ocorrência do fato jurídico tributário, firmou-se como dogma quase absoluto do direito de estados ocidentais, indiscutível e absoluto na sua formulação, a tal ponto que sequer a própria legalidade, seu fundamento, poderia dispor em contrário. E como o conceito de tributo, até hoje não definido satisfatoriamente, acompanha também essa indeterminação conceitual da sua indisponibilidade, avolumam-se as dificuldades para que a doutrina encontre rumo seguro na discussão do problema. Porquanto ‘tributo’ e ‘indisponibilidade’ não sejam conceitos lógicos, mas sim conceitos de direito positivo, variáveis segundo a cultura de cada nação, próprios de cada ordenamento. Será o direito positivo a dar os contornos que queira denominar de ‘direito disponível’, inclusive suas exceções. Tome-se como premissa a inexistência, no direito de todos os povos, de um tal princípio universal de ‘indisponibilidade do tributo’”. TORRES, Heleno Taveira. *Transação, Arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para a resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa*. **Revista Fórum de Direito Tributário**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 12, mar./abr. 2003.

³⁰² MACHADO, Hugo de Brito Machado. *Transação e arbitragem no direito tributário*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: Fórum, 2008. p. 130.

quando o Fisco atua com a intenção única e exclusiva de promover a arrecadação tributária, pois ele pode esbarrar nos direitos constitucionais do contribuinte (como isonomia e capacidade contributiva). É justamente nesse contexto que surgem inúmeros conflitos fiscais que geralmente são encaminhados para uma solução no Poder Judiciário (aliás, não existe garantia absoluta de que o Fisco sairá vitorioso na via judicial, pois o magistrado analisará as possibilidades constitucionais e legais da pretensão estatal).

Frente à referida macrolitigância tributária, o Poder Judiciário não consegue oferecer uma prestação jurisdicional célere e eficiente. Milhares de ações judiciais tributárias permanecem congestionadas no Judiciário, em razão de inúmeros fatores como insolvência patrimonial do contribuinte. Ou cálculo equivocado do custo-benefício por parte da Fazenda Pública.

Nesse cenário, reprise-se as seguintes indagações: a) qual é a tutela do interesse público na promoção de ações judiciais tributárias que não tramitam adequadamente; b) qual é a tutela do interesse público na promoção de ações judiciais de valores inexpressivos, que não cobrem o custo mínimo com o funcionamento do aparato estatal; c) qual é a tutela do interesse público na promoção de procedimentos judiciais que não incentivam a relação dialógica e flexível com o contribuinte;

Metade das respostas estão presentes nas próprias perguntas. Não existe interesse público constitucionalmente adequado na prática jurídica tradicional da Administração Tributária no Brasil. O excesso de ações judiciais no campo tributário é contraproducente e ineficaz. O Estado não recolhe adequadamente os tributos e o devedor (contribuinte) contumaz é o mais beneficiado³⁰³.

Na verdade, a indisponibilidade não é do crédito tributário propriamente dito, que possui natureza patrimonial e pode ser anistiado, transacionado, remido ou parcelado (arts. 151, 156, 171 e 180 do CTN³⁰⁴). Mas sim, da atividade de cobrança e arrecadação do tributo, nos termos do art. 3º do CTN³⁰⁵.

³⁰³ Os devedores contumazes são beneficiados com recursos infundáveis na via judicial e, ainda, com programas de parcelamento extrajudiciais genéricos e im pessoais.

³⁰⁴ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I – moratória; II – o depósito do seu montante integral; III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI – o parcelamento. Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito suspenso, ou dela consequentes”. “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I – o pagamento; II – a compensação; III –

Para Bruno Bastos de Oliveira:

Essa atividade de arrecadação de tributos prevista no dispositivo acima transcrito (*Art. 3^a do CTN*) se mostra como indisponível, sendo, nos termos da lei, atividade administrativa plenamente vinculada, o que revela a impossibilidade de o agente público, por ato discricionário, deixar de proceder com a fiscalização, cobrança e arrecadação, desde que concretizado o fato jurídico tributário (fato gerador do tributo).

Como dito acima, a imposição tributária – cobrança, fiscalização e arrecadação – encontra fundamento na previsão constitucional do poder de tributar do Estado, poder esse representativo de parcela da soberania estatal. Esse poder de tributar é previsto constitucionalmente na medida que regras de distribuição de competências tributárias são definidas de forma clara. Assim, por determinação constitucional implícita, a competência tributária se apresenta como indisponível, irrenunciável e inalienável, e não o crédito tributário³⁰⁶.

De outro lado, os jurisdicionados - que possuem discussões jurídicas não tributárias no Poder Judiciário - pagam a conta pela ineficiência (estratégica) do Estado. Como a Fazenda Pública é isenta do pagamento de custas judiciais, ela sobrecarrega o aparato judicial que, por sua vez, aumenta sua capacidade operacional. Entretanto, quem paga por esse custo adicional é o cidadão que promove outros tipos de demandas judiciais.

a transação; VI – a remissão; V – a prescrição e a decadência; VI – a conversão de depósito em renda; VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; VIII – a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149”. “Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção do crédito tributário. Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso”. “Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando: I – aos atos qualificados em lei com crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele; II – salvo disposição em contrário, às infrações resultantes de concluí entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas”. BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966** [Código Tributário Nacional]. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172_compilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

³⁰⁵ “Art. 3^a. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966** [Código Tributário Nacional]. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172_compilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

³⁰⁶ OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 87.

Assim, é errôneo o raciocínio de que o interesse público na arrecadação justa de tributos só é tutelado por meio de ações judiciais. Pelo contrário, a arbitragem pode ser um mecanismo eficiente, célere e justo de solução de conflitos fiscais. Arbitragem não é sinônimo de renúncia de receita fiscal; arbitragem é sinônimo de decisão técnica e rápida de solução de conflitos tributários, como já foi noticiado na experiência portuguesa. Se a Fazenda Pública vai sair vitoriosa ou não vai depender de cada caso concreto (semelhante ao que ocorre no Judiciário).

Na verdade, a arbitragem tributária representa, apenas, renúncia à tutela jurisdicional do Estado para a solução do conflito.³⁰⁷ O Estado (Fisco), por meio de uma técnica social proto-heterocompositiva, procura solucionar conflitos fiscais com o contribuinte no âmbito da jurisdição privada. O tribunal arbitral (monocrático ou colegiado) decidirá conforme os ditames constitucionais e legais, aplicando o direito ao caso concreto. A celeridade é a principal vantagem desse modelo extrajudicial e, também, a possibilidade da presença de julgador (es) com capacitação técnica elevada no campo tributário.

Por conseguinte, a arbitragem fiscal não representa disponibilidade de crédito público; é apenas (mais) um instrumento jurídico para solução de conflitos sociais, de importância singular no atual contexto de inoperância do Poder Judiciário. Esse é um entendimento hermenêutico.

Nesse desiderato, repisa-se que a arbitragem se coloca ao lado do Poder Judiciário para a solução de conflitos fiscais. Não há por parte da arbitragem pretensão de ser melhor do que a estrutura estatal; é apenas uma questão de adequação. Procurar o meio mais adequado de solução de conflitos por via do sistema multiportas. Consequentemente, ao desafogar o aparato estatal, ele próprio poderá ser mais racional e eficiente e entregar decisões mais rápidas e justas – também no campo tributário.

Outro ponto que pode contribuir especialmente para a satisfação do interesse público no rápido incremento de receitas públicas, é a comumente inexistência de fase recursal na via arbitral. Pelo menos no modelo português, poucas situações admitem recursos para instâncias judiciais, como o Tribunal Constitucional ou Supremo Tribunal Administrativo. Em razão disso, a arbitragem tributária em Portugal é célere.

³⁰⁷ MENDONÇA, Priscila Faricelli. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

De mais a mais, a resistência quanto à adoção da arbitragem fiscal em nosso ambiente doméstico é fruto de interpretações preconceituosas que não compreendem a verdadeira natureza do instituto jurídico e estão presas nos dogmas administrativistas clássicos. A arbitragem tributária, inclusive, já é mecanismo consolidado no âmbito internacional, especialmente em questões que envolvam bitributação. Várias organizações internacionais incentivam a utilização da arbitragem no campo fiscal, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), através do Centro para Políticas Tributárias e Administração.

Registre-se, por oportuno, que em 2019 o Brasil perdeu a oportunidade de se tornar membro efetivo da OCDE, (também) por falta de alinhamento com o sistema tributário internacional (especialmente em questões de bitributação)³⁰⁸. Caso o país

³⁰⁸ “Sem alinhamento às normas tributárias, Brasil fica de fora da OCDE, diz executivo da organização. O chefe de preços de transferência do Centro de Política Fiscal e Administração da organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em Paris, Tomas Balco, deixou um recado bem claro para o governo e o setor privado brasileiro: o Brasil precisa alinhar seu modelo internacional de preços de transferência e de tributação de serviços e de intangíveis se quiser entrar na OCDE. Mas o chefe da Assessoria de Relações Internacionais da Receita Federal do Brasil, Flávio Araújo, explicou que “a decisão agora é política”.

Nos últimos 15 meses, os técnicos da Receita Federal do Brasil e da OCDE se debruçaram sobre o modelo brasileiro e as diretrizes da OCDE sobre preço de transferência para buscar pontos de convergência e de harmonização dos modelos. A norma brasileira é considerada o grande entrave para a entrada do país na organização. O resultado do estudo foi apresentado durante três painéis no Seminário “O Padrão OCDE de preços de transferência e a abordagem brasileira: o caminho à frente”, que ocorreu na sede da Confederação Nacional da Indústria (CNI), em Brasília na quinta-feira, 11 de julho.

“Quando um país entra na OCDE, espera-se que ele aceite os princípios considerados principais. Isso é algo importante quando estamos falando, por exemplo, de questões fiscais. Queremos saber até onde o país vai aderir aos princípios principais na área de tributação, com o objetivo de eliminar a dupla tributação em transações entre os países”, disse Tomas Balco. “Queremos garantir uma certeza tributária não apenas numa perspectiva doméstica, mas também internacional”, afirmou.

“A OCDE tem cinco métodos [de cálculo dos preços de transferência]. Desse total, adotamos três”, disse. “De forma geral, esses três pontos são sensíveis”, afirmou.

MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO - De acordo com Cláudia, os diagnósticos que nasceram do projeto serão avaliados pelo governo. A ideia, segundo ela, é que o projeto resulte em mudanças efetivas na lei, com o objetivo de harmonizar as regras brasileiras com o modelo internacional. Como as mudanças demandam planejamento tanto por parte do governo como das empresas, ela acredita que esse tema não deve ser incluído na proposta de reforma tributária que deve ser encaminhada pelo Executivo ao Congresso Nacional ainda este ano.

“A gente sabe que, por ser uma alteração bastante impactante, não pode se esperar que o país faça uma alteração dessa magnitude tão rápido. Tem de capacitar, preparar as empresas, ter um processo que não seja prejudicial a elas”, afirmou.

“O projeto encerrou essa fase. Por parte do governo brasileiro, vamos ter essa análise dos próximos passos a serem tomados, qual a decisão política. Estamos analisando a alteração necessária na legislação. Isso vai ser feito possivelmente em parceria com a OCDE para eventualmente se chegar a uma proposta que seja do interesse do Brasil e que seja também alinhada com o que seria passível de aprovação na OCDE”, disse.”

INGRESSO NA OCDE - A convergência das normas dos preços de transferência é fundamental para que o Brasil entre na OCDE. Hoje, a OCDE possui 36 países-membros. Em 2017, o governo

queira se tornar mais competitivo e respeitado no cenário internacional, é necessário que adeque seu sistema jurídico tributário aos modelos jurídicos internacionais.

Assim, a falta de compreensão (hermenêutica) de institutos jurídicos importantes no campo fiscal (como a arbitragem), está causando prejuízos econômicos e sociais ao país.

Paulo Borba Casela e Ricardo Escobar, por sua vez, na empreitada didática de desmistificar a arbitragem fiscal no Brasil, apresentam uma classificação (interna e internacional) que divide o instituto em razão do tempo do litígio, o mérito e a sua abrangência³⁰⁹. Quanto ao tempo, merece destaque a possibilidade de adoção da arbitragem tributária antes da constituição do crédito tributário, fato jurídico que será melhor analisado nos próximos tópicos e (pode) representar a democratização da atividade administrativa tributária.

Desse modo, existe doutrina (consistente) no Brasil sobre arbitragem tributária, explicativa dos seus meandros jurídicos e conscienciosa das suas eventuais debilidades. Não é pretensão da arbitragem fiscal resolver o problema do contencioso fiscal no país; pelo contrário, a finalidade é ser mais um instrumento jurídico disponível para a solução justa e célere de litígios fiscais. É um

brasileiro pediu formalmente para entrar nesse grupo. A reafirmação do compromisso de acesso do Brasil à OCDE foi uma das 26 propostas apresentadas pela CNI como prioritárias para os primeiros 100 dias do governo Jair Bolsonaro, o que foi atendido pelo presidente da República. A CNI tem estimulado uma participação mais ativa do Brasil na OCDE, por entender que esta é uma pauta essencialmente de interesse doméstico, voltada para o aumento da produtividade, da competitividade e da qualidade regulatória.

A adesão do Brasil fortalece a modernização das instituições brasileiras, melhora a governança, alinha o sistema regulatório às melhores práticas internacionais e reforça a capacidade de o Brasil influenciar na construção de regras globais que afetam o país e suas empresas”.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). Sem alinhamento às normas tributárias, Brasil fica de fora da OCDE, diz executivo da organização. **Agência de Notícias da Indústria**, São Paulo, 11 jul. 2019. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/sem-alinhamento-as-normas-tributarias-brasil-fica-de-fora-da-ocde-diz-executivo-da-organizacao/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

³⁰⁹ “(i) Quanto ao tempo: se dividiria em *preliminar* e preventivamente à constituição do crédito tributário; ou *subsequente* à constituição do crédito tributário; (ii) Quanto ao mérito: se divide em *direta* – analisando diretamente as questões tributárias; ou *indireta* – quando dos laudos arbitrais surge um novo fato jurídico tributário (fato gerador); (iii) Quanto à abrangência: se divide em *interna* – quando se dá dentro da estrutura federativa interna ou entre Administração e contribuintes nacionais; *internacional estatal* – envolvendo acordos para evitar dupla tributação; ou *internacionalmente mista* – quando envolver um Estado e um ente privado estrangeiro”. CASELLA, Paulo Borba; ESCOBAR, Marcelo. Arbitragem tributária e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. In: SCHOUERI, Luis Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.); CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira (org.). **Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 747.

complemento, um recurso a mais³¹⁰. No fundo no fundo, verificaremos ao final da presente tese, que os maiores entraves para a aprovação legislativa e consequente efetivação da arbitragem tributária no Brasil é mais de ordem cultural e de entendimento (hermenêutico) do instituto jurídico, do que propriamente impedimentos legais ou constitucionais.

Existem mais algumas questões importantes de ordem processual para serem analisadas no tocante à adoção da arbitragem tributária no Brasil, que serão enfrentadas na medida em que forem analisados os projetos de lei nos tópicos seguintes.

4.4.1 Projeto de lei n. 4.257 de 2019 (Senador Antônio Anastasia)

Analisar tecnicamente um projeto de lei que está tramitando no Congresso Nacional é uma tarefa inglória. Os debates públicos estão em andamento e os congressistas ainda não definiram a melhor estrutura legal para o novo instituto jurídico. Aliás, a principal proposta da presente tese é analisar as condições de possibilidade para efetivação da arbitragem tributária no Brasil e seus reflexos no âmbito do acesso à ordem jurídica justa. Uma preocupação mais de hermenêutica jurídica do que propriamente com a análise estritamente técnica-jurídica de uma futura previsão legal.

Não obstante, esse Projeto merece alguns apontamentos na linha do entendimento hermenêutico amparado pela fusão de horizontes.

³¹⁰ O professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), José Casalta Nabais, entende que não se pode depositar todas as esperanças na arbitragem tributária. Concordamos integralmente com esse raciocínio, que é constitucionalmente adequado, pois a arbitragem (fiscal) é mais um instrumento de solução de conflitos, ao lado de inúmeras outras técnicas de pacificação social. Contudo, a vantagem imediata da (futura) efetivação da arbitragem tributária no Brasil será racionalizar o trabalho do Poder Judiciário, que está demasiadamente sobrecarregado. Veja-se excerto do consagrado professor: “Todavia, sempre diremos que não se pode depositar demasiadas esperanças na arbitragem tributária. Desde logo, é óbvio que a arbitragem não vai resolver o problema, verdadeiramente dramático para o Estado de Direito nos dias de hoje, da elevadíssima pendência nos tribunais fiscais, até porque uma parte muito significativa dessa pendência se reporta a processos insusceptíveis de solução arbitral, como é a relativa ao processo de execução fiscal. Para esse problema de natureza excepcional requer-se, a nosso ver, uma solução também de carácter excepcional, que não poderá deixar de passar por uma solução legislativa com amplo suporte político e aberta a acordos de natureza transacional tão flexíveis e amplos quanto possível”. NABAIS, José Casalta. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária. **Revista da PGFN**, Brasília, DF, ano 1, n. 1, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.sinprofaz.org.br/artigos/reflexao-sobre-a-introducao-da-arbitragem-tributaria1/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

O projeto de lei em comento foi apresentado pelo Senador Antônio Anastasia (PSDB-MG), ao Senado Federal, na data de 06/08/2019. Na data de 22/10/2019 o projeto foi aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos e encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). No dia 09/12/2019, a CCJ promoveu uma Audiência Pública com a participação de especialistas brasileiros importantes no campo da arbitragem e do direito tributário. Representantes da iniciativa privada e também da administração tributária. A última tramitação do projeto noticiada no site do Senado Federal se deu em 28/10/2021, em que foi apresentado o relatório do Relator na CCJ, Senador Tasso Jereissati, com o voto pela aprovação do Projeto e pelo acatamento parcial da Emendas. A situação atual é essa: O Projeto está aguardando pauta para julgamento na Comissão (CCJ).³¹¹

Basicamente, o Projeto de Lei n. 4257 de 2019, pretende modificar a Lei n. 6.830 de 1980 (Lei de Execução Fiscal), para instituir a execução fiscal administrativa no Brasil. Também visa instituir a arbitragem tributária na esfera judicial, ou seja, após a constituição do crédito tributário. O foco da presente pesquisa é a instituição da arbitragem tributária no Brasil e, em razão disso, nos furtaremos de analisar as alterações legislativas que visam criar a execução fiscal administrativa no país.³¹²

Ressalte-se, de plano, que existem algumas controvérsias na doutrina se a instituição da arbitragem tributária no Brasil deve se dar por meio de lei ordinária ou

³¹¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4257, de 2019**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 30 out. 2021.

³¹² Registre-se, apenas para fins acadêmicos, que a instituição de uma execução fiscal extrajudicial no país é polêmica e no formato apresentado no Projeto de Lei n. 4257 de 2019, parece atender apenas aos interesses da Fazenda Pública e não aos interesses públicos constitucionalmente estruturados. Reconheça-se que as execuções fiscais são as principais responsáveis pelo abarrotamento de processos no Poder Judiciário (CNJ, 2021). Contudo, entendemos que esse fato não tem causa propriamente na insolvência 'gratuita' de devedores, mas na ausência de práticas de políticas públicas dialógicas e democráticas por parte da Administração Tributária. Num país de cidadania fiscal capenga, a dívida tributária é fruto de inúmeros fatores que poderiam ser geridos com mais eficiência numa mediação de conflitos, por exemplo, e não no aperfeiçoamento de práticas executivas expropriatórias de bens. A mediação de conflitos fiscais deveria ser institucionalizada antes da execução fiscal extrajudicial. Mais do que isso, toda execução fiscal extrajudicial deveria acompanhar obrigatoriamente um termo de tentativa de mediação de conflitos – mesmo que infrutífera. Entendemos que, no formato atual desse Projeto, os contribuintes estarão em condições mais vulneráveis do que na via judicial. Muitos contribuintes não constituirão advogados e se submeterão a práticas jurídicas questionáveis da administração pública tributária. Por exemplo, quem milita diariamente na advocacia tributária privada é testemunha do número considerável de execuções fiscais promovidas pelos Municípios para cobrança de IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), fundamentadas em créditos tributários parcialmente prescritos. Na via extrajudicial existem mais chances dessas ilegalidades não serem detectadas ou sanadas. Assim, em nossa opinião, a instituição da execução fiscal extrajudicial não poderia ser discutida em conjunto com a arbitragem tributária (num mesmo Projeto de Lei), pois possuem especificidades próprias que dependem de debates públicos distintos.

lei complementar (mediante alteração no Código Tributário Nacional)³¹³. No formato apresentado pelo Senador Antônio Anastasia, a instituição da arbitragem tributária se dá por meio de lei ordinária nacional específica, que promove a inclusão de vários dispositivos na Lei de Execuções Fiscais. Esse modelo tem amparo em entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não é reserva constitucional da lei complementar regulamentar a suspensão e extinção do crédito tributário, com exceção da prescrição e da decadência³¹⁴.

De qualquer forma, o formato adotado pelo Senador mineiro foi de instituição da arbitragem tributária por meio de uma lei ordinária nacional específica e é ela que merece análise nesse momento³¹⁵.

Assim, no tocante aos principais dispositivos que instituem a arbitragem tributária no Brasil, o PL n. 4257 de 2019 inclui o art. 16-A, na Lei de Execuções Fiscais, e disciplina que o Executado pode optar pelo julgamento arbitral em sede de Embargos, caso haja garantia do juízo.³¹⁶ *Prima facie*, a opção da via arbitral foi

³¹³ O professor Heleno Torres entende que a implementação da norma geral sobre arbitragem tributária no Brasil deva ser promovida por meio de Lei Complementar (LC) e as regras procedimentais podem ser aprovadas por meio de lei ordinária (LO). TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. **Revista Fórum de Direito Tributário**, São Paulo, ano 1, n. 2, mar./abr. 2003.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade ADI n. 2405/RS**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. 20 set. 2019.

³¹⁵ Na respeitável opinião de Tathiane Piscitelli, essa escolha foi acertada: “De nossa perspectiva, a escolha pela lei ordinária é acertada, ainda que seja possível e adequado defender a necessidade de alteração do CTN. Em verdade, a inserção do instituto da arbitragem em dispositivos do Código resultaria em maior segurança jurídica aos contribuintes e à Fazenda Pública, que não teriam de se valer de interpretações extensivas ou por analogia para ver contemplado o citado mecanismo de solução de disputa dentre as formas de suspensão da exigibilidade ou de extinção do crédito tributário.

Ainda assim, caso nos concentremos na escolha legislativa já feita e em tramitação no Congresso, parece-nos que a lei de caráter nacional constitui o melhor caminho para conferir maior uniformidade ao procedimento que, então, poderia passar a ser regulamentado no âmbito infralegal, por ato administrativo dos diferentes entes e em todos os níveis: federal, estadual, municipal e distrital”. PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andrea; FERNANDES, André Luiz Fonseca. Um olhar para a arbitragem tributária: comparativo das propostas no senado federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48. p. 743-767, 2º sem. 2021.

³¹⁶ “Art. 16-A. Se o executado garantir integralmente a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os requisitos a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.

§ 1º Na hipótese de haver pluralidade de executados, a opção feita por um destes não vincula aos demais, que poderão ofertar os próprios embargos a serem recebidos e apreciados pelo juiz.

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

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

relegada apenas ao devedor que garanta o juízo. Contudo, o Projeto permite que a Fazenda Pública aceite garantias distintas daquelas previstas inicialmente e isso possibilitará a inclusão de mais devedores no processo arbitral.

Ademais, cada unidade da Federação poderá estabelecer requisitos específicos em forma de Regulamento para efetivação do julgamento arbitral em sede de Embargos. Isso respeita o pacto federativo e parece bem acertado, desde que os Estados e Municípios promovam essa regulamentação³¹⁷. Também é digno de nota a previsão da suspensão da execução fiscal até que sejam julgados os embargos pelo juízo arbitral. Por mais óbvio que isso seja, é importante que não restem dúvidas e por isso a positivação é bem acertada.

Quanto à natureza jurídica da matéria que será objeto da arbitragem (arbitrabilidade objetiva), o referido dispositivo legal nada mencionou e assim não limitou as matérias cabíveis, pois apenas exigiu que se garanta o juízo como condição para procurar o processo arbitral especialmente no contexto de Execução Fiscal.

Outra questão importante em relação à redação do art. 16-A supracitado, é que ele prevê a vinculação do juízo arbitral tributário à Lei de Arbitragem (LBA), e, no entendimento do advogado Marcelo Ricardo Escobar, por meio de Comentários ao Projeto de Lei do Senado n. 4.257 de 2019, enviado ao Senador Antônio Anastasia na data de 24 de setembro de 2019³¹⁸, *“reconhece não apenas que o crédito tributário é um direito patrimonial e disponível, bem como que o crédito tributário, mesmo depois de constituído, pode ser objeto de transação”*. Assim, a (futura e provável) positivação legal arrefecerá as polêmicas doutrinárias e enfraquecerá as resistências apresentadas por parte da administração pública tributária.

Parecer nº , de 2021. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, do Senador Antonio Anastasia, que modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9032841&ts=1635458430823&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³¹⁷ É digno de nota os comentários críticos apresentados pelo advogado Marcelo Ricardo Escobar, nesse ponto específico do art 16-A: “determina observar os regulamentos de cada entidade da federação – em que pese os membros da nossa Federação terem competência tributária, não seria o melhor cenário deixar tantas legislações esparsas tratarem do assunto (26 Estados, o DF e 5.570 municípios)”. ESCOBAR ADVOGADOS. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://escobaraadvogados.com.br/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

³¹⁸ ESCOBAR ADVOGADOS. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://escobaraadvogados.com.br/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

Em tempo, um ponto frágil do PL é vincular a arbitragem tributária a uma prévia ação judicial promovida pela Fazenda Pública. Como verdadeiro método adequado de solução de conflitos, a possibilidade de promover arbitragem tributária deveria ser mais ampla e acessível. Contudo, é preciso reconhecer que já é um passo importante, quando analisamos o contexto cultural de solução de conflitos tributários no Brasil.

O PL n. 4.257 de 2019 também inclui o art. 16-B, na Lei de Execuções Fiscais que diz o seguinte: “*Art. 16-B. Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte por dois anos.*” Outro excelente acerto do legislador, para que a lisura e a imparcialidade do processo arbitral sejam preservadas. O árbitro não poderá atuar habitualmente em processos de mesmos Embargantes pelo período mínimo de 02 anos.

No novel art. 16-C³¹⁹ da Lei de Execuções Fiscais, caso aprovado o PL n. 4.257 de 2019, constam regras importantes relacionadas à possibilidade do julgamento arbitral envolver questões de fato e de direito e a obrigatoriedade do respeito ao princípio da publicidade (uma particularidade do processo arbitral que envolve a administração pública). Também consta que o processo arbitral deverá ser conduzido por órgão arbitral institucional ou entidade especializada previamente credenciados por cada unidade da Federação e isso é importante na medida que afasta entidades arbitrais menos sérias da arbitragem tributária.

Talvez fosse o caso de instituir no PL (em âmbito nacional), a obrigatoriedade de instituição de uma associação privada nos mesmos moldes do Centro de arbitragem administrativa (CAAD) de Portugal. Esse Centro poderia coordenar as

³¹⁹ “Art. 16-C. O processo arbitral será de fato e de direito, respeitará o princípio da publicidade, e deverá ser conduzido por órgão arbitral institucional ou entidade especializada previamente credenciados por cada unidade da Federação, facultada a realização de atos procedimentais de forma presencial ou eletrônica.

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

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

§ 3º A matéria objeto de compromisso arbitral regularmente firmado pelas partes somente poderá ser submetida à apreciação judicial nas hipóteses do art. 16-F desta Lei e dos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº , de 2021**. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, do Senador Antonio Anastasia, que modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9032841&ts=1635458430823&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

entidades arbitrais que desejem administrar processos arbitrais tributários. Isso confere mais confiabilidade e credibilidade para as próprias decisões arbitrais.

Mais à frente, no art. 16-F, consta regra sobre adoção de precedentes vinculantes para validade plena da decisão arbitral.³²⁰ Esse dispositivo praticamente repete o teor do art. 927, do Código de Processo Civil³²¹. Essa era uma demanda inegociável por parte da administração pública tributária que participou dos debates legislativos e foi contemplada com acerto, por mais que esse modelo limite exageradamente a atividade hermenêutica do julgador arbitral. Mas, tratando-se como se trata, de discussão jurídica envolvendo o crédito público, é bom que se afiance as decisões judiciais sedimentadas no campo tributário, especialmente as constitucionais de competência do Supremo Tribunal Federal³²².

³²⁰ “Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que com publicação da ata de julgamento anteriores ao recebimento da notificação ou ciência pessoal da sentença arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos, sendo aplicável, no que couber, o previsto nos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

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

§ 2º Fica caracterizada a nulidade da sentença arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos quando estas não observarem precedente vinculante referido pelo *caput* ou forem proferidas nas hipóteses do art. 32 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 3º A ação judicial para declaração de nulidade da sentença arbitral deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação ou ciência pessoal daquela ou o recebimento da decisão do pedido de esclarecimentos.” BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº , de 2021**. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, do Senador Antonio Anastasia, que modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9032841&ts=1635458430823&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³²¹ Art. 927 do CPC: “Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº , de 2021**. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, do Senador Antonio Anastasia, que modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9032841&ts=1635458430823&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³²² Novamente esclarece Tathiane Piscitelli: “A partir dessas constatações, fica nítido que os PLs privilegiam o valor da segurança jurídica: a inserção do método arbitral no sistema de resolução de conflitos tributários, à maneira por eles preconizada, não descuida da necessidade de, em

Não obstante, a complexidade do sistema tributário brasileiro é pano de fundo para produção de algumas decisões judiciais (inclusive em ações constitucionais), de questionável primor técnico-jurídico. O avanço 'jurisprudencial' também poderia ser pensado por meio da colaboração arbitral, uma vez que o (s) julgador (es) arbitral possui (rão) – em tese - extrema capacitação em discussões tributárias e as decisões poderão ter menos conteúdo metajurídico e mais acerto técnico-científico.

Por exemplo, a formação de uma 'orientação arbitral' em matéria tributária poderia ser pensada hermeneuticamente do seguinte modo: (i) a sentença arbitral é obrigada a adotar os entendimentos vinculantes previstos no art. 16-F; (ii) mas quando o tribunal arbitral entender, por unanimidade, que os fundamentos técnico-jurídicos deveriam ser diferentes dos precedentes vinculantes dos órgãos judiciais, poderia elaborar uma minuta resumida de sentença arbitral 'alternativa', apenas para fins consultivos, que seria publicada num campo específico com as cautelas necessárias. O objetivo não é desqualificar os precedentes judiciais (especialmente do STF), gerar insegurança jurídica e embasar eventuais ações judiciais de nulidade de sentença arbitral, mas publicizar os entendimentos arbitrais 'alternativos' e colaborar, indiretamente, para o aperfeiçoamento das próprias decisões judiciais.

De mais a mais, é perfeitamente possível ao árbitro decidir sobre a constitucionalidade ou não de uma norma jurídica (controle difuso), pois ele é equiparado a juiz de fato e de direito no processo arbitral em concreto, conforme exegese da Lei n. 9.307 de 1.996 (LBA).³²³ Claro que essa competência não se confunde com a competência constitucional privativa do STF em ações declaratórias

consonância com a via judicial de solução de disputas, manter uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, inclusive conforme o art. 926 do CPC. O mesmo pode ser dito do cuidado dos PLs com os vícios do processo arbitral em si, legitimamente delimitados na norma que serve de referência a ambos, i.e., a Lei de Arbitragem. Em qualquer caso, vê-se que a preocupação dos PLs com a segurança jurídica acaba por reforçar a validade e a autonomia do instituto".

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andrea; FERNANDES, André Luiz Fonseca. Um olhar para a arbitragem tributária: comparativo das propostas no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48. p. 743-767, 2º sem. 2021.

³²³ De acordo com o advogado Sérgio Bermudes: "Convém acrescentar que, se o juízo arbitral tem poderes, como é inerente à sua função e foi explicado, para apreciar a questão da constitucionalidade de uma regra jurídica e deixar de aplica-la, declarando-a inconstitucional, também pode, *a fortiori*, decidir pela inaplicabilidade da norma a uma determinada situação jurídica, não porque seja inconstitucional, mas por entender contida a sua eficácia, diante de um óbice criado pela própria constituição. Assim, sem declarar inconstitucional a lei, ou mesmo declarando constitucional, de modo explícito, podem o árbitro, ou os árbitros, deixar de aplica-la, se a julgarem prejudicial ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, ou à coisa julgada. Em outras palavras, pode o juízo arbitral decidir que a eficácia da norma é contida, diante da garantia do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição e, por isso, deixar de aplica-la a uma situação concreta. BERMUDES, Sérgio. **Direito processual civil**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 39.

de constitucionalidade e também não visa derruir ou contrariar a uniformização da jurisprudência constitucional (vinculante). Não consta nada nesse sentido no PL, mas essa interpretação é fruto da interpretação sistemática do direito arbitral (geral) brasileiro.

Registre-se, ainda, que o presente PL deixou a cargo das respectivas unidades federativas a regulamentação específica do processo arbitral, como escolha dos árbitros e custas arbitrais.

Por fim, merecem destaque as conclusões apresentadas pelo advogado Marcelo Ricardo Escobar ao Senador Antônio Anastasia, na oportunidade que teceu comentários ao referido Projeto de Lei:

Ressaltamos, por fim, que o projeto ou seus considerandos, auxiliaria muito a prática arbitral e evitaria discussões judiciais, se previsse, dentre outras questões, que:

- a) a sentença arbitral já é equiparada à decisão judicial passada em julgado (art. 31 da LBA e o art. 515, inciso VII do CPC), portanto extingue o crédito tributário, nos termos do art. 156, X do CTN;
- b) o parágrafo único do art. 171 do CTN já fora regulamentado pelo art. 1º, § 2º da LBA, não restando questionamentos quanto a indicação da autoridade competente para autorizar a transação tributária; bem como
- c) possibilidade do financiamento de terceiros – *third party funding*.³²⁴

Diante do exposto, o grande mérito desse PL, caso aprovado, é colaborar principalmente na celeridade e tecnicidade do julgamento de mérito de algumas ações judiciais tributárias - Execução Fiscal, Ação Consignatória de Pagamento ou Ação Anulatória do Ato Declarativo da Dívida Embargos à Execução, por meio de uma sentença arbitral. Contudo, na direção de uma hermenêutica jurídica constitucionalmente criativa - que se afasta do senso comum teórico dos juristas - entendemos que o PL não favorece grandes análises técnico-jurídicas (com reflexos constitucionais) pelo juízo arbitral, que pode possuir – em tese - mais capacitação na seara tributária. Mas esse é o preço pago pela adoção da arbitragem no campo tributário, no Brasil.

Doravante, no próximo tópico analisaremos o Projeto de Lei do Senado n. 4.468 de 2020, que quer introduzir a arbitragem tributária “especial” no Brasil.

³²⁴ ESCOBAR ADVOGADOS. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://escobaraadvogados.com.br/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

4.4.2 Projeto de lei do Senado n. 4.468 de 2020 (Senadora Daniella Ribeiro)

O Projeto de Lei do Senado n. 4.468 de 2020 foi apresentado pela Senadora Daniella Ribeiro (PP/PB), ao Senado Federal, na data de 03/09/2020. Na data de 30/09/2021 foi encaminhado para a Comissão de Assuntos Econômicos (CAE). A última tramitação do PL noticiada no site do Senado Federal se deu em 01/10/2021, em que foi encaminhado ao Relator (Senador Antônio Anastasia) para emissão de relatório.

Basicamente, o Projeto de Lei do Senado n. 4.468 de 2020, pretende permitir a instauração de arbitragem especial tributária, com a finalidade de solucionar controvérsias sobre matérias de fato no curso de fiscalização ou de quantificar crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado. O PL também estabelece condições para o processamento da arbitragem especial tributária, dispõe sobre a formação do tribunal arbitral, o compromisso e o laudo arbitral, bem com a ação anulatória de laudo arbitral.³²⁵

Entretanto, o PL n. 4.468 de 2020 é significativamente mais polêmico do que o Projeto de Lei n. 4.257 de 2019. Reconheça-se, de plano, que a Senadora Daniella Ribeiro foi assessorada por grandes juristas brasileiros, profundos conhecedores da arbitragem e, também, do processo tributário. Não obstante, o PL n. 4.468 de 2020 quer instituir um instituto de eficácia duvidosa no ordenamento jurídico brasileiro – uma espécie de arbitragem preventiva, atuante antes mesmo da existência de um verdadeiro conflito de interesses.

Uma arbitragem denominada especial tributária, que incidirá sobre a esfera administrativa – na fase de pré-constituição do crédito tributário. Uma finalidade precípua é solucionar controvérsias sobre matéria de fato no curso da fiscalização, como, por exemplo, classificação fiscal de mercadorias. Outra finalidade é quantificar crédito decorrente de decisão judicial.

Analisar-se-á, a partir de agora, os principais pontos do Projeto de Lei n. 4.468 de 2020.

Começamos pela *Justificação*, momento em que, logo nos seus primeiros parágrafos, demonstram nítida preocupação com a adoção de meios alternativos de

³²⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>. Acesso em: 30 out. 2021.

prevenção e solução de litígios em matéria tributária (sistema multiportas).³²⁶ Mais à frente, há uma explicação apurada no sentido de que é possível adotar arbitragem como solução de conflitos preventiva do lançamento tributário, especialmente para dissensos envolvendo definição de bases de cálculo, pautas de valores, definição de preços de transferência, qualificações de intangíveis e outros.³²⁷ Noutro ponto, enaltece o sucesso da arbitragem tributária em Portugal como paradigma para o Projeto brasileiro e, também, esclarece que na União Europeia a arbitragem também assumiu o papel de substituta de decisão administrativa.³²⁸ Por fim, merece apontamentos a preocupação legislativa com a adoção da arbitragem especial tributária para situações que envolvem matérias eminentemente fáticas e técnicas (consulta fiscal e quantificação de crédito).³²⁹

³²⁶ “JUSTIFICAÇÃO. O momento de reforma tributária não pode deixar de contemplar os meios alternativos de prevenção e de solução de litígios em matéria tributária. Recentemente, a inaugurar um novo modelo de sistema multiportas, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.988/2020, que define as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutive de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária. Em continuidade a este movimento de simplificação e redução dos conflitos, propõe-se a criação da arbitragem tributária para prevenir controvérsias tributárias, com alcance para as questões de fato, antes da formalização do lançamento tributário”. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1634150990536&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³²⁷ “O espaço da arbitragem, como medida de decisão de conflitos preventiva do lançamento tributário, é de expressivo alcance. Basta pensar naqueles casos que implicam inversão do ônus da prova, por presunções e similares, nas hipóteses de bases de cálculo presumidas ou dependentes de arbitramento, como “preço de mercado”, “valor venal”, “valor da terra nua”, pautas de valores, definição de preços de transferência, qualificações de intangíveis, hipóteses de cabimento de analogia e equidade etc. Deixar para o processo administrativo ou judicial esta tarefa somente prejudica todo o sistema de resolução de conflitos, além de onerar as partes com expectativas de passivos ou ativos que somente após longos embates chega-se a uma solução, nem sempre adequada”. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.Senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1634150990536&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³²⁸ “O êxito de Portugal com a arbitragem fiscal, que já soma mais de 4 mil processos julgados, é uma importante inspiração internacional para este Projeto. E, na Diretiva da União Europeia sobre resolução de litígios relativos a dupla tributação entre Estados-Membros (Diretiva UE 2017/1852, de 10.10.2017), surgiu a arbitragem como substitutiva da decisão administrativa. Logo, se o litígio não for decidido em 2 anos: o contribuinte pode solicitar a criação de uma Comissão Consultiva e ingressar em juízo para determinar a criação dessa Comissão. A Comissão Consultiva, composta por 3 membros independentes, designadas pelos Estados-Membros, tem o prazo de 6 meses para emitir um parecer sobre o caso, que deve ser seguido pelos Estados-Membros”. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.Senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1634150990536&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³²⁹ “Destarte, o presente projeto de lei trata da aplicação da arbitragem especial tributária para dirimir conflitos que sejam anteriores aos créditos tributários constituídos e será aplicado em duas situações que envolvem matérias fáticas e técnicas: (i) consulta fiscal e (ii) quantificação de crédito reconhecido judicialmente e passível de compensação. A instituição da arbitragem

Referidos argumentos são hermeneuticamente atraentes. A adoção dos meios adequados de solução de conflitos tributários no Brasil é apoiada pela maior parte da comunidade jurídica e, também, por expressivo número de parlamentares e vários representantes da administração pública tributária. Atualmente, a grande inoperância do sistema processual brasileiro está relacionada ao processo tributário, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Por isso, qualquer medida legislativa é bem-vinda para mitigação desses efeitos.

Entretanto, quando se fala em meios adequados de solução de conflitos tributários na fase administrativa, a menor resistência (especialmente da administração pública) é quanto aos meios integralmente consensuais (conciliação, transação, etc). Já a arbitragem é vista como meio exótico de solução de conflitos e de adaptação imperfeita na seara tributária.

De outro lado, talvez a iniciativa legislativa de denominar esse mecanismo de arbitragem (especial tributária), esteja conectada com os dissensos eminentemente técnicos que pretende solucionar. Questões, por exemplo, de apuração ou arbitramento do “Valor da Terra Nua - VTN” (para apuração do Imposto sobre a Propriedade Rural - ITR), são técnicas, complexas e geram dissensos entre o Estado e contribuintes. Contudo, a interpretação desse instituto jurídico é confusa numa situação preventiva e ainda na fase administrativa – aproximando-se mais do conceito de arbitramento. A intenção de importar esse modelo da experiência europeia parece louvável; mas, no momento, é de difícil compreensão hermenêutica (inclusive, pode afetar a rápida aprovação do PL n. 4.257 de 2019).

De qualquer forma, vejamos os principais pontos do PL.

O Projeto de Lei, no seu art. 1º³³⁰, estabelece a possibilidade de instauração da arbitragem especial tributária no curso da fiscalização, mediante solicitação do

especial tributária se dará por compromisso arbitral”. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.Senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1634150990536&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³³⁰ “Art. 1º A arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, observando o disposto nesta lei. Parágrafo único. Este procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa. Art. 2º As controvérsias tributárias que podem ser objeto da arbitragem tributária de que trata esta Lei são aquelas relativas a matérias fáticas, sendo vedado:
I - discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas;
II - discussão sobre lei em tese;

contribuinte ou provocação da Administração Tributária. O objetivo é a prevenção de controvérsias sobre matérias de *fato*. No seu art. 2º, apresenta inúmeras vedações à adoção da arbitragem especial tributária.

A primeira crítica da doutrina, em relação aos dispositivos acima, é aqui representada pela Professora Tathiane Piscitelli, no sentido de que não é possível separar de forma estanque questões de fato e questões de direito. E cita como exemplo, as dificuldades (interpretativas de direito) enfrentadas pelo CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) para classificar mercadorias que possuem regulação internacional.³³¹

As vedações do art. 2ª, por outro lado, são polêmicas e querem afastar o caráter jurisdicional da atividade arbitral. Como é sabido e ressabido no direito arbitral, o árbitro é juiz de fato e de direito do processo arbitral em que foi eleito e pode aplicar o direito ao caso concreto, inclusive afastando a aplicação de normas antijurídicas ou inconstitucionais (numa espécie de controle difuso de constitucionalidade).

III - decisão contrária a entendimento consolidado pelo Poder Judiciário nas hipóteses de que trata o art. 927 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.Senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1634150990536&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³³¹ “Acerca do tema, deve-se destacar inicialmente que uma disputa nunca envolverá apenas questões de fato, já que a subsunção do fato à norma tributária demanda, necessariamente, interpretação desta, de modo que aspectos qualificados como “de direito” necessariamente virão à tona.

Tome-se como exemplo o caso da classificação fiscal de mercadorias, normalmente referida como a típica disputa a ser objeto de arbitragem nos termos do citado PL. Dentre as questões rotineiramente apreciadas no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a Câmara Superior de Recursos Fiscais já teve oportunidade de decidir sobre a correta classificação fiscal das barras de cereal (sem chocolate): entre produtos de confeitaria sem cacau (NCM 1704.90.90) ou preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos (NCM 1904.20.00), aquele órgão julgador entendeu ser correta a primeira classificação, com incidência mais gravosa (5%) de IPI.

A conclusão não decorreu, contudo, de mera análise de fatos, mas de sua qualificação jurídica à luz da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), que tem por base o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias (SH), oriundo do Decreto n. 97.409/88. Não parece correto dizer, portanto, que esse modelo de arbitragem tributária estaria limitado a discussões fáticas, já que estas são indissociáveis, como mostra o exemplo, de questões de direito”.

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andrea; FERNANDES, André Luiz Fonseca. Um olhar para a arbitragem tributária: comparativo das propostas no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48. p. 743-767, 2º sem. 2021.

Contudo, o PL veda qualquer discussão sobre validade de normas jurídicas e, por isso, poderia sofrer alguma adequação, no sentido de admitir, ao menos, o controle difuso de constitucionalidade.³³²

Mais à frente, no art. 3^a, o PL regulamenta as condições da arbitragem especial tributária, ratificando o que já é sedimentado pela doutrina arbitral brasileira e pela Lei n. 9.306 de 1.996. No parágrafo único, consta os requisitos da instituição que processará a arbitragem especial, merecendo destaque a exigência de regular funcionamento há pelo menos 08 (oito) anos.³³³ No Brasil, existem muitas Câmaras de Arbitragem que ainda não se estruturaram devidamente e muito menos se consolidaram no mercado e, por isso, a exigência legal é bem-vinda.

³³² Novamente, a professor Tathiane Piscitelli clarividência: “Portanto, depreende-se daí que, se um órgão julgador de primeira instância do Poder Judiciário, um juiz de fato e de direito da causa tal como o árbitro, pode afastar a aplicação de ato normativo por entendê-lo incompatível com a Constituição, a mesma competência poderia ser reconhecida ao árbitro no bojo da arbitragem do PL em causa. Isso conferiria coerência ao sistema arbitral nele previsto, evitaria o enfraquecimento da tutela jurisdicional arbitral e acentuaria sua eficácia na prevenção de litígios tributários. Seria interessante, para tanto, a modificação do inciso I do art. 2º do PL n. 4.468/2020, de modo que, na hipótese de vedação à “I – discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas”, fosse acrescentado o seguinte trecho: *exceto no caso de controle difuso ou concreto*”. PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andrea; FERNANDES, André Luiz Fonseca. Um olhar para a arbitragem tributária: comparativo das propostas no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48. p. 743-767, 2º sem. 2021.

³³³ “Art. 3º A arbitragem especial de que trata esta lei observará as seguintes condições: I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito, sendo vedada a arbitragem por equidade; II – obedecerá as regras de direito brasileiro; III - será realizada no Brasil e em língua portuguesa; IV - serão sempre respeitados no procedimento arbitral o contraditório, a ampla defesa e os meios inerentes, a igualdade das partes, a imparcialidade dos árbitros e seu livre convencimento; V - a sentença arbitral será integralmente divulgada no site da instituição arbitral que administrou a arbitragem; VI – o laudo arbitral produzirá efeitos somente entre as partes, salvo hipótese de participação de entidade representativa de categoria econômica ou profissional de âmbito estadual ou nacional, hipótese em que todos os associados que não tenham expressamente feito opção em sentido contrário estarão vinculados; VII - as despesas relativas a honorários de peritos e árbitros poderão ser antecipadas pelo contribuinte quando da instauração do procedimento arbitral; VIII - as despesas envolvendo a câmara de arbitragem serão assumidas integral e definitivamente pelo contribuinte; IX – cada parte arcará com os honorários de seus próprios advogados e eventuais assistentes técnicos ou outros profissionais indicados pelas partes para auxiliar em sua defesa perante o juízo arbitral, independentemente do resultado final; X – no caso de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem, observado o disposto no inciso VIII. XI – os valores decorrentes das decisões condenatórias serão corrigidos pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) ou outro índice que venha substituí-la na atualização dos créditos tributários; XII - a arbitragem especial será necessariamente institucional, podendo o ato de regulamentação credenciar as instituições ou câmaras arbitrais competentes para processar as controvérsias tributárias reguladas nesta Lei. **Parágrafo único.** São requisitos da instituição que processará a arbitragem especial tributária: I - estar situada no Brasil; II - estar regularmente constituída há pelo menos oito anos; III - estar em regular funcionamento como instituição ou câmara arbitral; e IV - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais”. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020.** Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181 &ts=1634150990536&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

No art. 4^a do PL³³⁴, que trata da formação do tribunal arbitral, consta uma regra polêmica e aparentemente sem qualquer vantagem operacional: a figura do árbitro *desempataador*. Inicialmente, o tribunal da arbitragem especial tributária será formado por três árbitros (um indicado pela Autoridade Tributária, um pelo contribuinte e um terceiro escolhido pelos dois primeiros árbitros, que exercerá o papel de Presidente). Contudo, se a decisão do tribunal arbitral não for unânime, o presidente poderá escolher um árbitro desempataador.

Caso o árbitro desempataador siga o voto favorável de 02 árbitros do tribunal, teremos uma decisão arbitral mais democrática, contudo, ainda não unânime. De outro lado, caso o árbitro desempataador siga o voto desfavorável de 01 árbitro, teremos uma decisão arbitral com votos empatados (02 x 02). Ou seja, o árbitro desempataador empatou a decisão. E agora, o que fazer? O PL não dá solução algum. Realmente a figura do árbitro desempataador é confusa, contraproducente e parece ter sido importada sem muita reflexão crítica para um projeto legislativo brasileiro.³³⁵

³³⁴ “Art. 4º O tribunal arbitral será necessariamente formado por três árbitros da forma que segue: I – um árbitro indicado pela Autoridade Tributária; II - um árbitro indicado pelo contribuinte; e III – um árbitro indicado na forma dos §§5º e 6º. §1º Aplicam-se aos árbitros os motivos de impedimento e suspeição de que tratam os artigos 144 e 145 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil); §2º A pessoa indicada para funcionar como árbitro tem o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que seja de seu conhecimento, que possa ocasionar dúvida justificada quanto sua independência e imparcialidade. §3º O árbitro é juiz de fato e de direito e do laudo arbitral proferido não cabe homologação ou recurso ao Poder Judiciário. §4º O árbitro deve ser e permanecer independente e imparcial durante todo o procedimento arbitral. §5º Os árbitros indicados pela Autoridade Tributária e pelo contribuinte elegerão, em comum acordo, o terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral e necessariamente deverá ser bacharel em Direito, observando-se o disposto no § 2º §6º Caso não haja acordo entre os árbitros indicados pelas partes para a escolha do terceiro árbitro, a instituição ou Câmara arbitral o indicará, atendendo aos requisitos previstos neste artigo. §7º Poderá ser indicado um árbitro desempataador se a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral não for unânime, competindo ao presidente da instituição arbitral efetuar a designação respectiva. §8º As partes poderão impugnar a indicação de árbitro da parte contrária no prazo de 15 dias, por falta de conhecimento técnico na matéria controversa ou por não atender ao disposto nos §§ 1º, 5º e 9º deste artigo, cabendo à instituição ou Câmara Arbitral decidir tal incidente. §9º São requisitos para o exercício da função de árbitro: I - estar no gozo de plena capacidade civil; II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio a ser dirimido, jurídico ou não, sendo essencial, no mínimo, dez anos de comprovada experiência profissional na área de atuação, bem como duas graduações em nível técnico ou superior ou uma graduação e uma pós-graduação em instituições de ensino nacionais ou estrangeiras cuja titulação tenha sido reconhecida no Brasil”. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.Senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1634150990536&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³³⁵ Nesse ponto do PL, esclarece o professor Ricardo Escobar: “Outro ponto que causa estranheza é a figura do “árbitro desempataador” (§7º [2] do artigo 4º) para os casos de decisões não unânimes, haja vista que o *caput* do artigo 4º aduz que “o tribunal arbitral será necessariamente formado por três árbitros”. Ora, dois cenários se materializam em sentido contrário a essa previsão: I) se o tribunal contar com dois votos favoráveis e um contrário, e o desempataador votar com o

Os arts. 5^a e 6^a estabelecem as regras para a formação do compromisso arbitral na arbitragem especial tributária. Merece destaque a previsão do inciso IX, do art. 6, no seguinte sentido: “IX - o prazo para a apresentação do laudo arbitral, será de até 12 meses, podendo ser prorrogado por acordo entre as partes por até duas vezes, desde que não ultrapasse prazo total de 24 meses. [...]”. O que causa estranheza é estabelecer um prazo superior para apresentação do laudo arbitral (12 meses), quando comparado com o prazo máximo da Lei de Arbitragem (06 meses). Por que aumentar o prazo? Qual é a necessidade de criar uma regra própria, sendo que na Lei de Arbitragem já consta norma consolidada sobre o prazo máximo da sentença arbitral?

Ademais, os regulamentos das Câmaras de Arbitragem no Brasil já estabelecem particularidades, como autorização de prazo superior para apresentação da sentença arbitral, no caso de comprovada necessidade pelo tribunal arbitral. Por questão de segurança e estabilidade jurídicas, o ideal é deixar as particularidades para os regulamentos e não contrariar expressamente uma norma consolidada da Lei Geral de Arbitragem (Lei n. 9.307 de 1.996).

O art. 7^a do PL trata dos efeitos jurídicos advindos com a assinatura do compromisso arbitral, especialmente a paralisação de qualquer medida de fiscalização ou abertura de processo administrativo. No art. 8^a do PL, constam os requisitos obrigatórios do laudo arbitral (já previstos na Lei n. 9.307 de 1996). Também consta no inciso III, o seguinte: “III - o contribuinte não terá legitimidade para questionar judicialmente o auto de infração decorrente do laudo arbitral, no tocante à controvérsia decidida na arbitragem”. Ou seja, o laudo arbitral é irrecorrível e o auto de infração proveniente de sua decisão, não admite impugnação judicial. O ideal é que fosse estabelecido a regra de que não haveria impugnação judicial do contribuinte e, também, da *Autoridade Tributária*.³³⁶

entendimento contrário, haverá um novo empate, todavia, com a majoração dos custos pelo acréscimo do "desempataador" sem o deslinde da questão; ou II) o "árbitro desempataador" decidirá a controvérsia desconsiderando o resultado do tribunal arbitral, o que também não se justifica, posto que seria mais célere e menos custoso prever apenas a figura do árbitro único". ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra Escobar. Um devaneio noturno, o PL nº 4.468/20 e a 'arbitragem' especial tributária. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/marcelo-escobar-arbitragem-especial-tributaria>. Acesso em: 30 out. 2021.

³³⁶ Parece preciosismo legal, mas essa previsão evita que o Poder Judiciário, por exemplo, crie regra própria e encontre alguma exceção para que a Autoridade Tributária questione judicialmente o auto de infração fruto da decisão arbitral. Para exemplificar, basta analisar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso relacionado ao voto de desempate no CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) (ADI6399, proposta pelo Procurador-Geral da República, a ADI 6403, proposta

Nos arts. 09, 10 e 11, constam regras operacionais relacionadas à designação do árbitro desempataador; a ação de anulação do laudo arbitral (repete as mesmas regras previstas na Lei de Arbitragem); e estabelece que nas derrotas do Fisco, com imposição de penalidade pecuniária, o pagamento será feito por precatório ou requisição de pequeno valor. Ou seja, nada que mereça novas reflexões críticas.

Noutro ponto, constam no PL, no art. 12, modificações substanciais na 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).³³⁷ Parece que o intuito do presente PL do Senador foi

pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, e a ADI 6415, proposta pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil - ANFIP). O Ministro votou pela constitucionalidade da extinção do voto de qualidade (desempate) pelos Presidentes das turmas julgadoras, tendo como consequência decisão favorável ao contribuinte. Contudo, como o empate favoreceu o contribuinte, o Fisco poderá promover ações no Poder Judiciário. O advogado Pedro Adamy comenta que essa interpretação jurídica coloca em risco a jurisdição administrativa e a judicial: “[...] A tese proposta pelo ministro Barroso apresenta problemas fundamentais, mas se chama a atenção de apenas dois, por amor à brevidade. De um lado, a tese proposta estimula a litigiosidade em matéria tributária. Diante de um Poder Judiciário já assoberbado de trabalho, a tese proposta pelo ministro Barroso tem como consequência provável o aumento das demandas tributárias. Este fato foi notado em excelente texto publicado neste JOTA por Michell Przepiorka, Bruno Bontempo, Rinaldo Braga e Daniel Gomes. Além disso, como bem demonstram os estudos e eventos do Observatório da Macrolitigância Fiscal, coordenado pelos professores Lucas Bevilacqua e Rafael Fonseca, vinculado ao IDP, o direito tributário já sofre com o excesso de litigância – tanto administrativa quanto judicial – de forma que a instituição de mais uma fonte de discussão judicial em matéria tributária não é recomendável. De outro lado, a tese proposta retira a importância e a autoridade do processo administrativo. Assim o é, uma vez que a decisão tomada no PAF poderá ser rediscutida no Poder Judiciário, podendo ser revista, tanto em seus fundamentos fáticos quanto em sua dimensão jurídica. Ainda, a tese proposta pelo ministro Barroso devolve ao Judiciário a integralidade questões técnicas e complexas que são extensivamente analisadas no processo administrativo fiscal. Quer isso dizer que todo o manancial probatório, ainda que possa ser utilizado, pode ser questionado pelas partes envolvidas. O peso e o valor dos processo administrativo e das provas nele produzidas ainda é tema que terá que ser definido pelo Judiciário, caso a tese do ministro Barroso seja vitoriosa. Como é sabido, o Conselho é composto por técnicos de reconhecida capacidade, que analisam os feitos, em sua grande maioria, à exaustão, com a participação ativa tantos dos demais conselheiros quanto das partes envolvidas. Devolver todo esse manancial ao Judiciário, que poderá desconsiderá-la diante da produção de novas provas, é diminuir a importância da jurisdição administrativa fiscal. Em suma, pode-se afirmar que a tese proposta pelo ministro Barroso pode, a um só tempo, prejudicar tanto a jurisdição administrativa em matéria tributária e quanto prejudicar o Poder Judiciário. De um lado, enfraquece e retira a autoridade do CARF enquanto órgão para a solução de controvérsias tributárias, permitindo a rediscussão de todas as matérias perante o Poder Judiciário. De outro lado, permite que a Fazenda Pública busque nova discussão de questões já resolvidas na esfera administrativa, devolvendo sua discussão perante um Poder Judiciário já assoberbado de trabalho”. ADAMY, Pedro. O voto de qualidade e o ajuizamento de ações pela Fazenda Pública. *Jota*, [S. l.], 27 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-carf/o-voto-de-qualidade-e-o-ajuzamento-de-aco-es-pela-fazenda-publica-27072021>. Acesso em: 30 jul. 2021.

³³⁷ “Art. 12. A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

aperfeiçoar o funcionamento do processo administrativo de consulta no Brasil. Realmente é uma boa intenção, já que pode evitar demandas administrativas e judiciais relacionadas ao próprio lançamento do crédito tributário. De outra parte, a possibilidade de agilizar a quantificação do crédito tributário proveniente de decisão judicial, também merece aplausos (apesar que não se fundamenta num conflito de interesses). São ótimas intenções; mas, novamente, repetimos que são propostas de modificações de grandes dificuldades operacionais e que afetam a efetivação da arbitragem tributária no Brasil como um todo.³³⁸.

"Art. 48-A. As consultas que envolvam questões fáticas e sua qualificação jurídica poderão ser solucionadas por arbitragem especial tributária, atendidos os requisitos e condições estabelecidos nesta Lei ."

"Art. 74....."

§19 O crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado não liquidado judicialmente poderá ser quantificado por meio de arbitragem especial tributária, atendidos os requisitos e condições estabelecidos nesta Lei.

§20 É vedada a instauração da arbitragem especial tributária para fins de quantificação de crédito:

a) objeto de decisão judicial não transitada em julgado;

b) não passível de restituição, ressarcimento ou compensação, nos termos desta lei

§21 O contribuinte apresentará requerimento formal à Secretaria da Receita Federal do Brasil para fins de instauração da arbitragem especial tributária.

I - a opção pela liquidação do crédito a ser compensado ou restituído por meio de arbitragem especial tributária implica desistência de requerimento para liquidação e execução judicial de sentença;

II - o crédito liquidado aferido mediante arbitragem será compensado nos termos desse artigo, conforme regulamentação a ser expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

III - não cabe discussão em sede de manifestação de inconformidade ofertada pelo contribuinte acerca do crédito fixado em laudo arbitral;

IV - o fisco ficará vinculado ao montante do crédito reconhecido em favor do contribuinte por laudo arbitral;

V - o pedido de instauração de arbitragem especial tributária deve ser formalizado no prazo de cinco anos contados da data do trânsito em julgado da decisão judicial que reconhece o crédito em favor do contribuinte;

VI - o prazo para apresentação de declaração de compensação para aproveitamento do crédito Reconhecido em sentença arbitral se extingue em cinco anos, contados do trânsito em julgado do laudo arbitral." BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.Senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181 &ts=1634150990536&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

³³⁸ O advogado José Eduardo Toledo apresenta raciocínio conclusivo e elucidativo sobre esse Projeto de Lei do Senado, que quer instituir a arbitragem especial tributária no Brasil: "Ainda que se possa admitir que a 'arbitragem especial tributária' seja uma arbitragem (o que, a meu ver, está longe de assim ser definido com base na doutrina especializada e em legislação internacional), veja-se que a finalidade de obtenção de uma solução de conflitos (que sequer ainda existem), de forma mais célere acaba se tornando uma situação mais morosa, com custos que até então não existiam para o contribuinte ou para o Poder Público.

Além disso, diferentemente do instituto da arbitragem (onde qualquer pessoa que detenha a confiança da parte pode exercer essa função), esse projeto cria uma limitação ao determinar que somente poderá ser árbitro aquele que 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.

Introduzir uma arbitragem especial tributária no *processo administrativo* brasileiro não é tarefa fácil, e poderia ser melhor desenhada num projeto de médio e longo prazo. Não temos desenvolvida a cultura da solução de conflitos por meio da arbitragem na seara tributária e isso pode gerar incompreensões hermenêuticas significativas. Caso esse PL seja aprovado, na forma que consta atualmente, ele poderá ser totalmente inócuo e ineficaz.

No fundo no fundo, entendemos que esse PL deveria ter investido no formato de uma mediação tributária e não propriamente numa arbitragem especial tributária. Começasse pela mediação de conflitos, de natureza integralmente consensual e que redundaria em relações dialógicas e mais democráticas entre Fisco e contribuintes. A mediação tem uma vantagem específica em relação à arbitragem: prevenção e tratamento de conflitos. A arbitragem é uma solução proto-heterocompositiva de conflitos que restabelece a relação entre partes opostas, com foco na cooperação, simbolicamente menos agressiva do que o processo judicial. Contudo, a arbitragem não tem a mesma eficácia preventiva da mediação de conflitos.

Esse entendimento é corroborado, ao final, pelo art. 13 do PL: “*Art. 13 Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020*”. Ou seja, o legislador escolheu como norma subsidiária à arbitragem especial tributária, a Lei de Transação Tributária. Por que não escolheu como norma subsidiária a Lei n. 9.307 de 1996 (A Lei de Arbitragem)? Para nós, a compreensão hermenêutica do legislador nesse PL n. 4.468 de 2020 é mais voltada para a mediação de conflitos no campo tributário do que propriamente para a arbitragem tributária. De qualquer forma, o PL está em fase inicial de análises pelo Senado Federal e não passou ainda pelo crivo das audiências públicas.

Enfim, o PL n. 4.257 de 2019 do Senado é mais factível e próximo da realidade cultural brasileira, de solução de conflitos por meio da arbitragem, pois

Confesso que poderia defender essa exigência, uma vez que me enquadro dentro desses conceitos. Mas isso, para mim, cria uma reserva de mercado que, em muitas das vezes, impedirá excelentes profissionais de atuarem como “árbitros” nessa “arbitragem especial tributária”, cuja experiência teórica e, principalmente, técnica, certamente em muito poderia colaborar na demanda proposta.

Sou um grande entusiasta de que seja criada a arbitragem tributária no Brasil. Entretanto, entendo que a proposta é tímida e não contribui para a solução do enorme contencioso tributário (administrativo e judicial) existente no Brasil (e largamente apresentado na exposição de motivos, como fundamento para a criação da “arbitragem especial tributária”). A meu ver perde-se mais uma grande oportunidade de contribuir para a criação efetiva e verdadeira da arbitragem tributária”. TOLEDO, José Eduardo. **Arbitragem tributária e o PL 4468/2020**. [S. l.], 9 set. 2020. Disponível em <https://www.ibet.com.br/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020/>. Acesso em: 30 out. 2021.

apresenta modificações estruturais na Lei de Execução Fiscal – momento em que já existe um conflito de interesses e o crédito tributário já foi constituído (com ressaltavas em relação à aprovação de uma execução fiscal administrativa).

Em tempo, merece rápido destaque o Projeto de Lei – Modelo – de Arbitragem Tributária, que é desenvolvido pelos membros do Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias (IBATT).

4.4.3 O projeto de lei (modelo) de arbitragem tributária do Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias - IBATT

O Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias (IBATT), foi constituído como associação de direito privado sem fins lucrativos em 7 de setembro de 2019, tendo sede na cidade de São Paulo (SP).

Sua principal finalidade é promover atividades de caráter cultural, didático, educacional e científico sobre a arbitragem, a transação, a mediação e outros métodos de solução de conflitos em matéria tributária. A concretização desses meios adequados de solução de conflitos na seara tributária poderá contribuir para a cidadania fiscal, para a melhoria na eficácia da arrecadação do crédito público e, também, no aperfeiçoamento da administração pública tributária.

O IBATT tem se destacado como polo de produção de conhecimento e de promoção da arbitragem tributária no Brasil. Os membros de sua diretoria são nomes reconhecidamente experientes na área da arbitragem e, também, do direito tributário. O IBATT atualmente é presidido pelo experiente advogado Roberto Pasqualin e tem como diretora adjunta a Dra. Mariana Martins, advogada tributarista de renome no eixo Rio-São Paulo. Além disso, faz parte da sua diretoria o advogado Marcelo Ricardo Escobar, um dos autores mais destacados no país e na América Latina sobre o tema da arbitragem tributária. No seu conselho consultivo, possui nomes clássicos no cenário jurídico tributário brasileiro, como o do professor Paulo de Barros Carvalho. Além de vários outros nomes de destaque na temática tributária, conforme consta no site do instituto.³³⁹

O IBATT organizou diversos eventos importantes sobre arbitragem tributária, como o Congresso Internacional de Arbitragem Tributária. E foi justamente na

³³⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Sobre nós**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://ibatt.com.br/sobre-nos/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

oportunidade do II Congresso Internacional de Arbitragem Tributária, evento online, ocorrido nas datas de 04 e 05 de outubro de 2021, que membros da diretoria do IBATT apresentaram parcialmente dados do Projeto de Lei – Modelo sobre arbitragem tributária, que é desenvolvido pelo Instituto³⁴⁰. Não se trata propriamente de uma modelo híbrido, na tentativa de equacionar os Projetos de Lei atualmente em tramitação no Senado (Projeto n. 4.257 de 2019 e Projeto n. 4.468 de 2020). Apresenta propostas mais avançadas, para adoção racional e eficiente da arbitragem tributária em todas as fases da relação jurídica tributária.

O referido Projeto ainda não foi integralmente publicado ou encaminhado ao Congresso Nacional pelo Instituto, mas é já é possível extrair alguns avanços técnicos-jurídicos quando comparado com os Projetos em andamento no Senado Federal.

No art. 1^a, autoriza o uso da arbitragem como meio de prevenção e solução de disputas tributárias e também aduaneiras no Brasil. Além disso, a proposta modelo de lei delega para os entes da federação a responsabilidade de regulamentar a implementação desse meio de solução de conflitos, bem como as especificidades sobre a indicação da autoridade competente para celebrar o compromisso arbitral e, ainda, disciplinar o requerimento da arbitragem tributária.³⁴¹

Percebe-se, assim, que a intenção desse Projeto Modelo do IBATT é criar uma lei geral de arbitragem tributária, de âmbito nacional. Ele deixa para cada ente administrativo a regulamentação das demais especificidades. É uma proposta muito semelhante ao sistema de arbitragem tributária em Portugal (Lei Geral Tributária - LGT), que foi bem-sucedido em terras lusitanas.

³⁴⁰ CONGRESSO INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA, 2., São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 10 nov. 2021.

³⁴¹ “Art. 1º Esta Lei autoriza a utilização da arbitragem como meio de prevenção ou resolução jurisdicional de controvérsias tributárias e aduaneiras.
§1º. Os Poderes Legislativos estaduais e do Distrito Federal poderão disciplinar a utilização da arbitragem, observadas as normas gerais previstas nesta Lei.
§2º. Ato administrativo dos Poderes Executivos federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal deverão regulamentar a implementação da arbitragem tributária nas respectivas esferas, indicar a autoridade ou órgão competente para celebrar o compromisso arbitral e disciplinar o requerimento da arbitragem tributária”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

No art. 2^a³⁴², o Projeto estabelece regras de arbitrabilidade objetiva e amplia os horizontes para adoção da arbitragem tributária no Brasil. A arbitragem tributária, assim, poderá ser adotada antes, durante ou depois de constituído o crédito tributário. Contudo, temos sinceras ressalvas com a adoção (nesse momento) da arbitragem tributária na fase administrativa, nos moldes apresentados pelo Projeto de Lei n. 4.468 de 2020 (Senadora Daniella Ribeiro). Não obstante, a proposta desenhada pelo IBATT parece ser mais plausível e menos hermética do que a proposta em andamento no Senado Federal.

No seu art. 3^a³⁴³, o Projeto Modelo do IBATT estabelece que a opção pela arbitragem pelo sujeito passivo vincula a administração pública; contudo, a opção pela arbitragem tributária pela Administração Pública não é vinculante em relação ao sujeito passivo.

Nesse ponto, temos algumas ressalvas. A intenção de não vincular o contribuinte ao processo arbitral, quando a opção for da Administração Tributária,

³⁴² “Art. 2º Qualquer questão tributária ou aduaneira, relativa a crédito do Fisco ou do sujeito passivo, poderá ser decidida por arbitragem tributária, antes, durante ou após sua constituição definitiva ou inscrição em dívida ativa.

§1º. Entendem-se por questões tributárias e aduaneiras, para os fins desta lei, entre outras, as relativas a:

- a) interpretação da legislação;
- b) direito a imunidade;
- c) isenção ou benefícios fiscais;
- d) legalidade ou constitucionalidade da cobrança;
- e) determinação do montante devido;
- f) direito à repetição do indébito;
- g) compensação do pagamento indevido ou a maior;
- h) classificação fiscal de mercadorias;
- i) pena de perdimento; e
- j) quantificação de créditos do sujeito passivo objeto de decisão transitada em julgado.

§2º. Ato administrativo estabelecerá as matérias tributárias e aduaneiras, de fato e de direito, passíveis de serem submetidas à arbitragem”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

³⁴³ Art. 3º A opção pela arbitragem feita pelo sujeito passivo vincula a Administração Tributária, nas hipóteses autorizadas em ato administrativo, e afasta a discussão judicial da questão.

§1º. A opção pela arbitragem, quando feita pela Administração Tributária, não é vinculante em relação ao sujeito passivo.

§2º. Ajuizada ação judicial pela Administração Tributária, o sujeito passivo que optar pela arbitragem deverá informar essa opção na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a publicação de ato administrativo que autorizar a submissão da matéria à arbitragem, e desde que antes da prolação de sentença de mérito, exceto nas hipóteses do artigo 22.

§3º. Ajuizada ação judicial pelo sujeito passivo, fica afastada a possibilidade de opção pela arbitragem, exceto nas hipóteses do artigo 22.

§4º. Será admitida a autocomposição, nos termos da lei”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

procura tutelar a autonomia da vontade da parte mais vulnerável na relação jurídica fiscal. Contudo, quanto o contribuinte faz a opção pela arbitragem, a Administração está vinculada ao processo arbitral e isso pode ferir a autonomia da vontade do ente público, que não poderá calcular os custos-benefícios do mecanismo extrajudicial de solução de conflitos para um determinado caso em concreto.

Afinal, esse ponto merecerá profícuos debates públicos, quando for apresentado ao Congresso Nacional.

No art. 6^a³⁴⁴, constam regras importantes sobre o requerimento de arbitragem tributária apresentada pelo contribuinte à Administração Tributária. Regras sobre o compromisso arbitral, como prazo para assinatura e a intervenção judicial, se

³⁴⁴ “Art. 6º O sujeito passivo apresentará requerimento formal à Administração Tributária para a instauração de arbitragem tributária, cabendo aos entes federativos regulamentar os meios físicos ou eletrônicos para sua submissão.

§1º. Apresentado o requerimento, o compromisso arbitral deverá ser assinado, no prazo de até 90 (noventa) dias, por autoridade administrativa a ser designada conforme regulamento previsto no parágrafo 2º do artigo 2º e pelo sujeito passivo ou por seu procurador.

§2º. Durante o prazo previsto no §1º, a autoridade administrativa designada pode anular ou reformar o ato que deu ensejo à controvérsia submetida à arbitragem, editando, quando necessário, atos substitutivo.

§3º. O sujeito passivo será notificado da decisão, devendo ratificar seu requerimento ou, se for o caso, acatar a modificação do ato que deu ensejo à controvérsia submetida à arbitragem, retificando ou desistindo expressamente do requerimento no prazo regulamentar.

§ 4º. Transcorrido o prazo previsto no parágrafo anterior sem manifestação do sujeito passivo, será dada continuidade ao procedimento, tendo como objeto o ato modificado, salvo quando houver anulação total do ato, caso em que não será constituído o Tribunal Arbitral.

§5º. Não sendo observado o prazo indicado no parágrafo 1º, o sujeito passivo estará autorizado a requerer ao Poder Judiciário a elaboração do compromisso arbitral, nos termos do caput do artigo 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e alterações posteriores (Lei de Arbitragem), observado o disposto nos parágrafos a seguir.

§6º. O sujeito passivo instruirá o pedido com o requerimento protocolado e seus anexos.

§7º. Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, solução consensual acerca do litígio, nos limites autorizados por lei e pelo ato administrativo previsto pelo parágrafo 2º do artigo 2º. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§8º. Caberá ao juiz, ouvidas as partes, designar a instituição arbitral credenciada pela Administração Tributária, que deverá administrar a arbitragem com observância das regras do seu regulamento.

§9º. A ausência do sujeito passivo sem justo motivo à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral importará a extinção do processo sem julgamento de mérito do pedido apresentado no requerimento de arbitragem.

§10. Não se obtendo consenso das partes sobre a assinatura do compromisso, ou não comparecendo a Administração Tributária à audiência, decidirá o juiz, ouvido o sujeito passivo, sobre seu conteúdo na própria audiência ou no prazo de 10 (dez) dias, observado o disposto no ato administrativo autorizativo da arbitragem aplicável à hipótese e no artigo 8º desta Lei.

§11. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

§12. Sendo o requerimento apresentado pelo sujeito passivo após o ajuizamento de ação executiva, a Administração Tributária será intimada sobre a opção pela instauração do procedimento arbitral e para a celebração do compromisso arbitral no prazo do parágrafo 1º, observado o disposto no parágrafo 2º e seguintes.” INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

necessário. Também consta a possibilidade da Autoridade Tributária reformar ou anular o ato administrativo que deu ensejo à controvérsia entre as partes, o que abre caminho para uma administração pública democrática e transparente.

No art. 7^a³⁴⁵, constam os requisitos essenciais do requerimento de arbitragem tributária. Já no art. 9^a³⁴⁶, constam os requisitos obrigatórios do compromisso arbitral. No art. 11³⁴⁷, constam regras importantes sobre as despesas gerais e específicas relacionadas ao processo arbitral tributário.

³⁴⁵ “Art. 7º São requisitos essenciais do requerimento da arbitragem tributária:

I – a identificação e qualificação do sujeito passivo e da Administração Tributária competente para figurar na arbitragem;

II – a indicação do ato administrativo que autoriza a arbitragem em relação à matéria, a descrição do objeto da controvérsia e os fatos e fundamentos jurídicos do pedido;

III - as provas que pretende produzir;

IV – o valor da controvérsia, se identificável;

V – a indicação das garantias oferecidas e respectivos valores, na hipótese de crédito inscrito em dívida ativa, nos termos do artigo 4º desta Lei; e

VI – a indicação da instituição arbitral, credenciada pela Administração Tributária, que administrará o procedimento arbitral”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em:

https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

³⁴⁶ “Art. 9º. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - a qualificação das partes;

II - a instituição arbitral, credenciada pela Administração Tributária, que administrará o procedimento arbitral;

III – o ato administrativo que autoriza a arbitragem em relação à matéria;

IV – o valor da controvérsia, se identificável;

V - a descrição do objeto da controvérsia;

VI – as garantias oferecidas pelo sujeito passivo, se for o caso;

VII - a opção pela realização dos atos procedimentais de forma presencial ou eletrônica;

VIII - a forma de contagem de prazos;

IX - a fixação dos honorários dos árbitros, de acordo com as regras da instituição arbitral escolhida; e

X - o prazo para apresentação da sentença arbitral, que não deverá ultrapassar 24 (vinte e quatro) meses a contar da data de constituição do tribunal arbitral, nos termos do parágrafo 5º do artigo 14 desta Lei”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

³⁴⁷ “Art. 11. As despesas relativas às câmaras de arbitragem e aos honorários dos árbitros serão antecipadas pelo sujeito passivo quando da instauração do procedimento arbitral, sob pena de extinção do procedimento.

§1º. As despesas determinadas pelo Tribunal Arbitral no curso do procedimento serão antecipadas pelo sujeito passivo no prazo definido pela instituição arbitral.

§2º. As despesas referidas no caput e no parágrafo 1º serão assumidas, ao final do procedimento, na forma estabelecida pela sentença arbitral, proporcionalmente à parcela dos pedidos em que as partes restarem vencidas.

§3º. Cada parte antecipará e arcará com os honorários de seus próprios advogados e procuradores e eventuais assistentes técnicos ou outros profissionais que contratar para auxiliar em sua defesa perante o juízo arbitral, independentemente do resultado”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

Nesse último dispositivo, merece atenção o fato de que o contribuinte que optar pela arbitragem terá que suportar antecipadamente o pagamento de todas as despesas (com a Câmara de Arbitragem, honorários arbitrais, perícias, etc). E, ao final do processo arbitral, as despesas serão suportadas ou restituídas na forma definida pela sentença arbitral.

É uma equação lógica o fato de que quem procura a arbitragem, assuma antecipadamente as despesas arbitrais. Entretanto, numa visão hermenêutica, esse fato poderá filtrar apenas grandes demandas tributárias, para o processo arbitral. Mas é importante considerar que a arbitragem é um mecanismo de solução de conflitos, que tem a tecnicidade e a celeridade como vantagem competitiva. Particularmente, entendemos que as pequenas demandas tributárias devam ser resolvidas de modo menos oneroso, na via administrativa e, de preferência, por meios consensuais (mediação e transação).

De qualquer forma, caso a (futura) arbitragem tributária atenda, na prática, uma parcela maior de grandes demandas tributárias, fato é que é uma forma de acesso à ordem jurídica justa (na perspectiva fiscal). Além do mais, racionaliza o trabalho do Poder Judiciário, que poderá se dedicar com mais afinco para causas que realmente demandam intervenção da jurisdição estatal (direitos coletivos, direitos indisponíveis).

Assim, não visualizamos contrariedade ao princípio da isonomia nesse projeto de dispositivo legal.

No art. 12³⁴⁸, constam requisitos para eleição da instituição arbitral, que processará a arbitragem tributária. O único destaque é o fato de que a instituição funcione a mais de 03 (três) anos e, sinceramente, entendemos que esse prazo deveria ser maior, para conferir experiência e *expertise* para o julgamento de litígios administrativos, especialmente.

³⁴⁸ “Art. 12. São requisitos da instituição que processará a arbitragem tributária:

I - estar situada no Brasil;

II - estar regularmente constituída há pelo menos três anos;

III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral;

IV - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais; e

V - estar credenciada para processar as controvérsias reguladas nesta Lei, nos termos do ato administrativo editado pelo ente federativo

competente”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

No art. 13³⁴⁹, constam os requisitos para o exercício da função de árbitro. E, no art. 14³⁵⁰, a forma de composição do tribunal arbitral.

Nos demais dispositivos do Projeto de Lei - Modelo - do IBATT (arts. 15 ao 20), constam regras importadas da Lei n. 9.307 de 1996, que podem ser perfeitamente aplicadas à arbitragem tributária, como impugnação do árbitro, observância dos princípios processuais constitucionais, requisitos da sentença arbitral e de sua nulidade). Merece registro o art. 18, que estabelece que a sentença arbitral será irrecorrível: *“Art. 18. Os árbitros que compõem o tribunal arbitral ou o árbitro único são juízes de fato e de direito e da sentença arbitral proferida não cabe homologação ou recurso ao Poder Judiciário”*.

³⁴⁹ Art. 13. São requisitos para o exercício da função de árbitro:

I - estar no gozo de plena capacidade civil e ter a confiança das partes;

II - ter no mínimo uma graduação em nível superior, e

III - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio.

§1º. Os árbitros poderão ser indicados livremente pelo sujeito passivo, desde que observados os requisitos do caput e seus incisos, independentemente de credenciamento junto ao ente federativo.

§2º. Os árbitros poderão ser livremente indicados pela administração tributária, exceto se o ato administrativo referido pelo parágrafo 2º do artigo 1º exigir o credenciamento prévio, observadas as disposições desta Lei.

§3º. O terceiro árbitro poderá ser livremente indicado, independentemente de credenciamento prévio, observado o disposto no parágrafo 3º do artigo 14 e deverá ser formado em Direito há pelo menos 5 (cinco) anos.

§4º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em:

https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

³⁵⁰ “Art. 14. O tribunal arbitral será necessariamente formado por três árbitros, da forma que segue:

I – um árbitro indicado pela Administração Tributária

II - um árbitro indicado pelo sujeito passivo; e

III – um árbitro indicado na forma dos §3º e 4º.

§1º. Aplica-se aos árbitros o disposto no artigo 14 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

§2º. A pessoa indicada para funcionar como árbitro tem o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que seja de seu conhecimento, que possa ocasionar dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade.

§3º. Os árbitros indicados pela Administração Tributária e pelo sujeito passivo elegerão, em comum acordo, o terceiro árbitro, que presidirá o tribunal arbitral.

§4º. Caso não haja acordo entre os árbitros indicados pelas partes para a escolha do terceiro árbitro, a instituição arbitral o indicará, atendendo aos requisitos previstos no artigo anterior.

§5º. Considera-se constituído o tribunal arbitral a partir da notificação às partes, pela instituição arbitral, da confirmação da aceitação do terceiro árbitro.

§6º. Arbitragem expedita, com julgamento por árbitro único que deverá atender os requisitos do §3º do artigo anterior, poderá ser autorizada por ato administrativo a ser editado pelos entes federativos, observados os requisitos previstos nesta Lei, especificando a matéria e o valor a que essa modalidade se aplique”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em:

https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

Os últimos artigos do Projeto Modelo do IBATT (arts. 21, 22 e 23), tratam da responsabilização dos agentes públicos que participam do processo arbitral, da possibilidade do contribuinte optar pelo processo arbitral, mesmo que existam processos tributários em andamento e, por fim, a opção de norma subsidiária o disposto na Lei n. 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem).

Em tempo, é importante que se dê destaque à redação do art. 21³⁵¹ do Projeto Modelo, uma vez que confere segurança jurídica para o exercício profissional dos agentes públicos e de todos aqueles que participam do processo arbitral. A possibilidade de responsabilização (indevida e gratuita) desses agentes, é um dos motivos apresentados para não promoverem na prática os métodos adequados de solução de conflitos na área tributária. Em razão disso, a redação do art. 21 é de extrema relevância, pois eles somente serão responsabilizados civil, criminalmente e administrativamente, no caso de dolo ou fraude para obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Diante das análises das propostas legislativas, não será possível precisar com segurança qual será o Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional. Pode ser que haja uma aglutinação dos dois primeiros Projetos do Senado e, ainda, que a proposta do IBATT seja encaminhada como emenda pelo Relator Antônio Anastasia. Não tem como prever o futuro.

De qualquer forma, em que pese existir amplo espaço normativo para a adoção da arbitragem na administração pública no Brasil, o ideal é que a implementação da arbitragem tributária seja autorizada por meio de uma lei amplamente discutida e aprovada pelo Congresso Nacional (em homenagem ao princípio da legalidade)³⁵². Isso conferirá segurança jurídica e legitimidade para esse mecanismo proto-heterocompositivo de solução de conflitos.

³⁵¹ “Art. 21. Os agentes públicos que participarem do procedimento arbitral previsto nesta Lei, como árbitro, representante da Administração Tributária ou auxiliar da Justiça Arbitral, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem”. INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

³⁵² Para o Professor Heleno Taveira Torres, a implementação da arbitragem no campo tributário no Brasil depende do atendimento a todos os ditames do princípio da legalidade e dos seguintes critérios: “[...] a) previsão por Lei, a definir a arbitragem como medida de extinção das obrigações tributárias e indicar seus pressupostos gerais, limites e condições; b) edição de lei ordinária pelas pessoas de direito público interno para regular, no âmbito formal, o procedimento de escolha dos árbitros, bem como a composição do tribunal arbitral, a tramitação de atos, e bem assim os efeitos

Além dos percalços políticos naturalmente existentes para aprovação da lei autorizativa de arbitragem tributária no Brasil, entendemos que, logo após, os entraves mais significativos serão com a sua eficácia e implementação prática, pois a Administração Tributária não incorporará automaticamente esse método de solução de conflitos nas disputas tributárias. Assim, no próximo e derradeiro tópico, analisa-se como o conceito de fusão de horizontes gadameriano pode ser instrumento e condição de possibilidade para a compreensão e aplicação da arbitragem tributária como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa no Brasil.

4.5 A arbitragem tributária como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa no Brasil: os contributos da fusão de horizontes gadameriana

No decorrer dos tópicos anteriores, apresentamos os pontos e contrapontos que autorizam a aprovação legislativa da arbitragem tributária no Brasil. Existe ambiente político para a aprovação da lei específica, mas ainda imperam alguns preconceitos doutrinários e, especialmente, por parte de alguns representantes da Administração Tributária³⁵³.

Diante do quadro caótico do contencioso tributário no Brasil – volumoso e ineficiente - relatado por inúmeras pesquisas e estatísticas, o Poder Legislativo está promovendo debates públicos para implementação de novas leis para acelerar a

da decisão e do laudo arbitral, além de outros (artigo 37, da CF); e c) que ofereça, em termos materiais, os contornos dos conflitos que poderiam ser levados ao conhecimento e decisão do tribunal arbitral (artigo 150, CF). A legalidade deve perpassar todo o procedimento, reduzindo o campo da discricionariedade e garantindo plena segurança jurídica na sua condução. Como visto, esta é uma questão que só depende de esforço político. Sobre seus limites materiais, no âmbito de relações tributárias, a arbitragem poderia ser adotada para hipóteses de litígios fundados em questões de fato, mesmo que envolvendo aplicação do direito material; simples dúvidas sobre a aplicação da legislação tributária restaria como âmbito próprio para ser resolvidas por consultas fiscais; do mesmo modo que assuntos vinculados a matérias típicas de sujeição a julgamento sobre o direito material, como controle de inconstitucionalidade ou de legalidade, aplicação de sanções pecuniárias, dentre outras, continuariam sujeitas a controle exclusivo dos órgãos do processo administrativo ou judicial”. TORRES, Heleno Taveira. Novas medidas de recuperação de dívidas tributárias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-17/consultor-tributario-novas-medidas-recuperacao-dividas-tributarias>. Acesso em: 11 ago. 2021.

³⁵³ Por ocasião do II Congresso Internacional de Arbitragem Tributária, realizada pelo Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias (IBATT), na data do dia 04 de outubro de 2021, o Senador Fernando Bezerra Coelho (MDB PE) foi responsável pela palestra magna no evento e disse com palavras claras e audíveis: “Existe sim ambiente político para aprovação da arbitragem tributária no Brasil. Contudo, não sabemos precisar para qual data, pois a classe política ouviu resistências por parte de representantes da Receita Federal”. CONGRESSO INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA, 2., São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

recuperação do crédito fiscal (projeto de lei sobre a execução fiscal extrajudicial, por exemplo. Para nós, de matriz pouco democrática para a realidade brasileira, em que as pessoas em geral não têm educação fiscal e, sequer, possuem assessoria jurídica na área tributária).

Contudo, a adoção dos mecanismos adequados de solução de conflitos na área tributária atende duas finalidades essenciais para um Estado democrático: a) aperfeiçoar a recuperação do crédito público e b) ressignificar a relação da Administração com o contribuinte, por meio do diálogo, da transparência e da justiça fiscal.

O acesso à ordem jurídica justa no campo tributário, assim, pode ser promovido por meio da transação, da mediação e, especialmente, por meio da arbitragem. A arbitragem tributária, por exemplo, pode conferir tecnicidade e celeridade nas demandas fiscais mais complexas. Não obstante, entendemos que o problema para implementação desses meios adequados de solução de conflitos no Brasil é menos de impedimentos legais e mais de compreensão hermenêutica, de entendimento compartilhado do (novo) instituto jurídico.

Aprovar a lei de arbitragem tributária no Brasil será um grande passo rumo aos meios adequados de solução de conflitos, mas não será suficiente. Diversas leis no país foram aprovadas, mas não foram efetivamente aplicadas³⁵⁴.

³⁵⁴ “Em maio de 2022, a Lei 12.651/2012, conhecida como Código Florestal, completa dez anos. Embora seja uma legislação moderna e das mais rigorosas do mundo, ela ainda enfrenta desafios em sua implementação. Entre os principais pontos está a necessidade urgente de análise dos dados declarados no Cadastro Ambiental Rural (CAR) para identificar, inclusive, sobreposições com terras públicas, unidades de conservação e terras indígenas.

De acordo com o gerente-executivo de Meio Ambiente e Sustentabilidade da CNI, Davi Bomtempo, é fundamental que o Brasil reúna todos os esforços para a implementação do Código Florestal, que é um importante instrumento para a conservação florestal e o combate ao desmatamento ilegal.

“Colocar o Código Florestal em pé é urgente e estratégico para que o país consiga cumprir os compromissos assumidos no Acordo de Paris”, declara. “A regularidade ambiental das propriedades rurais contribui ainda na melhoria da imagem do Brasil perante seus principais parceiros comerciais”, afirma.

De acordo com o Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural (Sicar), há quase 5,5 milhões de hectares de áreas rurais sobrepostas a áreas de conservação, o que representa 2% desses territórios. Já em terras indígenas a sobreposição de áreas rurais chega a 12,3 milhões de hectares, ou seja, 10,4% das áreas disponíveis. “Essa situação gera muita insegurança jurídica para os negócios e coloca em risco a conservação ambiental”, destaca Bomtempo.

Relatório Anual de Desmatamento no Brasil 2020, do MapBiomas do Observatório do Clima, mostra que, em 2019 e 2020, menos de 1,5% dos alertas de desmatamento incidiram sobre os imóveis inscritos no CAR, o que reforça que a implementação dessa ferramenta contribuirá para reduzir o desmatamento.

Com a adesão ao CAR, os produtores têm acesso mais fácil a crédito, conseguem acessar o seguro agrícola e, quando têm área preservada maior do que exigida na lei, conseguem comercializar seus créditos por meio da cota de reserva ambiental (CRA) com produtores de

Diante disso, se sobressaem algumas indagações relevantes:

- a) a (futura) aprovação da lei de arbitragem tributária trará mais celeridade para a recuperação do crédito público?
- b) a (futura) aprovação da lei de arbitragem tributária modificará a cultura de solução de conflitos tributários no Brasil?
- c) a (futura) aprovação da lei de arbitragem tributária mudará o comportamento inflexível e pouco dialógico de parte da administração pública tributária no Brasil?

Para responder a essas questões, faremos uma rápida reflexão sobre os novos e velhos horizontes culturais e as contribuições da hermenêutica filosófica de Gadamer, através do recorte na fusão de horizontes, para a implementação dos novos paradigmas jurídicos tributários no Brasil.

4.5.1 Atuais e novos horizontes culturais de solução de conflitos tributários

Ao ler a obra do professor Oscar G. Chase³⁵⁵, nos deparamos com sistemas complexos de resolução de conflitos adotados por vários povos, em variadas épocas. Não existe um único sistema de resolução de conflitos, um único conceito de justiça. Ou seja, são horizontes históricos distintos.

Para o professor Chase, os mecanismos de resolução de conflitos refletem a cultura em cujo âmbito se desenvolvem; mas o caminho inverso também é verdadeiro, pois estas formas resolutivas exercem influência sobre a cultura que operam. É uma via de mão dupla³⁵⁶.

áreas em déficit de áreas preservadas. [...]”. RODRIGUES, Maria José. Com quase dez anos, Código florestal ainda enfrenta desafios em sua implementação. **Agência de Notícias da Indústria**, São Paulo, 28 set. 2021. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/sustentabilidade/com-quase-dez-anos-codigo-florestal-ainda-enfrenta-desafios-em-sua-implementacao/>. Acesso em: 28 set. 2021.

³⁵⁵ CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução de Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Ponts, 2014.

³⁵⁶ “O processo moderno de solução de litígios é tanto um produto da cultura e da sociedade em que é encontrado quanto uma influência sobre eles, como o julgamento *benge* é para os Azande. Cada um serve para funções sociais similares. Cada um oferece uma fonte de conhecimento culturalmente válida e vinculante, assegurando aos litigantes e aos espectadores a neutralidade e a consistência do resultado. O chefe Zande deve decidir de acordo com o *benge*; o juiz moderno deve decidir de acordo com a lei e com a prova. Esses processos distintos são similares social e culturalmente na medida em que incorporam arranjos hierárquicos prevaletentes, incluindo

A cultura atual de resolução de conflitos tributários no Brasil é voltada quase que exclusivamente para o Poder Judiciário. Um horizonte hermenêutico limitado que sobrecarregou o sistema estatal e que vai de encontro ao interesse público na arrecadação eficiente e justa do crédito tributário. Resultado: altas taxas de congestionamento processual e um estoque de crédito público descomunal.

A Fazenda Pública é enganada pelo mito do título executivo: se pode executar judicialmente, para que dialogar com o contribuinte ou procurar outros meios adequados de solução de conflitos?! Além de resultados inexpressivos, a execução fiscal promovida desenfreadamente, sem gestão jurídica adequada, é fruto de tradições culturais e jurídicas autoritárias do Estado brasileiro.

Indaga-se mais uma vez: cadê a satisfação do interesse público na promoção excessiva de ações judiciais tributárias? Cadê a fusão de horizontes na prática da Administração Pública com os interesses constitucionais fundamentais?

Essa prática cultural e de lógica jurídica perversa é retroalimentada pela falta de compreensão adequada dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, notadamente a arbitragem nos litígios que envolvem a administração pública (tributária). Há uma falsa impressão de que a arbitragem no campo tributário viola o princípio da indisponibilidade do crédito tributário e que, por isso, não atende ao princípio do interesse público na arrecadação dos tributos.³⁵⁷

Entretanto, é um verdadeiro engano, uma compreensão jurídica frágil e hermenêuticamente não participativa da palavra *arbitragem*. A arbitragem tributária não representa renúncia de crédito tributário. A arbitragem é uma técnica social de solução de conflitos, por meio extrajudicial, pautada na cooperação processual e na escolha participativa do julgador (privado). Ela promove o julgamento mais célere e técnico dos conflitos, inclusive na seara tributária (conforme relatos da experiência portuguesa). Esse é um novo horizonte cultural que se põe à prova, no Brasil.

aqueles de *status* e de gênero, e expressam através de ações profundamente arraigadas crenças sobre o universo em que os participantes habitam. Arranjos sociais, metafísica e ontologia – em suma, a forma de compreender o mundo – informam e são informados por todos os aspectos desses processos de solução de conflitos”. CHASE, Oscar. **Direito, cultura e ritual**: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Oscar G. Chase. Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 56.

³⁵⁷ Débora Giotti de Paula esclarece: “Nesse sentido, o próprio Código Tributário Nacional possibilita que o crédito tributário seja passível de anistia, remissão e parcelamento, desde que observada a lei autorizativa. Do mesmo modo, não há motivo para que seja vedado à Administração Tributária o uso dos meios alternativos de solução de conflitos no desempenho de suas atividades, bastando haver previsão legal para tanto”. PAULA, Débora Giotti de. **Desafios culturais na implantação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 138.

Reconheça-se que a arbitragem no campo tributário não é a solução para todos os problemas do contencioso fiscal no Brasil. Ela poderá ter limitações próprias, como custos relativamente altos com pagamentos de Câmaras privadas e honorários arbitrais.

A professora Débora Giotti de Paula, em sua lúcida dissertação de mestrado, fez uma ponderação importante sobre as vantagens e as desvantagens da adoção da arbitragem tributária no Brasil:³⁵⁸

Depois de analisadas todas as especificidades da arbitragem em matéria tributária, devem-se expor quais seriam as suas vantagens, bem como as suas possíveis desvantagens.

Em primeiro lugar, como as execuções fiscais representam o gargalo do Poder Judiciário, a arbitragem tributária traz, como principal vantagem, a redução dos processos tributários perante os órgãos judiciais, uma vez que parcela dessas demandas seria transferida às Câmaras de Arbitragem.

Essa vantagem, porém, dependerá de quais matérias tributárias o legislador permitirá que se submeta à arbitragem. Em Portugal, por exemplo, não é possível a arbitragem de processos que se encontram na fase de execução fiscal (Decreto-lei n. 10 de 2011), entendimento que, uma vez aplicado ao Brasil, fará com que a arbitragem perca sobremaneira a sua utilidade, já que número expressivo de processos tributários se encontra em fase de execução fiscal.

Contudo, ainda assim, provavelmente haveria uma diminuição parcial de processos na via judicial, já que muitos contribuintes ingressam no Poder Judiciário para discutir questões como incertezas sobre a (in) aplicabilidade de leis, regulamentos e portarias, além de dúvidas pontuais, tais como classificação fiscal e alíquota aplicável a determinado produto.

Ademais, a celeridade é outra vantagem da arbitragem tributária, não só pelo 'fato de o processo arbitral ser orientado por uma característica da simplicidade, como também pela circunstância dos árbitros não terem as pendências processuais típicos dos tribunais tributários' (DOMINGOS, 2016, p. 436).

Um outro fator que permite ser a arbitragem um método mais célere, notadamente no âmbito tributário, é que muitos processos envolvem questões técnicas complexas, as quais demandariam grande parcela de tempo dos magistrados, notadamente pela necessidade de se recorrer às perícias judiciais. No caso da arbitragem, tais questões já seriam decididas pelos próprios árbitros, uma vez serem eles especializados na matéria em questão.

Todavia, embora a celeridade seja uma grande vantagem no uso da arbitragem, não se deve reduzi-la a isso, sob pena de deturpar sua real função, qual seja, a de dar uma solução de melhor qualidade às partes, a partir de um julgador que detenha de experiência e capacidade técnica para solucionar a questão.

³⁵⁸ PAULA, Débora Giotti de. **Desafios culturais na implantação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 89-90.

Em que pesem a vantagens listadas acima, ainda se encontra, na doutrina, certa resistência ao uso da arbitragem tributária, notadamente fundamentada em duas possíveis desvantagens: os altos custos envolvidos e a insegurança jurídica gerada pela falta de regulamentação do instituto.

A pretensão da arbitragem tributária, num primeiro momento, é de colaborar na mitigação dos atuais problemas do contencioso fiscal no Brasil. Afasta-se de qualquer visão racionalista e perfeccionista (metodologia racionalista). Da mesma forma que a mediação de conflitos não é capaz de solucionar todos os problemas do contencioso, e muito menos o Poder Judiciário. Na verdade, o sistema de justiça constitucionalmente adequado é a adoção do modelo multiportas de solução de conflitos tributários; para cada caso uma porta própria, adequada.

Desse modo, ao possibilitar a retirada de demandas tributárias no âmbito do Poder Judicial, por menos numerosas que eventualmente sejam, a arbitragem tributária já estará cumprindo com o seu papel constitucional e tributário. Questões de alta complexidade fática e jurídica, por exemplo, podem encontrar nesse modelo proto-heterocompositivo de solução de conflitos o abrigo necessário.

De outro lado, ao decidir com mais celeridade e com tecnicidade os conflitos tributários, a arbitragem tributária colaborará no aperfeiçoamento da arrecadação de crédito público. Aliás, a arbitragem tributária pode atuar como um sistema pedagógico em relação aos contribuintes contumazes, pois as decisões arbitrais são prolatadas num prazo significativamente menor do que o prazo para prolação de decisões judiciais. Os contribuintes contumazes, por isso, não terão condições de implementar chicanas jurídicas e recursos temerários para órgãos superiores. (Quer interesse público mais evidente do que esse?).

Em tempo, a arbitragem tributária também atuará pedagogicamente em relação aos agentes da Administração Tributária (que em parte possuem uma resistência cultural ao instituto), pois decisões tributárias proferidas com tecnicidade e imparcialidade podem gerar orientações jurídicas legitimamente confiáveis.

Como visto, o problema para aprovação da lei e para implementação da arbitragem tributária no Brasil, é mais de ordem cultural (cultura jurídica), do que propriamente impedimentos legais ou constitucionais.³⁵⁹ Isso não torna o problema

³⁵⁹ No final da sua pesquisa, a professora Débora Giotti de Paula conclui: “Conclui-se que o maior obstáculo a ser superado na implantação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário é de natureza cultural, já que, além de a cultura jurídica brasileira enraizada na ideia de manutenção do poder jurisdicional e na mentalidade da cultura adversarial, há resistências

mais simples e superável. Pelo contrário. A aprovação de uma lei, por si só, não é suficiente. É necessário que se promova uma reestruturação nas políticas do Estado brasileiro (Fisco), no sentido de racionalizar a procura pelo Poder Judiciário no campo fiscal e buscar outros métodos de solução de conflitos, como modelos proto-heterocompositivos de solução de conflitos (arbitragem).

O Poder Judiciário, também, precisa ser parceiro nessa empreitada, ao valorizar institucionalmente a arbitragem. O professor Oscar Chase elucida com precisão, em sua magna pesquisa, que o Judiciário nos Estados Unidos da América contribuiu significativamente para a consolidação da arbitragem naquele sistema de conflitos. Inclusive, com a possibilidade de exigir dos contendores judiciais, passagem obrigatória e antecedente pelos meios alternativos (via preliminar compulsória).³⁶⁰

Uma realidade, claro, diferente da brasileira, em que a passagem preliminar pela via consensual, por exemplo, é facultativa. (art. 334, §4^a, I, CPC).³⁶¹ Mais facultativa, ainda, a procura pela arbitragem - que soluciona disputas de direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, o movimento pela adoção da arbitragem tributária no Brasil precisa seguir uma estratégia pré-definida pelo Estado e pelos atores sociais, com programas institucionais de incentivo aos métodos adequados de solução de conflitos, alterações legislativas e, sobretudo, movimentos de educação fiscal. Essas estratégias foram adotadas em Portugal – para implementação da arbitragem tributária³⁶² e, também, nos EUA – para implementação dos variados métodos adequados de solução de conflitos.³⁶³ Esses seriam os novos horizontes culturais

culturais consubstanciadas em dogmas antigos, como o da indisponibilidade do interesse público e, no caso específico do Direito Tributário, o da indisponibilidade do crédito tributário”. PAULA, Débora Giotti de. **Desafios culturais na implantação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 142.

³⁶⁰ CHASE, Oscar. **Direito, cultura e ritual**: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Oscar G. Chase. Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 139.

³⁶¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁶² AZEVEDO, P. A. O princípio (geral) da boa administração e os princípios aplicáveis no âmbito do procedimento tributário. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, Mamede de Infesta, PT, p. 233–254, 2014. Disponível em: <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/1008>. Acesso em: 10 maio 2021.

³⁶³ O professor Oscar Chase novamente esclarece: “Nas últimas décadas do século passado, leis estaduais e federais aceleraram a expansão dos meios alternativos, estimulando, fomentando ou (por vezes), exigindo o seu uso tanto nos Tribunais quanto nas agências. Entre 1.980 e .1998, o Congresso Federal promulgou nada menos que cinco diplomas normativos favoráveis à ADR. O

para a arbitragem tributária no Brasil e é um movimento que faz parte da nova feição democrática que o Estado brasileiro precisa adotar – na prática (participativa e dialógica).

Repisa-se, por fim, que esses inúmeros obstáculos culturais e institucionais revelam compreensões equivocadas e horizontes históricos limitados em relação à adoção da arbitragem tributária no Brasil. Não houve, ainda, uma compreensão adequada do instituto pelos operadores do direito (e legisladores) e, por isso, entendemos que o conceito de fusão de horizontes gadameriano é um suporte adequado para a superação dos inúmeros desafios culturais e jurídicos atualmente existentes, como veremos no próximo e último tópico dessa pesquisa científica.

4.5.2 Fusão de horizontes e ressignificação da relação jurídica entre Administração Tributária e contribuinte: aprovação e implementação de um modelo horizontal de arbitragem tributária no Brasil

A aprovação de uma lei autorizando a implementação da arbitragem tributária no Brasil será um grande avanço na busca pela solução célere de conflitos e pelo

Dispute Resolution Act de 1.980 foi um exemplo inicial, estimulando Estados, governos locais e organizações sem fins lucrativos a desenvolverem mecanismos de resolução de litígios efetivos, justos, pouco custosos e céleres, e oferecendo auxílio financeiro para aqueles que assim procedessem. Já em 1988, ao adotar o *Judicial Improvements and Access to Justice Act*, o Congresso autorizou que dez Varas Federais (*federal district courts*) instituíssem programas de direcionamento compulsório (mas não vinculantes) de litígios menores para o juízo arbitral. Dois anos após, o *Civil Justice Reform Act* de 1990 determinou que todos os Tribunais Estaduais (*district courts*) desenvolvessem e aplicassem medidas para que no período de quatro anos fosse obtida a redução de custos e de atrasos no âmbito jurisdicional – permitindo explicitamente o uso de formas alternativas de resolução de litígios como uma das alternativas voltadas à consecução deste resultado.

O *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990, por seu turno, determinou o uso da ADR para a resolução de conflitos no âmbito das agências administrativas. Em seu teor, o Congresso autoriza a utilização dos meios alternativos em sua série de situações com vistas a aprimorar a atuação governamental e servir o público de modo mais adequado. O *Department of Justice* enunciou posteriormente seu desejo de viabilizar todo o incentivo direcionado a um melhor uso dos meios alternativos pelas agências executivas setoriais, por entender que tal medida iria ao encontro do interesse público ao permitir decisões mais rápidas e menos dispendiosas e conflituosas – inspiradas no setor privado.

Mais recentemente, o Congresso promulgou o *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998, estipulando que as Varas Federais (*federal district courts*) deveriam estabelecer programas relacionados à utilização das formas alternativas de resolução, mas deixando sob sua atribuição a escolha dos mecanismos de ADR a serem utilizados. Ao apresentar o novo diploma, o Congresso ressaltou que os meios alternativos possuem potencial para viabilizar uma série de benefícios, incluindo a maior satisfação das partes, o uso de métodos inovadores e a obtenção de uma maior eficiência na concretização de acordos (e)...poderia ter o potencial para reduzir a vasta quantidade de casos pendentes em uma série de Tribunais Federais ao redor dos Estados Unidos". CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução de Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Ponts, 2014. p. 148-149.

acesso efetivo à ordem jurídica justa na área fiscal. Ela será mais um instrumento disponível na estruturação de uma burocracia tributária democrática, participativa e dialógica. Também poderá contribuir para o aperfeiçoamento da cidadania fiscal no país.

Entretanto, apenas previsão normativa é insuficiente. Para adoção concreta da arbitragem tributária, os operadores do direito precisarão conferir sentido ao instituto, compreendo-o, interpretando- e aplicando-o, ao mesmo tempo. A arbitragem tributária no Brasil, inspirada na hermenêutica gadameriana, é um ente a ser desvelado pela linguagem.³⁶⁴

As atuais resistências dogmáticas em relação ao instituto obnubilam o seu verdadeiro significado e são frutos produzidos pelo pensamento dogmático tecnicificante que prevalece no senso comum teórico de alguns juristas no Brasil. Afastam o instituto do mundo concreto, da vida vivida, das necessidades sociais, econômicas e políticas dos novos tempos. A Administração Tributária, por exemplo, ainda desconfia da juridicidade e das vantagens da arbitragem tributária, sob o fundamento de que ela viola princípios tributários fundamentais (interesse público e indisponibilidade do crédito tributário). São preconceitos sedimentados na mentalidade jurídica de um povo, frutos de uma compreensão não genuína do instituto legal e de simplificação do mundo jurídico.³⁶⁵

³⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1.

³⁶⁵ O professor Lenio Streck discorre sobre o conceito de senso comum teórico dos juristas, termo que foi criado pelo eminente professor argentino Luís Alberto Warat, para desvelar as máscaras do dogmatismo jurídico refratário que reproduz 'verdades' que não passam de construções retórico-ideológicas. O hermeneuta gaúcho cita o exemplo da resistência da comunidade jurídica em abandonar a noção de 'livre convencimento', acepção alterada pelo CPC de 2015. Podemos, por exemplo, adotar também como exemplo de senso comum teórico, a resistência da dogmática jurídica em assimilar novos contornos jurídicos advindos do interesse público democrático e da (in) disponibilidade do crédito tributário. Veja-se excerto: "O senso comum teórico também pode ser representado pela expressão *habitus*, que significa o conjunto de crenças e práticas que compõem os pre-juízos do jurista, que tornam a sua atividade refém da quotidianidade (algo que podemos denominar de concretude ôntica), d'onde falará do e sobre o Direito. É o desde-já-sempre e como-sempre-o-Direito-tem-sido, que proporciona a rotinização do agir dos operadores jurídicos, propiciando a eles, em linguagem heideggeriana, uma 'tranquilidade tentadora'. Veja-se, como exemplo, a resistência da comunidade jurídica em abandonar a noção de 'livre convencimento', arraigada no imaginário dos juristas e que, mesmo com a alteração do Código de Processo Civil de 2015, continuam a agir como se não tivesse ocorrido uma alteração legislativa. O *habitus* é uma espécie de 'casa tomada', onde o problema de estar-refém-do-*habitus* não se apresenta sequer como (*als*) um problema-de-estar-refém-do-*habitus*. É o lugar onde a suspensão dos pré-juízos não ocorre, impossibilitando-se a sua confrontação com o horizonte crítico. Em síntese, o *habitus* vem a ser o *locus* da decaída para o discurso inautêntico repetitivo, psicologizado e desontologizado. Tais questões aparecem de forma difusa, a partir de uma amálgama dos mais distintos métodos e 'teorias', na sua maioria calcadas em inconfessáveis procedimentos abstrato-classificatórios e lógico-subsuntivos, onde o papel da doutrina, no mais das vezes, resume-se a

Por outro lado, os conceitos reproduzidos por várias gerações, num processo de interações intelectivas com os fenômenos da vida, formam a tradição, estabelecem um horizonte histórico que não pode ser descartado no processo de compreensão da norma jurídica. Para Rodolfo Viana Pereira, esse horizonte histórico *“demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua situação hermenêutica, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos”*.³⁶⁶

Assim sendo, as perguntas que fundamentam o problema dessa pesquisa científica são as seguintes:

- a) para aprovação e especialmente implementação da arbitragem tributária no Brasil é necessário descartar o conhecimento jurídico sedimentado no país, no que se refere ao entendimento dos princípios que estruturam o processo administrativo tributário?
- b) qual (is) aporte (s) teórico (s) pode (m) ser utilizado (s) pelos operadores do Direito para a compreensão genuína do instituto da arbitragem tributária e, conseqüentemente, de sua implementação eficaz no Brasil como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa na seara fiscal?

Seguem as nossas teses:

1 - Não, não é necessário descartar os conhecimentos e as pré-compreensões consolidadas no regime jurídico administrativo tributário, para a estruturação de entendimentos jurídicos constitucionalmente adequados e conectados com as novas demandas sociais. É possível que esses horizontes históricos do direito administrativo tributário (passado), por exemplo, se fundam com os horizontes dos intérpretes, especialmente os atuais representantes da

um constructo de cunho conceptualizante, caudatário das decisões tribunalícias; por sua vez, a jurisprudência, nesse contexto reproduz-se a partir de ementários que escondem a singularidade dos casos. Trata-se de um conjunto de procedimentos metodológicos que buscam “garantias de objetividade” no processo interpretativo, sendo a linguagem relegada a uma mera instrumentalidade. O resultado disso é que esse tipo de ‘procedimentalismo metodológico’ acaba por encobrir ‘linguisticamente, de modo permanente, os componentes materiais do domínio da norma’. O senso comum proporciona a ‘simplificação’ do mundo jurídico, através do qual o jurista se ‘socializa’ e interpreta o Direito”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 271.

³⁶⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 27.

Administração Tributária (presente). E o resultado dessa fusão será a compreensão adequada da arbitragem tributária, com o decote de pré-conceitos mal fundados.

A fusão de horizontes possibilita a construção de consensos em torno da arbitragem tributária, em prol do interesse público democrático (eficiência na arrecação e cobrança justa do crédito tributário). A grande contribuição da fusão horizontal, repisa-se, é possibilitar consensos em torno de temas polêmicos, como a arbitragem tributária no Brasil, mas ao mesmo tempo importantes para as atuais demandas sociais.

2 - E o aporte teórico proposto nessa tese científica para a compreensão genuína da arbitragem tributária e para a sua conseqüente implementação no Brasil é a *fusão de horizontes*, de Gadamer. Para a hermenêutica filosófica de Gadamer, a compreensão se realiza através de um diálogo hermenêutico, por meio da fusão dos horizontes (texto e intérprete).³⁶⁷

Gadamer não separa o sujeito do objeto, como sempre propôs a metodologia científica racionalista da modernidade. Pelo contrário, por meio da fusão de horizontes gadameriana (dessa virada hermenêutica que inclui o intérprete no processo de compreensão), a compreensão genuína do instituto jurídico da arbitragem tributária vai surgir do inter-relacionamento do horizonte do intérprete com o horizonte do texto (é um entendimento do passado a partir do presente). Ou seja, da fusão da compreensão dos princípios jurídicos administrativistas tributários tradicionais com a atual realidade sócio - jurídica vivenciada pelo intérprete, no contexto de um Estado mais democrático e dialógico. Como ressalta o hermeneuta Lênio Streck: “a *fusão de horizontes* ocorre sempre que compreendemos algo do *passado*”.³⁶⁸

Essa fusão faz nascer um novo horizonte, que não é a visão exclusiva e unilateral do intérprete (por exemplo: a visão equivocada de arbitragem como renúncia do crédito fiscal). Ao acoplar passado e presente, teremos novas compreensões hermenêuticas do instituto jurídico denominado arbitragem tributária (por exemplo, como acesso à ordem jurídica justa no campo fiscal).³⁶⁹

³⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 278.

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 82.

³⁶⁹ Para Gadamer: “Importa que nos mantenhamos longe do erro de que o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valorações, e que face a isso a alteridade do

Tanto os legisladores quanto os operadores do Direito poderão aprovar e implementar esse instituto jurídico, sem receio de que ele afete o interesse público. Ou que ele sirva para renúncia do crédito fiscal. Pelo contrário, a fusão de horizontes permite que a concepção da arbitragem tributária no Brasil adquira um (novo) sentido, atualizado de acordo com as circunstâncias do momento, sem descartar princípios consagrados juridicamente³⁷⁰; não há descarte da tradição, mas sim atualização (os textos antigos sempre têm algo a dizer).

O professor Lênio Streck didaticamente esclarece esse processo produtivo fruto da fusão de horizontes:

O caráter da interpretação de Gadamer é sempre produtivo. É impossível reproduzir um sentido. O aporte produtivo do intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão. Como já se viu, é impossível o intérprete se colocar em lugar do outro. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos, acentua. Compreender uma tradição requer um horizonte histórico. Um texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (consciência histórico-efetual) do intérprete.³⁷¹

Explicita-se, em tempo, que a fusão de horizontes sofre condicionamentos e controles em razão da temporalidade intrínseca ao ser humano. Gadamer chamará esse processo de controle de história efetual, ou seja, a percepção que a história exerce sobre o ser humano na formação da sua compreensão de mundo, ao mesmo tempo em que ele é moldado por ela.

passado se destaca como um fundamento sólido. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos". GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 407.

³⁷⁰ O professor Fernando Armando Ribeiro possui uma visão esclarecedora sobre o processo produtivo da interpretação hermenêutica: "A verdade de um texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor nem apenas nos preconceitos do intérprete, mas na fusão dos horizontes de ambos. A tarefa de descoberta da verdade do objeto é no todo impotente, pois o homem, ao debruçar-se sobre um objeto não encontra apenas objeto, mas também ação humana refletida. Assim, a interpretação deixa de ser um processo reprodutivo, para figurar como processo produtivo, posto que o intérprete não realiza apenas uma atividade reprodutiva do texto, mas o atualiza de acordo com as circunstâncias do momento. Ao projetar seu horizonte histórico, o intérprete dá origem a um novo horizonte no presente. O presente ver a ser como uma evolução do limitado horizonte histórico para um novo horizonte superador, numa fusão de horizontes". RIBEIRO, Fernando Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, n. 17, p. 51, 2008.

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 82.

Gadamer esclarece com propriedade:

[...] cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico.³⁷²

Nesse desiderato, a compreensão *genuína* do instituto da arbitragem tributária deve ser atualizada e conformada historicamente, de acordo com o novo modelo de Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição Federal de 1.988. A partir da fusão horízontica (limitada pela história efetual) será possível atribuir sentido genuíno para a palavra *arbitragem* no contexto tributário.³⁷³

E o sentido atualizado da palavra arbitragem no contexto tributário está relacionado diretamente ao modelo de acesso à ordem jurídica justa no Brasil (tanto para o Estado quanto para os contribuintes). Podemos arrolar algumas características desse **modelo horízontico de arbitragem tributária**:

- a) um modelo que otimizará a recuperação do crédito tributário ou pelo menos tornará o processo contencioso mais eficiente;
- b) um modelo que desafogará, em parte, o sistema judicial, tendo em vista que a Administração Tributária é uma das principais litigantes habituais no país;
- c) um modelo que tornará a relação jurídica tributária mais transparente, uma vez que as decisões arbitrais serão pautadas por acentuada tecnicidade jurídica;
- d) um modelo que favorecerá a economia e conferirá mais segurança jurídica para o mercado (decisão arbitrais tributárias proferidas no prazo médio de

³⁷² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 360.

³⁷³ “Pelo choque diante de um momento futuro em que os pré-conceitos advindos da tradição não mais respondem, tem-se a possibilidade de distinção entre os verdadeiros pré-conceitos sobre os quais se compreende e aqueles falsos pré-conceitos que aludem a mal-entendidos (GADAMER, 1997:447).” RIBEIRO, Fernando Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, n. 17, p. 53, 2008.

- 06 meses, por exemplo, favorecem planejamentos corporativos e investimentos econômicos);
- e) um modelo que afetará o devedor contumaz, que promove habitualmente chicanas jurídicas no âmbito judicial;
 - f) um modelo que beneficiará o contribuinte com decisões céleres e imparciais;
 - g) um modelo que primará pelo cumprimento do interesse público democrático;
 - h) um modelo que ressignificará a relação entre Fisco e contribuinte no Brasil, inspirada na Administração Pública democrática inaugurada com a Constituição de 1.988.

A proposta da tese é justamente esta: atribuir sentido jurídico às palavras - arbitragem tributária - sob o pálio do conceito de fusão de horizontes de Hans-Gerg Gadamer. Afastam-se pré-conceitos mal concebidos sobre o instituto jurídico em prol do acesso à ordem jurídica justa no campo fiscal.

Repisa-se mais uma vez: arbitragem tributária não é sinônimo de renúncia de crédito fiscal e sim de acesso à ordem jurídica justa na área fiscal.

Por conseguinte, podemos arrolar outra vantagem da visão horizôntica no contexto da arbitragem tributária: o fato de que o diálogo hermenêutico não separa a compreensão, da interpretação e da aplicação (é um único processo hermenêutico). Para a hermenêutica filosófica, toda aplicação é uma autêntica compreensão. Assim, a implementação da arbitragem tributária no Brasil estará diretamente relacionada com sua compreensão na prática, no caso concreto e com a atribuição adequada de sentido jurídico ao instituto. Caso não haja compreensão, não haverá aplicação³⁷⁴.

³⁷⁴ Gadamer, tratando especificamente do problema hermenêutico da aplicação, destaca o seguinte: “A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica *filológica* com a *jurídica* apoiava-se no reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente um texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.” (grifo nosso). GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 408.

Ademais, a arbitragem tributária não é propriamente um instituto novo, já que é utilizada em experiências internacionais de sucesso e, por isso, ela envolve a superação de paradigmas históricos específicos da cultura jurídica brasileira. Os nossos pré-conceitos precisam ser cotejados com a realidade atual, com o mundo concreto e com as atuais necessidades da sociedade brasileira: um sistema de arrecadação tributária ineficaz e contraproducente, dependente excessivamente da intervenção judicial e sustentado em interpretações mal concebidas de princípios jurídicos (interesse público e indisponibilidade do crédito tributário). Esse é um paradigma que precisa ser superado em prol da concretização dos direitos constitucionais.

Para Ricardo Henrique Carvalho Salgado:

Ao problematizar as questões suscitadas por Gadamer, o jurista ou o pesquisador do Direito poderá desvelar novos rumos sobre o denso problema da interpretação, enfrentando de maneira mais realista e menos abstrata a tarefa da compreensão, e pode, assim, ser consciente do acréscimo produtivo que emerge também a partir dela, para o Direito e conseqüentemente para sua pesquisa ou jurisprudência. Tal atualização representa, sobretudo, o diferente do que está posto e já evidentemente superado. Portanto, aquilo que é tido como novo, é na verdade, apenas o desvencilhamento do que já se tornou insustentável diante da saturação de antigos paradigmas. Resta ao pesquisador de Direito e ao jurista admitir que as circunstâncias da vida em sociedade sofrem mudanças e, conseqüentemente, teremos que determinar novamente a função normativa da lei. (grifo nosso).³⁷⁵

Por outro lado, a interpretação horizôntica é expansiva, uma vez que, a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir. Assim, o caso concreto reflete uma nova situação no qual o intérprete (jurista) tem que renovar a efetividade da norma (recriação crítica dos textos normativos)³⁷⁶ Sempre ocorrerá uma nova fusão de horizontes resultado do choque entre os pré-conceitos do intérprete com o caso concreto. Desse choque nascerá um novo horizonte que poderá ser

³⁷⁵ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; MIRANDA, Daniel Carreiro. **A contribuição da hermenêutica filosófica para compreensão do direito e sua aplicação.** [S. l.], 2013. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ab8f86410b4f3bd#:~:text=A%20Hermen%C3%AAutica%20Filos%C3%B3fica%20gadameriana%20fecunda,hermen%C3%AAutica%2C%20e%20seu%20desenvolvimento%20hist%C3%B3rico>. Acesso em: 18 abr. 2021.

³⁷⁶ Para Gadamer: “[...] o jurista não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, o jurista está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1, p. 504.

constitucionalmente autêntico ou não. Esse processo de novos horizontes hermenêuticos é necessário para a evolução jurídica em sociedade.

Assim, “a pretensão reguladora da norma é apenas o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto”.³⁷⁷

Justamente em razão desse caráter seminal da regulação da norma jurídica, que a aprovação legislativa do instituto da arbitragem tributária é apenas o primeiro passo para sua implementação no Brasil. Repisa-se: a aprovação legislativa é o primeiro passo! Ao mesmo tempo, será preciso conferir sentido à norma jurídica, através de um diálogo hermenêutico fundado na fusão de horizontes. Separar os pré-conceitos infundados dos intérpretes da verdadeira natureza jurídica do instituto jurídico. Compreendê-lo, interpretá-lo e aplicá-lo, a um só tempo. Esse talvez seja o grande desafio da dogmática jurídica tributária no Brasil para os próximos anos.

Em tempo, e por honestidade científica, é bom esclarecer que existem críticas teóricas em relação ao pensamento gadameriano, e estudos sobre o caráter ambíguo do conceito de fusão de horizontes, especialmente na comparação de horizontes culturais distintos.³⁷⁸

Mais especificamente quanto às consequências da fusão horízontica na aplicação do Direito, existem receios teóricos de que as pré-compreensões do intérprete torne demasiadamente subjetivo o processo de entendimento. Em razão disso, cabe a seguinte indagação:

A aplicação da hermenêutica gadameriana – fusão horízontica - na arbitragem tributária, poderá desaguar em decisões arbitrais solipsistas³⁷⁹?

³⁷⁷ RIBEIRO, Fernando Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, n. 17, p. 63, 2008.

³⁷⁸ O pesquisador Leandro Catoggio, em artigo intitulado *El carácter ambiguo de la fusión de horizontes en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*, analisa o conceito de fusão de horizontes sob uma perspectiva crítica, pois ressalta a dificuldade de se adequar horizontes culturais distintos, em razão das limitações do entendimento humano. CATOGGIO, Leandro. El carácter ambiguo de la fusión de horizontes en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. **Contrastes: Revista Internacional de Filosofía**, Málaga, v. 14, 2009. Disponível em <https://revistas.uma.es/index.php/contrastes/article/view/1396>. Acesso em: 07 jul. 2020.

³⁷⁹ O grande hermeneuta gaúcho explica o significado da palavra solipsismo: “Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo. Isso quer dizer que o solipsismo é, de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para todo o conhecimento sobre o mundo. Trata-se de um *fundamentum incocussum absolutum*

Sinceramente, a resposta é não. A história efetual ou historicidade reflexiva já é suficiente para afastar essa suposição. Como as decisões arbitrais serão proferidas preferencialmente por especialistas em direito tributário, a tendência é que as questões fáticas e jurídicas sejam analisadas com mais primor técnico-jurídico e pautadas pelas orientações constitucionalmente estruturadas. Os horizontes das normas jurídicas (passado) serão cotejados com os horizontes do intérprete (presente), num processo de fusão de novos horizontes. O resultado são novos horizontes com entendimentos jurídicos compartilhados. O produto final da fusão horizontônica é justamente a consolidação de consensos interpretativos, afastado da visão maniqueísta e racionalista de ‘totalmente certo’ ou ‘totalmente errado’.

O problema da interpretação, nessa quadra, será mais realista e menos abstrato. Mais produtivo e menos reprodutivo de sentidos. Os árbitros poderão identificar com clareza os velhos paradigmas interpretativos que retardam o processo de constitucionalização plena do direito tributário e realinhá-los com as novas realidades sócio-jurídicas contemporâneas (por exemplo, distinguindo no caso concreto o que é interesse público e o que é interesse específico da Administração).

Diante de tudo que foi exposto na presente pesquisa científica, restou constatado que a arbitragem tributária no Brasil poderá representar mais um mecanismo de acesso à ordem jurídica justa no campo fiscal (ao lado da transação, da mediação de conflitos e outros). Mais eficiência estatal na arrecadação do crédito público e mais justiça fiscal advinda de decisões arbitrais proferidas por especialistas em matérias tributárias. Mais cidadania fiscal, autonomia do contribuinte e menos dependência (e sobrecarga) sobre o Poder Judiciário.

Não obstante, para que a lei de arbitragem tributária seja aprovada e o instituto efetivamente implementado em nosso país, será necessário fazer uso do suporte hermenêutico oferecido pela teoria gadameriana, denominado de fusão de

veritatis, um fundamento definitivo e indubitável que sustenta todo o conhecimento possível, encontrando a sua morada, a partir das *Meditationes de Prima Philosophia* de Descartes, na subjetividade individual do sujeito. A partir desse momento, a noção ‘sujeito’ muda completamente na filosofia, tornando-se aquele ente em relação ao qual todas as coisas se determinam. Daí a noção de solipsismo: o sujeito que se basta a si próprio. A palavra ‘si mesmo’ ou ‘egoísmo’ em alemão se traduz por *Selbstsucht*, representando aquele que é viciado em si mesmo (*Selbstsuchetiger*). [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito, 2017. p. 273.

horizontes. A fusão horizôntica é uma condição de possibilidade para o afastamento dos pré-conceitos mal elaborados em relação à arbitragem tributária e ao próprio direito tributário, como, por exemplo, a impressão de que ela representa renúncia de crédito fiscal (disponibilidade do crédito tributário). A fusão horizôntica é condição de possibilidade para a mudança de mentalidade dos operadores do Direito que promovem excessivamente ações judiciais em matéria fiscal. A fusão horizôntica é condição de possibilidade para a promoção da cultura de solução extrajudicial de conflitos na seara tributária no Brasil.³⁸⁰ A fusão horizôntica é condição de possibilidade para a ressignificação da relação entre Administração Tributária e contribuinte, pautada numa relação mais flexível, transparente e dialógica (gestão pública democrática e participativa).

Essa é a proposta final da presente tese científica: aprovação, compreensão e implementação de uma arbitragem tributária horizôntica no Brasil, como sinônimo de acesso à ordem jurídica justa.

³⁸⁰ Nas palavras conclusivas de Débora Giotti de Paula, o maior obstáculo para implantação dos meios extrajudiciais de solução de conflitos no âmbito tributário é de natureza cultural: “[...] além de a cultura jurídica brasileira estar enraizada na ideia de manutenção do poder jurisdicional e na mentalidade da cultura adversarial, há resistências culturais consubstanciadas em dogmas antigos, como o da indisponibilidade do interesse público e, no caso específico do Direito Tributário, o da indisponibilidade do crédito tributário. Todavia, uma vez superados esses obstáculos, o que parece ser possível a médio e longo prazo, além de ampliar o acesso à justiça, os meios alternativos no âmbito tributário podem se tornar instrumentos aptos a promover uma maior aproximação entre os sujeitos da relação jurídico-tributária, ao mesmo tempo em que podem promover uma maior eficiência na busca do interesse público”. PAULA, Débora Giotti de. **Desafios culturais na implantação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 142-143.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da arbitragem é instigante.

A arbitragem renova os ares da ciência e da prática jurídicas. É tema exótico para muitos operadores do Direito que participam da cultura de judicialização excessiva de conflitos. É tema tratado como disciplina secundária em algumas Escolas de Direito. É tema antigo, adotado milenarmente. No Brasil, foi positivada pela primeira vez na Constituição Imperial de 1.824. Aliás, a arbitragem já tinha sido adotada como mecanismo de solução de conflitos na distribuição de terras pelos colonizadores (Divisão de terras entre Brasil e Espanha, com previsão de arbitragem no Tratado de Tordesilhas – 1.494).

A arbitragem representa cooperação processual e mais liberdade procedimental. Julgamento célere do conflito. Procedimento mais informal e ambiente propositivo, onde o método dialético-processual é adotado com temperança e cordialidade. A arbitragem é escolha, é autonomia das partes na formação de um tribunal arbitral (singular ou coletivo). É empoderamento jurídico. A arbitragem transfere para as partes maior responsabilidade pelo conflito, uma vez que serão elas que irão escolher o julgador. Além disso, via de regra (apesar de não constar proibição legal), a sentença arbitral não é passível de recurso, de revisão, salvo os casos expressos de nulidade.

A arbitragem é proto-heterocomposição de conflitos. Uma fusão de horizontes entre a autocomposição e a heterocomposição. As partes são protagonistas do processo arbitral. A arbitragem se encaixa perfeitamente no modelo social hipercomplexo advindo de uma pós-modernidade. A arbitragem é segurança jurídica, é previsibilidade e estabilidade controlável pelas próprias partes.

Contudo, a arbitragem não é efetivamente adotada no Brasil, pelo menos nas disputas domésticas. No campo internacional, já é realidade consolidada, mas no interior do país, é tema secundário para a maioria dos operadores do Direito. Muitos não conhecem sua natureza jurídica, não dominam o seu arcabouço normativo e não praticam arbitragem. Possuem uma experiência hermenêutica empobrecida sobre o tema da arbitragem.

Em razão desse desconhecimento, naturalmente surgem resistências culturais. Surgem receios e devaneios sobre o instituto da arbitragem. Os pré-conceitos existem, fruto de um horizonte histórico limitado. Para muitos, a arbitragem

(ainda) representa renúncia ao acesso à justiça, à indisponibilidade da atuação estatal, via Poder Judiciário. Para outros, a arbitragem representa apenas despesas com Câmaras Privadas e honorários arbitrais e os árbitros não possuem a mesma capacitação (ou comportamento ético) dos juízes estatais.

Reconheça-se, que essas pré-compreensões (obstáculos culturais) são legítimas, pois fazem parte de uma tradição (de um horizonte histórico). Num país de estrutura estatal burocrática inflexível e (ainda) pouco dialógica, que prima pelo direito administrativo verticalizado e repressivo, de cidadania enfraquecida e de corrupção sistêmica, é natural que as pessoas desconfiem de juízes privados. É mais seguro confiar no juiz estatal, por mais paradoxal que seja.

Já o tema da arbitragem tributária é instigante e juridicamente disruptivo.

A arbitragem tributária rompe com toda uma tradição estatal de solução de conflitos tributários por meio do Poder Judiciário. Ela interrompe um processo anacrônico e contraproducente de judicialização excessiva de conflitos. Ela promove a reinterpretção de princípios seculares como interesse público e disponibilidade do crédito tributário. Ela coloca dúvidas na eficiência das práticas habituais da Administração Tributária. Ela promove o acesso à ordem jurídica justa e a ressignação da relação democrática entre Fisco e contribuinte. Pelo menos em Portugal, a arbitragem tributária tem esse perfil.

No Brasil, por outro lado, a arbitragem tributária ainda é teoria acadêmica e científica. Contudo, 02 (dois) Projetos de Lei tramitam no Senado Federal, para positivação da arbitragem em disputas fiscais no país. São dois modelos distintos de arbitragem tributária, um voltado para a adoção da arbitragem após a constituição do crédito tributário (2019) e outro (2020), para adoção de uma arbitragem especial antes da constituição do crédito tributário. Referidos projetos possuem pontos positivos e negativos, que serão melhor discutidos e trabalhados pelos parlamentares.

O Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributárias (IBATT) também desenvolveu um excelente Projeto (Modelo), para instituição da arbitragem tributária no país (2021). Um projeto muito bem estruturado, moderno, inspirado nas melhores práticas internacionais e que poderá servir de subsídio para o Congresso Nacional definir qual a estrutura legislativa ideal para a arbitragem tributária brasileira.

Diante desse cenário instigante e desafiador para a adoção da arbitragem tributária no Brasil, a presente pesquisa científica foi buscar respostas para o

problema proposto nesta tese, por meio da seguinte pergunta: - A fusão de horizontes gadameriana é condição de possibilidade para compreensão genuína, aprovação legislativa e implementação prática da arbitragem tributária no Brasil, tendo em vista as resistências culturais que não compreendem o instituto jurídico como verdadeiro mecanismo de acesso à ordem jurídica justa?

Do problema principal, surgiram várias perguntas relevantes, como: - Quais são os (supostos) impedimentos legais em relação à aprovação da arbitragem tributária no Brasil?- Quais são os obstáculos culturais para aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil? Quais são as condições de possibilidade para a aprovação e implementação da arbitragem tributária no Brasil? Qual a contribuição da fusão de horizontes de Gadamer para a compreensão adequada da arbitragem tributária no Brasil?

Considerando o problema central formulado, a originalidade da hipótese está em demonstrar que a fusão de horizontes gadameriana é condição de possibilidade para compreensão adequada, aprovação legislativa e implementação prática da arbitragem tributária no Brasil.

Ao final da pesquisa realizada pela tese, afirma-se que a hipótese original foi confirmada, porque a fusão de horizontes gadameriana é um procedimento de formação de consensos: o horizonte histórico (passado) se funde com o horizonte do intérprete (presente), para a estruturação de novos horizontes (consensos). Esse processo de formação de consensos é fundamental para a evolução da vida em sociedade, para a evolução do Direito e para o cumprimento dos mandamentos constitucionais, sem rupturas violentas com o passado.

Ademais, a fusão entre as normas fundamentais do regime jurídico tributário (interesse público, indisponibilidade do crédito tributário) e as demandas sociais atuais (necessidade de eficiência e tecnicidade na discussão da validade do crédito público, necessidade de celeridade na arrecadação tributária, necessidade de justiça na imposição da obrigação tributária), gerará um novo horizonte de sentido (arbitragem tributária como modelo de acesso à ordem jurídica justa no Brasil).

Outra circunstância que reforça a confirmação da hipótese de pesquisa é o fato do regime jurídico administrativo contemporâneo estar voltado para práticas de gestão participativa pelo Estado. Um Poder Público mais dialógico e democrático quer adotar novas formas de solução de conflitos, de forma horizontalizada com o administrado. Por exemplo, por meio da transação (já aprovada por lei federal) e da

arbitragem tributárias. Uma lenta e gradual transformação da Administração Tributária no Brasil está em curso e a teoria gadameriana é condição de possibilidade para esse projeto institucional.

O objetivo geral desta pesquisa, conforme sustentado inicialmente na hipótese original, era analisar e demonstrar, com suporte na fusão de horizontes de Gadamer, que é possível compreender, aprovar e implementar a arbitragem tributária no Brasil como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa.

Constata-se que o objetivo geral foi atendido porque, no decorrer da pesquisa, foi demonstrado que a hermenêutica gadameriana, via fusão de horizontes, é condição de possibilidade para geração de consensos em torno da arbitragem tributária no Brasil. Diante dos inúmeros obstáculos culturais em relação à arbitragem tributária e dos dissensos sobre a sua interpretação jurídica, a hermenêutica gadameriana constrói interpretações atuais, adequadas e genuínas.

Como foi explicitado no decorrer da tese, o grande desafio para implementação da arbitragem tributária é de ordem cultural, de mudança de paradigmas. A cultura jurídica brasileira está enraizada na lógica da estrutura jurisdicional de solução de conflitos e numa mentalidade recheada de pré-conceitos em relação à arbitragem. Dogmas antigos sustentam essas pré-compreensões equivocadas, como o da indisponibilidade do interesse público (supremacia absoluta do Estado sobre o cidadão) e, ainda, indisponibilidade do crédito tributário.

A aprovação de uma lei de arbitragem tributária no Brasil, não importa o modelo, será apenas o primeiro passo, sendo que sua efetiva implementação dependerá de consensos sociais em torno do tema (a lei por si só, no primeiro momento, não muda paradigmas). E a fusão gadameriana é condição de possibilidade para o surgimento desses consensos. Sem consenso, sem fusão de horizontes, a lei não passará de uma letra morta.

O primeiro objetivo específico visava demonstrar que o conceito de acesso à justiça é entendido atualmente com amplitude e abarca o acesso à toda uma ordem jurídica justa, inclusive no campo tributário. Este objetivo foi atendido, uma vez demonstrado que o sistema jurídico constitucional brasileiro garante ao cidadão mais do que o acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. Garante o acesso à informação adequada, cidadania fiscal e acesso aos meios adequados de solução de conflitos, como transação, mediação e (por que não?) arbitragem tributária.

Por sua vez, a compreensão dos meios adequados de solução de conflitos como acesso à ordem jurídica justa, ainda é tímida entre os operadores do Direito. Um dos motivos explicitados na fase inicial da tese, é que as Universidades não oferecem ainda, na sua grande maioria, formação técnico-jurídica e prática jurídica de resolução consensual ou proto-heterocompositiva de conflitos para os seus respectivos alunos. Aliás, a grande maioria não oferece a disciplina de métodos adequados na matriz obrigatória. Somente em 2022, por meio de Resolução do Conselho Nacional de Educação (CNE), aprovada no ano de 2018, os futuros operadores do Direito poderão acessar uma formação voltada para a cultura da pacificação ou, ao menos, da desjudicialização de alguns conflitos sociais.

O aprendizado acadêmico dos métodos dialéticos do contencioso jurídico é importante, mas, atualmente, diante da complexidade da vida em sociedade, em que o Direito não consegue tutelar todas as esferas possíveis, a busca por consensos é uma prática inafastável.

Com essas novas medidas pedagógicas, o atual paradigma profissional dos operadores do Direito, centrados no modelo judicial de solução de conflitos, poderá mudar. Advirta-se que, o objetivo não é menosprezar a intervenção judicial na solução de conflitos sociais; pelo contrário, é racionalizar a intervenção do Poder Judiciário para aqueles casos mais sensíveis que demandam a atuação estatal. Como tutela de direitos disponíveis, relacionados ao meio ambiente, consumidor, idoso, criança e adolescente e outros.

Também foi demonstrado que o CEJUSC, no âmbito do Poder Judiciário, está sendo subutilizado pelo Poder Judiciário, que poderia implantar projetos de educação e orientação ao cidadão, em relação aos seus direitos básicos, como trânsito, consumidor, educação fiscal e outros. Isso também é acesso à ordem jurídica justa.

O Poder Judiciário precisa assumir uma postura institucional mais ativa, como Poder de Estado. Atuar em prol da satisfação dos interesses públicos democráticos. Claro que com equilíbrio e retidão, para não se enveredar nas ideologias políticas. É um papel estritamente de Estado, de Poder. O juiz de uma pequena cidade do interior brasileiro, por exemplo, é uma das autoridades responsáveis pelo julgamento de menores infratores, adequado funcionamento do PROCON, funcionamento adequado do sistema público de saúde. Enfim, o Judiciário tem uma importante

função social, além da competência jurisdicional de aplicar o direito aos casos concretos.

O segundo objetivo específico foi o de evidenciar o fato de que o modelo de Administração Pública previsto no texto constitucional brasileiro é pautado pelo princípio da eficiência, corolário da boa Administração. Inclusive no âmbito tributário.

Este objetivo foi alcançado, mediante análise inicial do direito comparado (regime jurídico português – país em que a arbitragem tributária deu certo). Em Portugal, a Constituição da República e a Lei Geral Tributária foram estruturadas sob o paradigma do diálogo e da transparência entre Administração e contribuinte. Por exemplo, foi demonstrado que o art. 59 da Lei Geral Tributária de Portugal (LGT) prevê expressamente que os órgãos da administração tributária e os contribuintes estão sujeitos a um dever de colaboração recíproco. Além disso, presume-se a boa-fé da atuação dos contribuintes da administração tributária.

Por conseguinte, quando o contribuinte tem informações adequadas e transparentes, a possibilidade de confiar no sistema tributário é maior. A relação é pautada na confiança, na boa-fé e no compartilhamento. O grau de cumprimento das obrigações tributárias também costuma ser maior; o contribuinte não se sente enganado, ludibriado e incorpora socialmente a importância da receita fiscal para o Estado. É um sistema administrativo tributário moderno e que merece ser juridicamente ‘copiado’ pelo Brasil.

Importante registrar, ainda, que esse caráter democrático da Administração Tributária em Portugal, não é mera retórica jurídica, pois lá se destacam os excelentes resultados obtidos na Central de Arbitragem Administrativa (CAAD). Uma central que intermedeia soluções rápidas para conflitos fiscais e, ainda, ressignifica a relação do Estado com o contribuinte, pautada na transparência e na boa-fé.

Já no Brasil, o regime jurídico não é organizado da mesma forma, mas possui orientações constitucionais indicativas de que o Estado deve ser eficiente, pragmático e inovador na busca de soluções para a satisfação do interesse público democrático. E que o atual paradigma da judicialização excessiva de conflitos vai de encontro aos mandamentos constitucionais (pois é ineficiente), abrindo espaço para a implantação, por exemplo, de métodos adequados de solução de conflitos na área tributária.

Os Projetos de Lei do Senado, por sua vez, que visam instituir a arbitragem tributária no Brasil, se inspiraram em parte no modelo português, especialmente o

Projeto de Lei do Senado n. 4.257 de 2019, que quer instituir a arbitragem após a constituição do crédito tributário.

A priori, independentemente do modelo de arbitragem tributária que será aprovado no Brasil, o mais importante é que ele seja um divisor de águas, na resignação da relação entre o Estado brasileiro e o contribuinte. E que as Câmaras de Arbitragem Tributária tenham transparência e credibilidade, com estruturas deontológicas eficientes.

Um ponto que merece destaque, é o fato da tese se posicionar contra a aprovação do modelo de execução fiscal administrativa, que faz parte do Projeto de Lei n. 4.257 de 2019. Por mais que o movimento pela desjudicialização de conflitos seja um instrumento de acesso à ordem jurídica justa, fato é que medidas executivas de expropriação patrimonial, fora do crivo do Poder Judiciário, podem colocar em risco contribuintes vulneráveis e sem assessoria jurídica adequada. É fato que existem execuções fiscais pelo país, embasadas em créditos tributários prescritos e/ou indevidos. Existem sérios riscos desse procedimento jurídico torpe e leviano, caso seja feito conscientemente pela Administração Tributária, ser mais constante na via extrajudicial.

Aliás, um tema interessante para futuras pesquisas acadêmicas, que não foi enfrentado nesta pesquisa doutoral, é a possibilidade de concessão obrigatória de assessoria jurídica (dativa) para devedores em execuções fiscais de pequena monta (execução fiscal na via judicial ou não, caso a lei seja aprovada). Num país de cidadania (fiscal) enfraquecida, o pequeno contribuinte é hipervulnerável frente à estrutura estatal de arrecadação tributária. O direito de defesa, nesse caso, é um direito fundamental.

No terceiro objetivo específico, a presente pesquisa teve o propósito de demonstrar as diversas variáveis que envolvem o movimento pela desjudicialização de conflitos no país, especialmente em litígios que envolvam o Poder Público, como sinônimo de acesso à ordem jurídica justa.

Esse objetivo foi alcançado mediante a constatação estatística, divulgada principalmente pelo CNJ, de que o litigante que mais congestiona o Poder Judiciário é o próprio Estado brasileiro, via ações previdenciárias e tributárias. As execuções tributárias, por exemplo, representam 68% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do

Poder Judiciário, representando aproximadamente 36% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2020.

Destaca-se, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário, permanecendo o processo pendente. Ademais, as dívidas chegam ao Judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos, por isso a difícil recuperação.

Realmente, o papel da Administração Tributária, nesses processos de execução fiscal, lembra o *Mito de Sísifo*, que foi condenado para todo o sempre a empurrar uma pedra até ao cimo de um monte, caindo a pedra invariavelmente da montanha sempre que o topo era atingido. Este processo seria sempre repetido até a eternidade.

Ou seja, a Administração Tributária não recebe consensualmente o crédito tributário, promove restrições administrativas em face do devedor, como protesto, inscrição em cadastro de inadimplentes, mas que não surtem efeitos integralmente positivos, não localiza administrativamente bens penhoráveis em nome do devedor (contribuinte) e, mesmo assim, promove execuções fiscais, que geralmente serão suspensas (não serão eficientes), pois o Judiciário também não localizará bens passível de penhora. Próximo da prescrição, a Administração Tributária oferecerá algum tipo de parcelamento (REFIS), caso haja autorização legal.

Esse procedimento judicial é contraproducente. A desjudicialização desses conflitos é comemorada, especialmente quando for acompanhada preliminarmente de meios consensuais de solução de conflitos, como mediação e transação tributárias. O Estado precisa, nesses casos narrados em linhas pretéritas, restabelecer sua relação com o contribuinte. Pautar sua prática administrativa no diálogo e na composição amigável de conflitos tributários, especialmente em relação aos contribuintes mais vulneráveis e aparentemente insolventes. Essa estratégia pode ampliar as possibilidades de o contribuinte pagar o crédito tributário, mesmo que por meio de concessões mútuas e parcelamentos. O fato é que o contribuinte precisa se sentir como partícipe desse processo de arrecadação tributária, uma vez que ele mesmo poderá ser beneficiado.

Entretanto, quando não existam condições do contribuinte e da Administração entabularam relações consensuais, a arbitragem pode ser uma via de escape para a rápida solução do conflito fiscal. Vantajosa para o contribuinte (uma vez que as

decisões podem ser mais justas e tecnicamente embasadas) e, também, para o Estado (que poderá agilizar o recebimento do crédito tributário justo).

Nesse desiderato, o Projeto de Lei n. 4.257 de 2019, do Senador Antônio Anastasia, é uma excelente válvula de escape para desjudicializar, pelo menos, os embargos à execução fiscal. Os casos mais complexos, que dependem de análises fáticas e jurídicas mais elaboradas, podem ser resolvidos com mais celeridade.

Repisa-se, mais uma vez, que a presente tese não coaduna com a instituição da execução fiscal administrativa, pois ela envolve eventual expropriação patrimonial dos devedores geralmente vulneráveis e a participação do Estado-Juiz nesses casos é fundamental. Caso esse projeto de execução extrajudicial seja efetivamente aprovado, existem chances reais de arbitrariedades administrativas em desfavor do contribuinte. Não se pode correr riscos, em matéria de eventuais arbitrariedades estatais.

Assim, ficou demonstrado na tese, que a Administração Tributária no Brasil não adota significativamente estratégias de gestão extrajudicial de conflitos, como métodos consensuais e proto-heterocompositivos de solução de disputas (conciliação, mediação e até arbitragem). Não há difusão da relação dialógica com o contribuinte, numa relação jurídica tributária democrática, transparente e cooperativa. É um jogo de soma zero, em que o sistema do 'ganha-perde' prejudica a relação do contribuinte com o Estado.

No quarto objetivo específico, a pesquisa tencionou analisar as condições de possibilidade para compreensão adequada, aprovação legislativa e implementação prática da arbitragem tributária no Brasil, como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.

Este objetivo foi realizado ao ser indicado que a arbitragem tributária não é apenas um instrumento para otimização da arrecadação de tributos pelo Estado. Pode ser, mas é mais do que isso. Também é uma forma de justiça fiscal, uma vez que o tribunal arbitral analisará com acuidade e tecnicidade o conflito tributário, de acordo com as normas legais e os princípios constitucionais. O tribunal arbitral poderá se dedicar com mais afinco ao caso em disputa, pois não estará sobrecarregado como o juiz estatal.

Destacou-se, também, na pesquisa, que para a arbitragem tributária ser compreendida como meio de acesso à ordem jurídica justa, é necessário que os operadores do Direito atribuam um sentido jurídico (constitucionalmente) adequado

para a própria palavra arbitragem, especialmente quando relacionada ao âmbito tributário.

Há uma falsa impressão de que a arbitragem no campo tributário viola o princípio da indisponibilidade do crédito tributário e que, por isso, não atende ao princípio do interesse público na arrecadação dos tributos.

Entretanto, como ficou destacado na pesquisa, esse é um ledor engano. É compreensão jurídica frágil e hermeneuticamente não participativa da palavra arbitragem. A arbitragem tributária não representa renúncia de crédito tributário. Na verdade, a arbitragem é uma técnica social de solução de conflitos, por meio extrajudicial, pautada na cooperação processual e na escolha participativa do julgador (privado). Ela promove o julgamento mais célere e técnico dos conflitos, inclusive na seara tributária (conforme relatos da experiência portuguesa).

Registrou-se, também, na presente tese, que a arbitragem será mais um meio adequado de solução de conflitos tributários. Um meio de acesso à ordem jurídica justa (tecnicidade e celeridade), mas não é solução para todos os problemas do contencioso fiscal no país. A arbitragem tributária terá como vantagem imediata a redução de processos na via judicial (pelo menos o julgamento dos Embargos, por exemplo, caso do Projeto do Senador Antônio Anastasia seja aprovado). Foi visto, porém, que essa vantagem dependerá da arbitrabilidade objetiva, ou seja, quais matérias tributárias serão autorizadas pelo legislador para submissão à arbitragem. Outra vantagem da arbitragem tributária destacada na tese foi a celeridade dos julgamentos arbitrais. Em Portugal, por exemplo, existem estatísticas no CAAD, de que os processos de arbitragem tributária são julgados, em média, em 05 (cinco) meses. Um prazo infinitamente menor, do que o julgamento de processos tributários na via judicial no Brasil, por exemplo.

Contudo, também foi demonstrado na pesquisa que as vantagens em relação à arbitragem tributária não são meramente utilitaristas. Sobreleva de importância o fato de que a decisão arbitral visa dar uma solução verdadeiramente adequada às partes, pois é proferida por julgador experiente e com *expertise* no tema em disputa. Essa é uma das principais faces da arbitragem tributária como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa, a ser adotada no Brasil. Essa é uma compreensão constitucionalmente adequada e genuína da arbitragem tributária.

Por fim, também foram destacadas as possíveis desvantagens da arbitragem tributária, como custos eventualmente elevados. Como a arbitragem tributária no

Brasil ainda não possui regulamentação legal e está sendo discutida no Congresso Nacional, os Parlamentares poderiam encontrar uma alternativa para promoção de arbitragens para contribuintes de menor porte. Uma democratização do acesso à arbitragem tributária.

Enfim, foi destacado na pesquisa, em relação ao quarto objetivo específico, que a arbitragem tributária faz parte de um projeto jurídico mais amplo, denominado sistema multiportas de solução de conflitos. Em razão disso, também, ela é um mecanismo de acesso à ordem jurídica justa e por isso o movimento pela adoção da arbitragem tributária no Brasil precisa seguir uma estratégia pré-definida pelo Estado e pelos atores sociais, com programas institucionais de incentivo aos métodos adequados de solução de conflitos, alterações legislativas e, sobretudo, movimentos de educação fiscal.

No quinto e último objetivo específico, a pesquisa postulou defender que o conceito de fusão de horizontes de Hans-Georg Gadamer é condição de possibilidade para a implementação eficaz da arbitragem tributária no Brasil.

Esse objetivo também foi alcançado, pois ficou demonstrado que a reinterpretação de princípios tradicionais e a mudança de cultura na solução de conflitos tributários passa pela formulação de novos horizontes, onde as más-compreensões podem ser identificadas e deixadas de lado em prol da satisfação do interesse público democrático previsto na Constituição Federal de 1.988.

Assim, as inúmeras barreiras culturais e institucionais apresentam compreensões equivocadas e horizontes históricos limitados em relação à adoção da arbitragem tributária no Brasil. Foi visto que não houve, ainda, uma compreensão adequada do instituto pelos operadores do direito (e legisladores) e, por isso, entendeu-se que o conceito de fusão de horizontes gadameriano é um suporte adequado para o estabelecimento de consensos, consensos em prol do interesse público democraticamente estruturado na Constituição Federal.

Restou demonstrado, também, que esses consensos são obtidos justamente pelo processo de fusão de horizontes. É um diálogo do presente com o passado, e por isso é mais favorável ao estabelecimento de consensos. Tanto a Administração Tributária como o contribuinte possuem interesses legítimos, que precisam ser depurados por meio do consenso, em prol do interesse público democrático.

Mas também se destacou na pesquisa que o resultado da fusão de horizontes não pode ser arbitrário e voluntarista, sob pena de não ser autêntico e genuíno. A

história efetual é o conceito adotado por Gadamer para condicionar e controlar a fusão de horizontes em razão da temporalidade intrínseca ao ser humano. O intérprete precisa cotejar seu horizonte histórico, sua interpretação de mundo, conforme todo o processo histórico, também. Isso dá sentido ao seu horizonte histórico e evita subjetivismos inautênticos.

Por conseguinte, constatou-se na pesquisa, que a compreensão genuína do instituto da arbitragem tributária deve ser atualizada e conformada historicamente, de acordo com o novo modelo de Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição Federal de 1.988. A partir da fusão horizôntica (limitada pela história efetual) será possível atribuir sentido genuíno para a palavra arbitragem no contexto tributário: é um mecanismo de acesso à ordem jurídica justa.

Nesse percurso, a pesquisa se propôs a estabelecer algumas características da arbitragem tributária horizôntica (que parte do contexto narrado acima), dentre elas: modelo que aumentará a eficiência na arrecadação tributária; desafogará o Poder Judiciário; tornará a relação jurídica tributária mais transparente; conferirá mais segurança jurídica para o mercado e os contribuintes em geral; e que primará pelo cumprimento do interesse público democrático.

Perfilhando o pensamento hermenêutico do Gadamer, defendeu-se o ponto de vista da compreensão adequada, aprovação legislativa e implementação prática da arbitragem tributária no Brasil, como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa, fruto do consenso entre o horizonte histórico (normas), com o horizonte do intérprete (demandas atuais do contencioso tributário).

A hermenêutica filosófica gadameriana tem justamente o papel de estabelecer interpretações que possam gerar consensos, especialmente sobre situações aparentemente incompatíveis ou conflituosas. O conflito se estabelece entre os paradigmas históricos prevalecentes na Administração Tributária brasileira (judicialização excessiva de conflitos, sustentada na interpretação anacrônica de princípios tributários), versus o horizonte presente do intérprete (necessidade de adoção de métodos adequados de solução de conflitos tributários, como a arbitragem). A fusão desses paradigmas (horizontes), vai gerar um novo horizonte – um novo paradigma (consenso), favorável para a adoção da arbitragem tributária no Brasil.

Para que esse novo horizonte (paradigma) da arbitragem tributária seja aplicado com segurança no Brasil, basta compará-lo com outros horizontes como,

por exemplo, o de Portugal. Arbitragem no âmbito tributário não é instituto novo, já produz resultados positivos em várias partes do mundo.

O maior desafio no Brasil realmente é cultural e de compreensão hermenêutica. O propósito é enxergar a arbitragem tributária horizôntica (sinônimo de acesso à ordem jurídica justa), como condição de possibilidade de consensos para sua aprovação legislativa e implementação eficaz.

Essa atribuição de sentido hermenêutico para a arbitragem tributária não é propriamente algo novo, mas apenas o desvencilhamento do que já se tornou insustentável diante da saturação de paradigmas antigos (contencioso fiscal brasileiro inoperante). É uma interpretação expansiva, pois a cada leitura da norma, do instituto jurídico, conectado ao caso concreto, ocorrerá uma nova fusão de horizontes (passado com presente).

Justamente em razão desse caráter seminal da regulação da norma jurídica, que a aprovação do instituto da arbitragem tributária é apenas o primeiro passo para sua implementação no Brasil. Será preciso conferir sentido à norma jurídica, através de um diálogo hermenêutico fundado na fusão de horizontes. Separar os pré-conceitos infundados dos intérpretes da verdadeira natureza jurídica do instituto jurídico. Compreendê-lo, interpretá-lo e aplicá-lo, a um só tempo. Esse é o grande desafio da dogmática jurídica tributária no Brasil para os próximos anos.

O propósito da pesquisa não foi depurar todos os sentidos e significados possíveis para o modelo de arbitragem tributária do Brasil. A intenção foi de oferecer uma pequena contribuição para o debate acadêmico e eventualmente legislativo, numa tentativa de tornar a relação jurídica tributária no país mais justa e transparente.

Em tempo, quero me dirigir ao leitor, de forma pessoal e direta, e informar que o processo de diálogo hermenêutico, inspirado na fusão de horizontes gadameriana, para conferir sentido adequado à arbitragem tributária no Brasil, impactou sobremaneira na minha própria visão histórica.

No início da pesquisa, o meu paradigma era de que a arbitragem tributária deveria ser adotada de forma ampla e sem qualquer contraponto pela Administração Tributária (para mitigar o caos do contencioso fiscal). Contudo, no decorrer de mais de 03 (três) anos de pesquisas doutorais, e por meio da fusão de horizontes do presente com o passado (princípios tributários tradicionais), cheguei à conclusão que o melhor modelo de arbitragem tributária no país deve ser fruto de consensos,

de fusão de horizontes, pois a Administração Tributária tem argumentos plausíveis para se contrapor a algumas estruturas jurídicas que eventualmente não acompanhem a aprovação legislativa da arbitragem tributária. Basta citar, como exemplo, a preocupação legítima da Administração com a aplicação obrigatória dos precedentes do art. 927 do Código de Processo Civil, nas decisões arbitrais de cunho tributário. É preciso valorizar, também, a tradição histórica construída pelos Tribunais Superiores.

Essa perspectiva limita, num primeiro momento, a liberdade exegética da arbitragem no campo tributário. Mas é uma condição para a aprovação e implementação eficaz do instituto no país.

O importante é aprovar um modelo legal de arbitragem tributária no Brasil, e com o tempo aperfeiçoá-lo, aparar arestas e torná-lo cada vez mais eficaz.

Essa é a proposta final da presente tese científica: aprovação e implementação de uma arbitragem tributária horizontica no Brasil, que signifique acesso à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e administração pública: um panorama global. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 5, n. 1, 2018.

ADAMY, Pedro. O voto de qualidade e o ajuizamento de ações pela Fazenda Pública. **Jota**, [S. l.], 27 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-carf/o-voto-de-qualidade-e-o-ajuizamento-de-aco-es-pela-fazenda-publica-27072021>. Acesso em: 30 jul. 2021.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **União não pode ser obrigada a participar de arbitragem para ressarcir acionistas minoritários da Petrobras, comprova AGU**. Brasília, DF, 24 set. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/uniao-nao-pode-ser-obrigada-a-participar-de-arbitragem-para-ressarcir-acionistas-minoritarios-da-petrobras-comprova-agu>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ALMEIDA, Guilherme. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Revista Contemporânea**, Fazenda Rio Grande, v. 2, n. 1 p. 83-102, jan./jun. 2012.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

ALVES, Denize Camanho. **Uma abordagem do direito processual brasileiro sob a ótica da literatura de Franz Kafka**: o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. 2014. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/DenizeCamanhoAlves.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

APPY, Bernard *et al.* **Tributação no Brasil**: o que está errado e como consertar. São Paulo: Centro de Cidadania Fiscal (CCiF), 2020. Disponível em: https://ccif.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Diretores_CCiF_Reforma_Tributaria_201802-1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, 11, set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 17 jun. 2021.

AZEVEDO, P. A. O princípio (geral) da boa administração e os princípios aplicáveis no âmbito do procedimento tributário. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, São Mamede de Infesta, p. 233-254. 2014. Disponível em: <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/1008>. Acesso em: 10 maio 2021.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. 20 anos da Constituição Federal do Brasil: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista Justitia**, São Paulo, v, 198, p. 255-267, jan./jun. 2008.

BAZOLLI, Pedro Rizzo. **A teoria dos jogos e a tributação**. [S. l.], 2016. Disponível em: <https://pedrorizzobazooli.jusbrasil.com.br/artigos/37667886/2a-teoria-dos-jogos-e-a-tributacao>. Acesso em: 17 out. 2019.

BERMUDES, Sérgio. **Direito processual civil: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. (Constituição [1824]). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. (Constituição [1891]). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. (Constituição, [1988]). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda constitucional nº 19, de 1998 - Exposição de Motivos**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaoodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 2.647, de 19 de setembro de 1860**. Manda executar o Regulamento das Alfandegas e Mesas de Rendas. Brasília, DF: Presidência da República, 1860. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM2647.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932**. Brasília, DF: Presidência da República, 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 3.071 de 03 de janeiro de 1916**. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966** [Código de Tributário Nacional]. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1.997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1.972; e revoga o §2ª do art. 6ª da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. **Portaria n. 247, de 16 de junho de 2020**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-247-de-16-de-junho-de-2020-261923979>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº , de 2021**. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, do Senador Antonio Anastasia, que modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9032841&ts=1635458430823&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4257, de 2019**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4468, de 2020**. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial provido REsp 1803752 / SP**. Recorrentes: Brumaria Comercio de Bolos e Confeitos Eireli, Vanessa Machado Soares de Freitas, Marcel Ferreira de Freitas. Recorrido: Vo, Quero Bolo ! Franchising Ltda. Relator: Min. Nancy Andrighi. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador. 04 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900226898&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade ADI n. 2405/RS**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 1.043.313 Rio Grande do Sul**. Recorrente: Panatlantica S.A. Recorrido: União. Am. Curiae: Associação

Brasileira Do Agronegócio – Abag. Relator: Min. Dias Toffoli. 10 dez. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755431067>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDf). **Agravo de instrumento processo n. 20160020258148AGI - (0027684-69.2016.8.07.0000 - Res. 65 CNJ**. 1ª Turma Cível. Agravante: Daniel Raimundo Alencar. Agravado: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Submarino Finance Promotora de Crédito Ltda, Banco Cetel SA, Banco CSF SA. Relator: Simone Lucindo. 01 de fevereiro de 2017. p. 467-505. TJDf. Disponível em: encurtador.com.br/dPQ26. Acesso em: 19 abr. 2021.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: Thomson Reuters, 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 248, p. 118-126, maio/ago. 2008.

CANÁRIO, Pedro. Lei do "pacote anticrime" cria acordo de não persecução para crimes sem violência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-pacote-anticrime-cria-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29 maio 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensionini della giustizia nelle società contemporanee**. Studi di diritto giudiziario comparato. Bologna: Il Mulino, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Ordinamento giudiziario: quale riforma? CAPPELLETTI, Mauro. **Il Foro Italiano**, Milano, v. 107, n. 4, p. 129-140, Apr. 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23176091>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPURUÇO, Guilherme. O que muda na arbitragem societária após o julgamento do caso Petrobras. **Legislação & Mercados**, São Paulo, 4 nov. 2020. Disponível em: <https://legislacaoemercados.capitalaberto.com.br/o-que-muda-na-arbitragem-societaria-apos-o-julgamento-do-caso-petrobras/>. Acesso em: 30 set. 2021.

CARDOSO, Fernando Henrique. Notas sobre a reforma do Estado. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, ed. 50, v. 1, p. 5-12, mar. 1998. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-50/>. Acesso em: 18 fev. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei n. 9.307 de 1.996. São Paulo: Atlas, 2009.

CARTA de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). **Diario Oficial de las Comunidades Europeas**, Luxembourg, 18 dez. 2000.

Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASELLA, Paulo Borba; ESCOBAR, Marcelo. Arbitragem tributária e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *In*: SCHOUERI, Luis Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.); CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira (org.). **Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

CASTRO JÚNIOR, Roberto Apolinário de. **Eficiência jurisdicional**: a razoável duração dos procedimentos frente às garantias fundamentais. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CASTRO, Augusto. Senado derruba MP com minirreforma trabalhista. **Agência Senado**, Brasília, DF, 01 set. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/01/senado-derruba-mp-com-minirreforma-trabalhista>. Acesso em: 05 set. 2021.

CATOGGIO, Leandro. El carácter ambiguo de la fusión de horizontes en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. **Contrastes**: Revista Internacional de Filosofía, Málaga, v. 14, 2009. Disponível em <https://revistas.uma.es/index.php/contrastes/article/view/1396>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CENTENO, Murilo Francisco. **Câmaras de prevenção e solução consensual de conflitos das administrações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (CAAD). **Apresentação**. Lisboa: CAAD, 2021. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA (CAAD). **Mensagem do presidente do CAAD**. Lisboa, 2021. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução de Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). Sem alinhamento às normas tributárias, Brasil fica de fora da OCDE, diz executivo da organização. **Agência de Notícias da Indústria**, São Paulo, 11 jul. 2019. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/sem-alinhamento-as-normas-tributarias-brasil-fica-de-fora-da-ocde-diz-executivo-da-organizacao/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA, 2., São Paulo, 2021. Disponível em https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Programa de conciliação e mediação**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação n. 50 de 2014**. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/recomendacao_50_08052014_09052014145015.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 125 de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 25 ago. 2019.

CRETELLA NETTO, José. **Curso de arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília, DF: IPEA, nov. 2011. Nota técnica. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 29 mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, [S. l.], n. 5, jan./mar. 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf. Acesso em: 10 jul. 2018.

DIAS, Rodrigo R.; FERREIRA, Luiz Antonio. **Desvendando o CEJUSC para magistrados**: cartilha. 1. ed. Curitiba: TJPR: NUPEMEC, 2018. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/0/E-BOOK+DESVENDANDO+O+CEJUSC.pdf/b02905b2-6894-e46a-6ba3-fd6601f05cf1#:~:text=Conflitos%20e%20Cidadania\).-,Os%20CEJUSC%20B4s%20\(Centros%20Judici%C3%A1rios%20de%20Solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Conflitos,atendimento%20e%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20dos%20cidad%C3%A3os](https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/0/E-BOOK+DESVENDANDO+O+CEJUSC.pdf/b02905b2-6894-e46a-6ba3-fd6601f05cf1#:~:text=Conflitos%20e%20Cidadania).-,Os%20CEJUSC%20B4s%20(Centros%20Judici%C3%A1rios%20de%20Solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Conflitos,atendimento%20e%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20dos%20cidad%C3%A3os). Acesso em: 9 dez. 2019.

DISCIPLINAS de conciliação e mediação deverão ser incluídas nos cursos de direito. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 24 fev. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296875/disciplinas-de-conciliacao-e-mediacao-deverao-ser-incluidas-nos-cursos-de-direito>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DOMINGOS, Francisco J. Nicolau. **Los métodos resolución alternativa de conflictos tributários**: nuevas tendencias dogmáticas. 2012. Tesis Doctoral.

Universid de Extremadura, Facultad de Derecho, Cáceres, Portugal, 2013. Disponível em: https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/831/1/TDUEX_2013_Domingos_FJ.pdf. Acesso em: 28 jan. 2020.

EM GOIÁS, o gasto com as custas iniciais de um processo judicial pode chegar a 113 mil. **Rota Jurídica**, [S. l.], 25 nov. 2019. Disponível em: <https://www.rotajuridica.com.br/em-goias-o-gasto-com-as-custas-iniciais-de-um-processo-judicial-pode-chegar-a-r-113-mil/>. Acesso em: 20 maio 2020.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ESCOBAR ADVOGADOS. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://escobaraadvogados.com.br/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

ESCOBAR FORNOS, Iván. **Introducción al proceso**. 2. ed. Managua: HISPAMER, 1998.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra Escobar. Um devaneio noturno, o PL nº 4.468/20 e a 'arbitragem' especial tributária. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/marcelo-escobar-arbitragem-especial-tributaria>. Acesso em: 30 out. 2021.

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

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). **Conferência Tribunais on-line e o futuro da Justiça**. Brasília, DF: ENFAM, 2021. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/>. Acesso em: 20 set. 2021.

FAORO, RAYMUNDO. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. [S. l.]: Biblioteca Azul: 2012.

FEIO, Diogo. **Arbitragem fiscal em portugal**: um início de um caminho. II Coletânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL. Portugal: Agora Comunicação, fev. 2008.

FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública**: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008.

FERREIRA, Fernando; ALHADAS, Ana Carolina; ROCHA, Paulo Eduardo. A arbitragem no Estatuto da Petrobras: está a União vinculada ao procedimento arbitral? São Paulo, 13 maio 2021. Disponível em: <https://www.bocater.com.br/publicacoes/a-arbitragem-no-estatuto-da-petrobras-esta-a-uniao-vinculada-ao-procedimento-arbitral/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins Débora; FERREIRA, Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem comentada artigo por artigo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

FIGUEIRAS, Cláudia Sofia de Melo. Arbitragem: redescoberta de um novo paradigma de justiça tributária? *In*: FONSECA, Isabel Celeste M (coord.). **A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios**. Coimbra: Almedina, 2013.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento de conflitos**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B9HHYR>. Acesso em: 10 jun. 2020.

FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a Administração Pública. *In*: TALAMINI, Eduardo; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Processo e administração pública**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. refund. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Quem sou eu, quem és tu?** Rio de Janeiro: EdUERJ, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. v. 1.

GALANTER, Marc. El deber de no prestar servicios legales. **Revista Argentina de Teoria Jurídica**, Buenos Aires, v. 11, Dic. 2010. Disponível em: https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10715/RATJ_V11N2_Galanter.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 ago. 2019.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review, Law and Society Association**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GASPAR, Lucas José de Castro. **Distância política e confiança no Judiciário: um estudo sobre os efeitos da confiança institucional dos brasileiros**. 2021. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) -- Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Maringá, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2021. Disponível em: <http://www.pgc.uem.br/arquivos-dissertacoes/lucas-jose-de-castro-gaspar.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

GIL, José Luis Meilán. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 35-39, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/111/294>. Acesso em: 20 mar. 2020.

GODINHO, Isabel Cavalcante. Pobreza e desigualdade social no Brasil: um desafio para as políticas sociais. Eixo temático: o serviço social e o desenvolvimento. *In*: CIRCUITO DE DEBATES ACADÊMICOS, 1., 2011, Brasília, DF. **Anais eletrônicos [...]**. Brasília, DF: Ipea, 2011. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo31.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

GOMES, Conceição. **O tempo dos tribunais**: estudo da morosidade da Justiça. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. Disponível em: <https://catalogo.bnportugal.gov.pt/ipac20/ipac.jsp?profile=bn&uri=full=3100024~!1167289~!0>. Acesso em: 07 maio 2021.

GORETTE, Brandão. Conheça os principais pontos do novo CPC. **Agência Senado**, Brasília, DF, 18 dez. 2014, Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/18/conheca-os-principais-pontos-do-novo-cpc>. Acesso em: 12 mar. 2020.

GRONDIN, Jean. **¿Qué es la hermenêutica?** Traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder Editorial, 2008.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradutor Marcos Marcionillo. São Paulo: Parábola, 2012.

HEMINGWAY, Ernest. **O sol também se levanta**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Projeto modelo**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.sympla.com.br/ii-congresso-internacional-de-arbitragem-tributaria__1334114. Acesso em: 05 out. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIAS (IBATT). **Sobre nós**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://ibatt.com.br/sobre-nos/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO). **Desafios do contencioso tributário brasileiro**. São Paulo: ETCO, nov. 2019. p. 20. Disponível em: <https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO); ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED (EY). **Os desafios do contencioso tributário no Brasil**: a evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil. São Paulo: ETCO; [S. l.]: EY, nov. 2019. Disponível em: <https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

INVESTIDORES cobram até R\$ 60 bilhões da Petrobras em processos de arbitragem. **InfoMoney**, [S. l.], 23 abr. 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/investidores-cobram-ate-r-60-bilhoes-da-petrobras-em-processos-de-arbitragem/>. Acesso em: 30 set. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: RT, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. **Revista Negócios Públicos**, [S. l.], ano 2, n. 6, p. 39-41, 2015.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. 3. ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2011.

LIMA, Leandro Manoel Matias de. A aplicação do dever de eficiência à Administração Pública Tributária e sua relação com a Moral Tributária dos contribuintes. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 273-292, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85176>. Acesso em: 10 ago. 2020.

LISBOA, Marcos; PESSOA, Samuel Pessoa. **Vamos continuar a brincar de avestruz?** [S. l.], 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2017/11/vamos-continuar-a-brincar-de-avestruz.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

LOPES, Allan Duarte Milagres. Centros judiciários de solução de conflito e cidadania: o caviar do Judiciário. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-11/opiniao-centros-solucao-conflito-caviar-judiciario>. Acesso em: 02 out. 2020.

MACHADO, Carlos Henrique Machado. **Modelo multiportas no direito tributário brasileiro**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/216592>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito Machado. Transação e arbitragem no direito tributário. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: Fórum, 2008.

MACHADO, João Baptista. **Participação e descentralização**: democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almeida, 1982.

MAIA, Flávia. Empresas pedem Refis, mas entidade se preocupa com devedor contumaz. Um dos projetos com chance de aprovação, o PL 4728/2020 reabre o Pert e prevê parcelamento em até 175 vezes. **Jota**, [S. l.], 4 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/contenciosotributario/empresas-pedem-refis-mas-entidade-se-preocupa-com-devedor-contumaz-04052021>. Acesso em: 10 maio 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. **Quaestio Juris**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, 2015.

MENDONÇA, Priscila Faricelli. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

MENDONÇA, Rafael. **(Trans) modernidade e mediação de conflitos**. Petrópolis: KBR, 2012.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 51, n. 2, p. 105-119, abr./jun. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Para a compreensão do direito pós-moderno. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 67-86, out./dez. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NABAIS, José Casalta. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária. **Revista da PGFN**, Brasília, DF, ano 1, n. 1, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.sinprofaz.org.br/artigos/reflexao-sobre-a-introducao-da-arbitragem-tributaria1/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli; GODOY, Sandro Marcos. O princípio da cooperação como norma fundamental do processo civil e seus reflexos na arbitragem. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/156/212>. Acesso em: 08 fev. 2020.

NONINO, Marina Esteves; FERREIRA, Daniel. O recrudescimento do direito administrativo sancionador na sociedade de riscos. **Revista Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 19, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.org.br/>

NÚNCIO, Paulo. A arbitragem em direito tributário: traços gerais. *In.*: CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de; FERREIRA, Eduardo Paz (org.). **A arbitragem em direito tributário**: I Conferência Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT); Instituto de Direito Econômico, Financeiro e Fiscal (IDEFF). Coimbra: Almedina, 2010.

OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da administração pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 107-145, out./dez. 2004.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faixichow. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Leonardo D'Avila de. **Inflação normativa: excesso e exceção**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito) -- Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/92634/276582.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 fev. 2020.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1996.

PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Dalri Timm. Arbitragem tributária: breve análise luso-brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, v. 3, n. 6, p. 1041-1073, 2017. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/973e89a78442/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

PAULA, Débora Giotti de. **Desafios culturais na implantação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PAVINATO, Otávio Barcelos. **O sistema multiportas de resolução de conflitos: alternativa para maior efetividade do Judiciário brasileiro**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) -- Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/174595>. Acesso em: 04 ago. 2020.

PEIXINHO, Fábio G.C. **Governança judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Processo e administração pública**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e o poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da Reforma do Estado**, [S. l.], n. 1,

1997. Disponível em: www.bresserpereira.org.br/ver_file_3.asp?id=2789. Acesso em: 13 ago. 2018.

PEREIRA, Ricardo Moraes. **Do positivismo ao positivismo jurídico**: reverberações na formação do bacharel em direito. 2017. Dissertação (Mestrado em Educação) -- Programa de Pós-Graduação em Educação Universidade do Vale do Sapucaí, Pouso Alegre, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/paulo/Downloads/2550-15102-4-PB.pdf>. Acesso em: 5 maio 2021.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rui Ribeiro. Breves notas sobre o regime da arbitragem tributário. *In*: CELESTE, Isabel (coord.). **Arbitragem administrativa e tributária**: problemas e desafios. 2. ed. Portugal: Almedina, 2012.

PETROBRÁS. **Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A.** Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 6, jul./set. 2005.

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andrea; FERNANDES, André Luiz Fonseca. Um olhar para a arbitragem tributária: comparativo das propostas no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48. p. 743-767, 2º sem. 2021.

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andrea; FERNANDES, André Luiz Fonseca. Um olhar para a arbitragem tributária: comparativo das propostas no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48. p. 743-767, 2º sem. 2021.

POMBO, Barbará. Disputa bilionária entre União e minoritários da Petrobrás deve ser julgada pela justiça. **Valor Econômico**, São Paulo, 30 set. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/09/30/stj-disputa-bilionaria-entre-uniao-e-minoritario-da-petrobras-deve-ser-julgada-pela-justica.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2021.

POMPERMAIER, Cleide Regina Furlani. **A transação tributária e a possibilidade de se conceder desconto sobre o montante principal do débito**. [S. l.], 3 mar. 2020. <https://jus.com.br/artigos/79902/a-transacao-tributaria-e-a-possibilidade-de-se-conceder-desconto-sobre-o-montante-principal-do-debito/2>. Acesso em: 30 maio 2020.

PONTE, Marcelo Dias. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, n.16, p. 305-334, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 20 out. 2019.

PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. **Câmara de Mediação e Conciliação**. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2016. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=547m. Acesso em: 10 out. 2021.

PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. **Prefeitura lança nova administração tributária e modelo inédito de mediação no Brasil**. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 21 set. 2021. Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/gp/noticias/prefeitura-lanca-nova-administracao-tributaria-e-modelo-inedito-de-mediacao-no-brasil>. Acesso em: 10 out. 2021.

PORTO, Éderson Garin. **A colaboração no direito tributário**: por um novo perfil de relação obrigacional tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PORTUGAL. ([Constituição, 1976]). **Constituição da República Portuguesa**. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 09 abr. 2021.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 398/98** [Lei geral tributária]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1998-34438775>. Acesso em: 30 maio 2021.

PORTUGAL. Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT). Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. **Diário da República Eletrônico**, Lisboa, 1.ª série, n. 14, 20 jan. 2011. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/10-2011-280904>. Acesso em: 10 jan. 2021.

PORTUGAL. **Resolução do Conselho de Ministros n. 175 de 2001**. Lisboa, 2001. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1482&tabela=leis. Acesso em: 20 fev. 2021.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O novo processo civil brasileiro**: presente e futuro. Londrina: Thoth, 2020.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, DF, ano 50, n. 199, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502916/000991396.pdf?sequence=>. Acesso em: 10 ago. 2020.

RIBEIRO, Fernando Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, n. 17, p. 51, 2008.

RIBEIRO, Leonardo Ferrez da Silva. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** (art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1.988). [S. l.], 2007. Disponível em: <http://rafaelinformatica.com.br/silvaribeiro/artigospdf/a14.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

RICUPERO, Bernardo. Raymundo Faro e as interpretações do Brasil. **Perspectivas**, São Paulo, n. 28, p. 37-55. 2005. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/>

bitstream/handle/11449/108163/ISSN1984-0241-2005-28-37-55.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 jan. 2020.

RIO VERDE. **Lei n. 7.073, de 06 de maio de 2020**. Rio Verde: Prefeitura Municipal, 2020. Disponível em: <https://www.rioverde.go.gov.br/wp-uploads/2020/07/Recupera-Lei-7073-06-de-maio-de-2020.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Maria José. Com quase dez anos, Código florestal ainda enfrenta desafios em sua implementação. **Agência de Notícias da Indústria**, São Paulo, 28 set. 2021. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/sustentabilidade/com-quase-dez-anos-codigo-florestal-ainda-enfrenta-desafios-em-sua-implementacao/>. Acesso em: 28 set. 2021.

ROMERO, Eduardo Silva. América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. *In*: KLOOR, Adriana Dreyzin de; ARROYO, Diego P. Fernández (dir.). **Arbitraje**. Buenos Aires: Zavalia, 2004.

SALANUEVA, Olga; GONZÁLEZ, Manuela. **Los pobres y el acceso a la justicia**. 1. ed. La Plata: Eduulp, 2011.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; MIRANDA, Daniel Carreiro. **A contribuição da hermenêutica filosófica para compreensão do direito e sua aplicação**. [S. l.], 2013. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ab8f86410b4f3bd#:~:text=A%20Hermen%C3%AAutica%20Filos%C3%B3fica%20gadameriana%20fundada,hermen%C3%AAutica%20e%20seu%20desenvolvimento%20hist%C3%B3rico>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SALLA, Ricardo Medina, **Arbitragem e administração pública – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johnsons di. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018.

SCHIMDT-ASSMANN, Jonh Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Simon Schwartzman. 4. ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

SILVA, Arício Vieira. **A ausência da defensoria pública no Estado de Goiás como ofensa à dignidade da pessoa humana**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2010. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/2625>. Acesso em: 10 dez. 2018.

SILVA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e fazenda pública. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem**: estudos sobre al 13.129 de 2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, Matias Gonsales. **A Quarta Revolução Industrial e seus possíveis efeitos no direito, economia e política**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/B86DDA9403078E_AQuartaRevolucaoIndustrialeseu.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

SOUTELINHO, Susana. A arbitragem tributária - uma realidade? *In*: CELESTE, Isabel (coord.). **Arbitragem Administrativa e tributária**: problemas e desafios. 2. ed. Portugal: Almedina, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. *In*: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento. conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção os pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. Livro-carta nº 1. São Leopoldo, Edição do Autor, 2017.

TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 264, p. 83-107, 2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 735, p. 39-48, jan. 1997.

THE WORD BANK. **Business Enabling Environment (BEE)**. Washington, DC: Banco Mundial, 2021. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings>. Acesso em: 20 jun. 2021.

THE WORLD BANK. **Doing business**. Washington, DC: Banco Mundial, 2021. Disponível em <https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>. Acesso em: 10 ago. 2021.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da. Os contratos administrativos e a arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, ano 8, n. 29, jan./mar. 2011.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2012.

TOLEDO, José Eduardo. **Arbitragem tributária e o PL 4468/2020**. [S. /], 9 set. 2020. Disponível em <https://www.ibet.com.br/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020/>. Acesso em: 30 out. 2021.

TORRES, Heleno Taveira. Novas medidas de recuperação de dívidas tributárias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-17/consultor-tributario-novas-medidas-recuperacao-dividas-tributarias>. Acesso em: 11 ago. 2021.

TORRES, Heleno Taveira. Transação, Arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para a resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. **Revista Fórum de Direito Tributário**, São Paulo, ano 1, n. 2, mar./abr. 2003.

TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. **Revista Fórum de Direito Tributário**, São Paulo, ano 1, n. 2, mar./abr. 2003.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores de direito**. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VASCONCELOS, Rita Alexandra Augustinho. **Arbitragem tributária em Portugal**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Empresariais) -- Universidade de Lisboa, Portugal. 2019. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/19944/1/DM-RAAV-2019.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

WALD, Arnaldo. Arbitragem envolvendo entes estatais: a evolução da jurisprudência e a lei n. 13.129, de 26-5-2015. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem**: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-215. São Paulo: Saraiva, 2016.

WARAT, Luiz Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. *In*: WARAT, Luiz Alberto (org.). **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Florianópolis; Buenos Aires: ALMED, 1998.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. (apresentação de Humberto Teodoro Júnior).

WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. *In*: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.