

3. Reflexões sobre a criação da arbitragem tributária no Brasil: subsídios para criação de um modelo brasileiro de arbitragem tributária

Tathiane Piscitelli
Paulo César Conrado
Andréa Mascitto

Este texto de 2019 marca o início do compromisso do Grupo com o estudo mais aprofundado da arbitragem tributária, voltado ao debate público do tema e à reunião de subsídios para elaboração de um modelo normativo brasileiro deste método heterocompositivo de resolução de controvérsias.¹

Identificou-se, então, a necessidade de avaliação dos seguintes tópicos: (i) natureza da norma (se necessária) de criação da arbitragem tributária; (ii) momento adequado à sua instituição concreta, abrangendo créditos pré- e/ou pós-constituídos; (iii) necessidade de garantia na via arbitral; (iv) possibilidade de reconhecimento, em arbitragem, de indébito tributário; (v) extensão e limites da matéria arbitrável; (vi) natureza da instituição arbitral competente e seu critério de eleição; (vii) critérios para formação do tribunal arbitral e eleição de árbitros; (viii) aplicação ou não da lei da arbitragem (Lei n. 9.307/96), ainda que de forma subsidiária, vis-à-vis a ideia de autonomia da arbitragem tributária; e (ix) definição das hipóteses (se for o caso) para ulterior judicialização.

Os artigos da coletânea que vêm a seguir retratam a posição do Grupo sobre os tópicos anteriores. Uma premissa os une: a concretização dos valores constitucionalmente definidos do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, reverberados no sistema tributário nacional, demanda amplo e eficaz acesso à justiça, que promova solução rápida de disputas e arrecadação eficiente.

¹ Cf. PISCITELLI, Tathiane; CONRADO, Paulo Cesar; MASCITTO, Andréa. Reflexões sobre a criação da arbitragem tributária no Brasil. *JOTA*, 6 jul. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/reflexoes-sobre-a-criacao-da-arbitragem-tributaria-no-brasil-06072019#sdfootnote1anc>. Acesso em: 24 ago. 2021.

A arbitragem pode servir, como reconhecem os autores deste e dos demais artigos, para intensificar o acesso à justiça na área tributária.

Desde o início de 2017, o Núcleo de Direito Tributário do Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP vem se dedicando ao estudo de métodos alternativos de resolução de conflitos (ADRs) em matéria tributária. Em 2018, essa atuação se intensificou, seja pelo diálogo constante com acadêmicos e técnicos portugueses, que já têm a arbitragem tributária amplamente consolidada, seja pela realização de seminários e produção bibliográfica.²

Especificamente neste ano de 2019, o Grupo atualmente coordenado pelos autores deste texto vem se concentrando na discussão e elaboração de projeto normativo para a criação da arbitragem tributária no Brasil, reunindo-se mensalmente, nesse propósito, com membros da academia, advocacia pública, advocacia privada e magistratura com tal finalidade.

O Grupo identificou vários pontos importantes para reflexão e debate, ao lado de desafios que precisam ser enfrentados. Para tanto, é fundamental a discussão pública dos temas, a fim de amadurecê-los e então formatá-los num projeto de lei.

Nesse contexto, divulgaremos os pontos centrais em artigos a serem periodicamente publicados neste espaço, sobre temas como: (i) natureza da norma (se necessária) de instituição da arbitragem tributária, (ii) momento adequado à instituição concreta da arbitragem, abrangendo créditos pré e/ou pós constituídos, (iii) necessidade de garantia na via arbitral, (iv) possibilidade de reconhecimento, via arbitragem, de indébito tributário, (v) extensão e limites das matérias arbitráveis, (vi) natureza da instituição arbitral competente e seu critério de eleição, (vii) critérios para formação do Tribunal arbitral e eleição de árbitros, (viii) aplicação ou não da lei da arbitragem comercial, ainda que de forma subsidiária *vis-à-vis* com a ideia de autonomia da arbitragem tributária, (ix) definição das hipóteses (se o caso) para ulterior judicialização.

Como se vê, o rol é extenso e, mesmo assim, não exaure as inúmeras questões que o tema atrai para discussão. A ideia, no entanto, é jogar luzes sobre as reflexões do Grupo relativas aos desafios da arbitragem tributária no Brasil, bem como sobre os aspectos que deverão ser enfrentados e amadurecidos em

2 Confira-se: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

debate público. O objetivo final é possibilitar a estruturação de uma norma juridicamente viável para a criação desse método num sistema multiportas de solução de controvérsias em matéria tributária entre Fisco e contribuinte, além de contribuir para a reflexão estruturada e séria sobre o tema.

Os recentes movimentos da Procuradoria da Fazenda Nacional no sentido da cobrança mais eficaz dos créditos tributários, bem como da aplicação do negócio jurídico processual em matéria tributária atestam que há ambiente institucional para cogitarmos de métodos alternativos de resolução de conflitos em matéria tributária.

No mesmo sentido, vale destacar a alteração da Lei n. 9.307/96 pela Lei n. 13.129/2015, para possibilitar a arbitragem com a administração pública: trata-se de passo relevante, que abre caminhos para o direito tributário.

Por fim, ainda que devamos debater a necessidade de alteração do Código Tributário Nacional para esse fim, alterações constitucionais não seriam necessárias, ao mesmo tempo em que a arbitragem pode se revelar como instituto relevante para o aumento da arrecadação tributária, com maior eficiência e segurança para os jurisdicionados. Isso não implica, naturalmente, afastar a importância do debate judicial ou promover a mera substituição de vias.

A reflexão que se propõe está limitada à ampliação das possibilidades de solução de disputas em matéria tributária, com intensificação do acesso à justiça e, assim, às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

