

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E LETRAS
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA POLÍTICA

MÁRIO SÉRGIO GOMES NOGUEIRA LIMA

**A ARBITRAGEM PERANTE OS ENTES PÚBLICOS: ALTERNATIVA CRISE
DO JUDICIÁRIO OU CRISE DO ESTADO?**

TERESINA-PI

2016

MÁRIO SÉRGIO GOMES NOGUEIRA LIMA

**A ARBITRAGEM PERANTE OS ENTES PÚBLICOS: ALTERNATIVA CRISE
DO JUDICIÁRIO OU CRISE DO ESTADO?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Política da Universidade Federal do Piauí como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientação: Prof. Dr. Raimundo Batista dos Santos Júnior

**TERESINA-PI
2016**

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Humanas e Letras
Serviço de Processamento Técnico

L732a Lima, Mário Sérgio Gomes Nogueira.
A arbitragem perante os entes públicos: alternativa
crise do judiciário ou crise do Estado? / Mário Sérgio
Gomes Nogueira Lima. – 2016.
144 f.

Dissertação (Mestrado em Ciência Política) –
Universidade Federal do Piauí, 2016.
Orientação: Prof. Dr. Raimundo Batista dos Santos
Junior.

1. Estado. 2. Globalização. 3. Arbitragem. I. Título.

CDD 341.4618

MÁRIO SÉRGIO GOMES NOGUEIRA LIMA

**A ARBITRAGEM PERANTE OS ENTES PÚBLICOS: ALTERNATIVA CRISE
DO JUDICIÁRIO OU CRISE DO ESTADO?**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado Acadêmico em Ciência
Política da Universidade Federal do
Piauí como requisito para a obtenção do
título de Mestre em Ciência Política.

Aprovada em: Teresina (PI), ____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora

Prof^o. Dr. Raimundo Batista dos Santos Júnior (Orientador)
UFPI

Prof^a. Dra. Ana Beatriz Martins dos Santos Seraine
UFPI

Prof^o. Dr. Fernando Ferreira dos Santos
UFPI

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Manoel Nogueira Filho (in memoriam) e Marlene, sem os quais nada disso seria possível; aos meus Irmãos Sheyla e Marcos pelo incentivo; à Giselle, minha amada esposa, pela paciência e auxílio durante todo o trabalho; Ao professor Dr. Raimundo Batista dos Santos Júnior, pela retidão prestada auxiliando e mostrando o caminho a seguir na produção deste trabalho; Por fim, agradeço a Deus, sempre presente na minha vida!

DEDICATÓRIA

A Serginho, Cecília e Íris
Luzes que iluminam minha vida.

RESUMO

O presente trabalho, que está inserido na linha de pesquisa **Estado e Desenvolvimento Econômico e Social**, tem por objeto final defender o instituto da Arbitragem como instrumento singular para o tratamento de conflitos, inclusive perante os entes públicos. No primeiro capítulo expõe-se uma análise do Estado a partir da Paz de Westphalia. De lá segue tratando das principais crises e evoluções que foram afetando o Estado ao longo dos tempos até chegar à época atual. Ao fim do capítulo aborda-se as dificuldades do Estado diante do novo cenário mundial passando pelo fenômeno da Globalização com seus reflexos que universalizaram o mundo e as conseqüências que trouxeram as novas realidades para serem observadas e tratadas também sob a ótica transnacional, enfocando também o papel da Lex mercatória usada há séculos no mercado internacional. O capítulo se encerra culminando tratando de uma nova crise do estado, a do Poder Judiciário que é fortemente atacado e tido como inútil e obsoleto, face a gama variada de litígios, necessitando de alternativas e busca de novas soluções, apresentando se a arbitragem como uma dessas soluções. A segunda parte trata especificamente do Instituto da Arbitragem, retratando-o nas suas bases de sustentação e a necessidade de se pensar na opção de instrumento viável que possa servir como caminho eficiente e eficaz para tratar conflitos e equacionar Atores das mais diversas qualidades que convivam e atuem nesse cenário que está sendo construído para além do Estado. Por fim o último capítulo versa sobre a Arbitragem sob novas perspectivas usando se deste instrumento para os novos desafios face os entes públicos, desde a arbitragem administrativa, arbitragem tributaria, passando pelo exemplo do Estado Português onde esses métodos já são aplicados. Encerra-se com o tema especificamente tratando se da Arbitragem Internacional contextualizada dentro da realidade contemporânea como ferramenta de cunho universalizante para o tratamento de conflitos à frente de relações que ocorrem em cenários e por ações que não mais se limitam a qualquer linha territorial de qualquer Estado soberano, citando novos exemplos no direito comparado.

Palavras-Chaves: Estado. Globalização. Arbitragem.

ABSTRACT

This work, which is inserted in the search line and State Economic and Social Development, has the final object defend the Arbitration Institute as a unique tool for the treatment of conflicts, including before public bodies. In the first chapter sets out an analysis of the state from the Peace of Westphalia. From there follows dealing with major crises and changes that have been affecting the state over time to arrive at the present time. At the end of chapter covers up the state's difficulties before the new world scene through the Globalization phenomenon with their reflections that universalized the world and the consequences brought new realities to be observed and also treated under the transnational perspective, also focusing on the role of Lex mercatoria used for centuries in the international market the chapter concludes culminating dealing with a new crisis of the state, the judiciary is strongly attacked and seen as useless and obsolete, given the diverse range of disputes, requiring alternatives and search new solutions, with the arbitration as one of these solutions. The second part deals specifically with the Arbitration Institute, portraying it in their support bases and the need to think of viable tool option that can serve as efficient and effective way to deal with conflicts and equate Actors from various qualities coexisting and act in this scenario being built beyond the state. Finally, the last chapter deals with the Arbitration under new perspectives using if this instrument to the new challenges face the public entities, from the administrative arbitration, Tax arbitration, through the example of the Portuguese State in which such methods are already applied. Closes with the subject specifically addressing whether the International Arbitration contextualized within contemporary reality as universalizing imprint tool for handling conflicts ahead of relationships that occur in scenarios and actions that are no longer limited to any land line of any State sovereign, citing new examples in comparative law.

Keywords: State. Globalization. Arbitration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - Estado como objeto de análise face a crise do Judiciário	14
1. A criação do Estado.....	15
1.1 Um Conceito de estado.....	15
1.2 Duas Concepções sobre a origem do estado.....	19
1.2.1 A Formação natural.....	19
1.2.2 A Formação contratada.....	20
1.2 Elementos essenciais para formação do Estado.....	22
1.2.1 A soberania.....	23
1.2.2 A Jurisdição.....	27
1.3 Modelos e crises do Estado.....	31
1.3.1 O Absolutismo monárquico.....	32
1.3.2 O Estado liberal.....	34
1.3.3 O Estado social democrata ou de bem-estar social.....	37
1.3.4 O Estado neoliberal.....	42
1.4 Lex mercatoria e globalização.....	47
1.5. O Estado nacional <i>versus</i> Estado transnacional.....	51
1.6 A crise do poder judiciário e arbitragem como uma solução.....	55
Considerações parciais.....	57
CAPÍTULO II - Arbitragem	58
1. Conceito de arbitragem.....	58
2.2 Premissas históricas da arbitragem.....	61
2.2.1 Da antiguidade.....	61
2.2.2 Grécia.....	62
2.2.3 Roma.....	65
2.2.4 Idade Média.....	67
2.2.5 Idade Moderna.....	69
2.2.6 Atualidade.....	70
2.3 Tipos de arbitragem.....	72
2.4 Arbitragem x outros métodos de resolução de conflitos.....	74

2.4.1 O Instituto da composição.....	74
2.4.2 O Instituto da conciliação.....	76
2.4.3 O Instituto da mediação.....	78
2.5 Natureza jurídica.....	82
2.5.1 Arbitragem jurisdicional – publicista ou processualista.....	84
2.5.2 Arbitragem contratual – privatista.....	85
2.5.3 Arbitragem de direito e de equidade.....	89
Considerações parciais.....	89
CAPÍTULO III - Arbitragem perante Entes Públicos.....	90
3. Arbitragem administrativa.....	92
3.1 Da Administração pública e a arbitragem.....	97
3.2 Arbitragem administrativa ou arbitragem no direito administrativo?.....	99
3.3 Arbitragem tributaria.....	103
3.3.1 A arbitragem e o sistema do fisco.....	104
3.3.2 A arbitragem, o Estado e o cidadão.....	106
3.3.3 Admissibilidade da arbitragem: as novas esferas de disponibilidade no direito tributário.....	111
3.3.4 Arbitragem e conflito.....	113
3.3.5 Arbitragem como direito potestativo à composição de litígios.....	114
3.3.6 Termos e condições objetivas do acordo arbitral:.....	115
3.3.7 A arbitragem como forma de extinção de litígios.....	117
3.4 O exemplo do caso Português.....	118
3.4.1 História da arbitragem em Portugal.....	118
3.4.2 Fundamento constitucional dos tribunais arbitrais.....	120
3.4.3 Centros de arbitragem institucionalizada.....	122
3.4.4 Admissibilidade da arbitragem em direito público.....	123
3.4.5 Arbitragem em direito administrativo.....	123
3.5 Outros casos Internacionais.....	125
Conclusão.....	129
Bibliografia.....	134

INTRODUÇÃO

No passado, antes da criação de um Estado forte, a convivência social era pautada pela auto tutela ou vingança privada, onde tinha valor a superioridade do mais forte. Imperava a autodefesa ou a auto composição entre as partes que possuíam diferenças para serem ajustadas.

No decorrer do tempo, a época de decisões privadas deram espaço para o surgimento dos árbitros, dos pretores e, por fim, do Estado-Juiz. A partir daí, a Justiça, que até então era basicamente privada, se torna pública e o Estado recebe o poder de ditar o Direito à Sociedade.

Porém, no decorrer dessa evolução, apesar do Estado ter liderado a produção do Direito e a sua aplicação, nunca teve a hegemonia sobre o mesmo. Ou melhor: Nunca foi exclusivo nessa seara.

A Sociedade evoluiu e junto dela foram se aperfeiçoando as regras para o tratamento dos Conflitos existentes e que nela se criavam. Conflitos normais de existir quando se vive em comunidade e que foi fator determinante para a evolução.

No conjunto dessa evolução, o Estado, entre crises e desafios, foi se aperfeiçoando e progrediu junto à linha da história, posicionando se hoje em um cenário completamente diferente daquele pensado por Montesquieu.

O mundo mudou e as relações existentes se tornaram muito mais rápidas e cada vez mais complexas. Nesse mundo globalizado onde a rede de computadores avança na velocidade do pensamento, não existe mais perto nem longe. Não existem mais limites espaciais. As distâncias praticamente desapareceram. Tudo ocorre apenas a um click do resto do mundo.

Os limites impostos e o respeito à soberania pactuados da Paz de Westphalia se deterioraram e a sociedade se viu envolvida diante do fenômeno da globalização com consequências imprevisíveis.

Diante disso, surgiu o que vem a ser conhecido como Transnacionalização cujo princípio das relações se baseia praticamente no desrespeito a qualquer limitação territorial ou soberania estatal.

A consequência disso é o surgimento de conflitos, que necessitam ser tratados de maneira equitativa não só pelos múltiplos atores envolvidos, mas pela diversidade das relações, sejam elas jurídicas ou não.

Nesse contexto se faz necessário um instrumento que consiga unir fundamentos e superar os desafios criados diante de relações desfeitas, buscando diminuir os embates e tentando evitar a eternização dos conflitos. Eis aí que surge a Arbitragem, tema do presente trabalho, como uma possível solução.

Neste momento retorna-se a época em que o homem resolvia todos seus conflitos sem a interferência do Estado, lógico que sem o uso da vingança privada, que na antiguidade era o principal instrumento utilizado.

Diante dos novos cenários globais e multinacionais onde o Estado e a sociedade não conseguem chegar, inclusive no comércio e no Direito Internacional, faz se necessário o uso de novos instrumentos para resolução de conflitos.

É certo que não é só dever do Estado resolver os conflitos da sociedade, mas esse tem o papel principal, respeitando se os limites legais para tal ato. Mas o que se vê é o retorno da época onde o Estado intervia minimamente nessas relações e o homem se utilizava de outros modos para resolver suas quizilas.

Entre os diversos instrumentos existentes, tais como a auto composição, mediação e conciliação, será estudado e apresentado no presente trabalho apenas um que é o instituto da arbitragem, inserido numa nova perspectiva: A arbitragem perante os entes públicos.

Nesse contexto, diante de um mundo cada vez mais globalizado em que o uso da arbitragem na esfera administrativa e também na tributária no cenário internacional é a evolução do próprio instrumento, apresenta-se a presente pesquisa com objetivo geral de compreender o instituto jurídico da arbitragem como alternativa a soluções de conflitos também perante os entes públicos.

Seguindo então essa linha que os objetivos específicos do trabalho foram desenvolvidos sendo eles:

a) compreender as crises do Estado e seus limites fundamentais para revelando sua evolução no decorrer do tempo a partir dos tratados de westphalia.

b) pesquisar e examinar as dificuldades do Estado diante do fenômeno da globalização e seus reflexos na atual sociedade contemporânea;

c) estudar e verificar a possibilidade do uso de um instrumento alternativo que ajude a superar a mais uma crise vivida pelo estado, *in casu*, no poder judiciário, que tenha precisão e que possa ser eficiente e eficaz para tratar conflitos que envolvam também conflitos diante do próprio Estado.

d) investigar e tratar do instituto da arbitragem como alternativa as questões perante os entes públicos, inserindo aí questões administrativas e querelas junto ao fisco.

Como resultados, tentar-se-á responder a problemática criada pela pesquisa:

Considerando as crises que já afetaram o Estado e ainda continuam afetando, principalmente diante de um cenário globalizado onde se quebram os limites da soberania numa velocidade cada vez maior, o tratamento de conflitos, nesta nova seara, pode ser equacionado por meio de Arbitragem? A arbitragem pode ser usada para resolver os litígios com os entes públicos?

Diante do supracitado foram levantadas as seguintes hipóteses:

1. Considerando a nova realidade social contada a partir da Paz de Westphalia, o Estado vem enfrentado crises e dificuldades para se manter soberano ao longo do tempo. Está ele preparado para responder a altura esses novos desafios diante da globalização e da fragmentação da soberania nacional.

2. Com o surgimento e o crescimento do fenômeno globalização as fronteiras nacionais se desintegraram e há diversas relações jurídicas que ultrapassam os limites da soberania jurisdicional do Estado.

3. Baseando-se nisse há possibilidade do uso de um instrumento que seja alternativa eficiente e eficaz para o tratamento de conflitos que eventualmente possam surgir inserindo se aí o próprio estado, como ente público, diante do surgimento crescente de novas demandas que ocorrem paralelamente à soberania estatal e ao território nacional.

4. Apesar de no passado a arbitragem ter sido o primeiro instrumento de auto composição, seu desprezo após o uso da força pelos Estados, com esse novo contexto, pós globalização, a arbitragem retorna ao centro como alternativa para solução de conflitos ultrapassando os limites das fronteiras nacionais.

5. Com a universalização do comércio, o uso da *lex mercatória* que já cruzava os limites nacionais, o instituto jurídico da arbitragem se apresenta como instrumento com aptidão para tratar as novas demandas.

6. Diante desse novo cenário, com crises cada vez mais constantes do Estado, onde o crescimento dos conflitos supera o alcance dos braços estatal, devido a sua complexidade e a necessidade de solução mais rápida, a morosidade e a ineficiência do próprio Estado, *in casu* o Judiciário, fica evidente transferindo para a arbitragem seja ela

perante o privado ou o público, maior relevância face suas atribuições técnicas, dinâmicas e cogentes.

Seguindo essa linha, os resultados do presente trabalho, seguem desenvolvidos sob o prisma da problemática e das hipóteses acima citadas, sendo expostos com a seguinte formatação:

O primeiro capítulo trata da crise do Estado, partindo da sua construção desde a Paz de Westphalia, passando por considerações sobre sua formação e os principais pressupostos essenciais para sua existência, conjugando suas formas entre os modelos absolutista, liberal, social democrata e neoliberal, das debilidades e dificuldades de funcionamento do Estado frente ao fenômeno da globalização. Por fim, encerrando o capítulo I, coloca-se a crise que está posta no poder Judiciário e apresenta-se a arbitragem como uma alternativa viável.

No segundo capítulo, o instituto jurídico da arbitragem aparece como temática principal analisado como instrumento de opção para o tratamento de conflitos que surjam ou que já estejam instalados em um cenário que não tem mais o controle soberano do Estado, muito menos os mecanismos tradicionais que este tem possuem o alcance necessário, preciso, eficiente e eficaz para dirimir situações reais e concretas instaladas fora das suas linhas de soberania.

Ao final, o terceiro capítulo, apresenta-se a arbitragem perante entes públicos, iniciando-se pela arbitragem administrativa, passando pela arbitragem tributária, demonstrando a título de exemplo o modelo do Estado Português, onde esse instrumento já é utilizado. O uso desse instrumento na sua primeira parte, versa sobre o fenecimento do Estado, finalizando a última etapa da pesquisa abordando o uso da arbitragem contextualizando o instituto na realidade contemporânea, considerando-se o como modalidade de tratamento de conflitos à frente de cenários que não mais se limitam a qualquer linha territorial de algum Estado soberano.

No que pertine ao Método utilizado na construção deste trabalho, foi adotado o indutivo, bem como se optou pelas técnicas de categoria, de fichamento e de pesquisa bibliográfica de fontes documentais.

Ao final, pretende-se demonstrar a importância do uso da arbitragem como forma de composição de conflitos numa nova perspectiva, bem como identificar, a partir dos temas propostos, alguns limites, ameaças e desafios à consolidação dessa cultura como forma de pacificação social e acesso à Justiça.

CAPÍTULO II

ARBITRAGEM

Com a globalização, houve uma mudança inegável nas conexões entre os Estados, onde as fronteiras até ali definidas se desintegraram.

Nitidamente após a 2ª Guerra Mundial, as sociedades nacionais se transformaram em sociedades, com reflexos sobre o próprio Estado, que concretizado sob a forma de Estados-Nacionais se vêm acelerando eventuais mudanças e transformações surgindo o Estado transnacional.

Por consequência dessa transformação, houveram mudanças nas relações sociais, que tornaram-se mais complexas, com reflexos inimagináveis a bem pouco tempo atrás.

Seguindo essa linha, na mesma velocidade e complexidade dessas inter-relações também se elevaram os níveis de interesse social, aumentando a probabilidade de conflitos e, seus reflexos na ordem jurídica. Com efeito, a própria relutância de uma das partes, exige-se mais empenho para por fim a demanda, pelo menos que se aprecie de forma mais personalizada o caso concreto.

Como resultado desses novos tempos faz-se necessário o surgimento de novos instrumentos para o tratamento de conflitos com características tão distintas, alternativas as estruturas arcaicas dos Estados ainda baseadas na autonomia de suas respectivas soberanias, porque elas podem não representar o caminho mais apropriado para ser adotado ou indicado.

Para o tratamento de conflitos, o Estado propõe tradicionalmente o Judiciário que, em caso de não cumprimento espontâneo das prescrições normativas por parte dos indivíduos, é chamado a “dizer o Direito”.

Atualmente a tarefa de “dizer o Direito” encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas dos parâmetros tradicionais.

As mudanças socioeconômicas advindas da economia globalizada, caracterizada por novas modalidades de empreendimentos, volatilidade de capitais, dinamismo das

empresas, internacionalização e diversificação das cadeias de produção e consumo, aumento dos impactos ambientais, expansão da velocidade da informação, mudanças nas relações de trabalho, vêm tornando as relações mais complexas em vários segmentos, exigindo que o processo decisório seja mais rápido e dinâmico.

Desta feita, como disse FIGUEIRA JÚNIOR⁹⁰ “para a solução desses conflitos, a jurisdição estatal já se mostrou historicamente inadequada, sobretudo porque envolve a delicada e não menos problemática questão da soberania entre os Estados e de suas respectivas jurisdições”.

Num cenário onde há uma variedade de atores e interesses interagindo através de uma rede cada vez mais complexa os desafios globais, representados por essas inéditas relações, exigem respostas rápidas e eficientes por parte do Direito e da própria sociedade entrelaçados entre si.

No atual contexto percebe-se que as proposições particulares apresentadas por cada Estado para cuidar dos conflitos que surgem em demasia não conseguem alcançar ou acomodar situações complexas que estejam além do Estado, bem como há necessidade de uma mudança no perfil estatal, de uma releitura na busca de ferramentas que possam servir para o tratamento de conflitos que advenham desse ambiente, de modo que os comandos sejam mais combinados autonomamente, adequados ao caso concreto, agregando mais credibilidade.

É nesse sentido, que uma opção que surge ⁹¹“[...] como instrumento viável de pacificação social e mundialmente aceito para dirimir os litígios de maneira civilizada, rápida, menos onerosa e efetiva [...]”, é o instituto jurídico da Arbitragem.

Ele pode servir tanto entre Estados, como entre membros da sociedade, ou entre ambos conjugados, mesmo que estejam localizados em posições diferentes ou regidos por sistemas jurídicos, legislações, culturas, costumes e até idiomas ou outras situações diversificadas.

Aliás, o tratamento particular de conflitos é antes e acima de tudo um fenômeno social, sintoma importante de maturidade cultural e educacional na medida em que se percebe ser possível viver tranquilamente em sociedade sem a opressiva e onipresente presença ostensiva da força do Estado.

⁹⁰FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. Análise crítica da Lei 9307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 36.

⁹¹FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. Análise crítica da Lei 9307, de 23.09.1996. p. 36.

Como destaque então, registra-se que é sobre o instituto jurídico da Arbitragem que será tratado, doravante, com as particularidades objetivas necessárias para colocá-lo nesta altura do trabalho e analisá-lo dentro da proposta inicial que lhe deu origem. Antes, porém, vale trazer um conceito, útil para o momento.

2.1. Conceito de Arbitragem

Tal como ocorre com outros institutos jurídicos, há, na arbitragem, por um lado, características que lhes são próprias, e, por outro, outras que lhe assemelha a outros temas de estudo. Isto, via de regra, ocorre por terem em comum sua origem, ou, ainda, serem algumas figuras fruto da evolução de outras.

Segundo Carlos Alberto Carmona⁹²:

A arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada - decorrente do princípio da autonomia da conta das partes - para exercer sua função, decidindo com base em tal convenção, sem intervenção estatal, tendo a decisão idêntica eficácia de sentença proferida pelo Poder Judiciário. Tem como objeto do litígio direito patrimonial disponível .

Paulo Furtado e Uadi Lammêgo⁹³ conceituam a Arbitragem da seguinte forma:

[...] Surgido o conflito de interesses entre os particulares, pode dar-se a autocomposição, ou podem eles encarregar da resolução do litígio pessoa ou pessoas diversas, distintas dos interessados, terceiros, e estaremos diante da heterocomposição do conflito. Se esses particulares convergem as vontades no sentido de nomear um terceiro, com o objetivo de oferecer solução ao litígio, suscetível de apreciação por este, que não o juiz estatal, comprometendo-se os figurantes, previamente, a acatar sua decisão, temos a arbitragem .

Fouchard (1965) define a arbitragem como “um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instalada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizados ou autorizados pelos litigantes”⁹⁴.

Cretella Júnior⁹⁵ descreve a Arbitragem como:

⁹²CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁹³FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-9-1996. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. pág. 29.

⁹⁴FOUCHAR, Philippe. L'Arbitrage commercial international. Paris: Dallaz, 1965.

Instituto que pretende abranger todas as espécies desta figura, ainda não comprometida por nenhum ramo da ciência jurídica, tratando-se de sistema especial de julgamento e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas que a esse subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, escolhem de comum acordo, a quem confia o papel de esolver-lhes pendência, assumindo os litigantes em aceitar e cumprir a decisão proferida.

Discorrendo sobre a Arbitragem Internacional, Álvaro Sérgio Cavaggioni⁹⁶ assim afirma:

No Direito Internacional Público, a arbitragem é o processo pelo qual dois ou mais Estados em divergência confiam a um, ou a mais terceiros a tarefa de solucionar o litígio por uma decisão que terá caráter obrigatório para as partes. Em geral, as partes interessadas organizam tribunais para buscar soluções pacíficas a entraves que podem resultar em guerras.

De acordo com Strenger⁹⁷, a arbitragem pode ser descrita

como o sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios sociais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação.

Tudo isso põe em relevo que a Arbitragem é uma modalidade diferenciada para o tratamento de conflitos, que permite ser convencionada entre as partes, adequadamente consentidas entre si, indicando quem irá tratar e decidir a situação exposta, sendo que a solução final encontrada é totalmente vinculativa entre os envolvidos, sem que eles possam imprimir recurso sobre ela, salvo eventual vício jurídico insanável.

Então, buscando reunir todos esses elementos de formação do conceito operacional da Arbitragem, BUZOID⁹⁸ construiu referencial primoroso que, pelas suas referências, fica adotado por aqui, a saber:

⁹⁵CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. Revista de Informação Legislativa, v. 25, nº 98, p. 127-138, abr./jun. de 1988.

⁹⁶CAVAGGIONI, Álvaro Sérgio. Arbitragem, ontem, hoje e sempre. In: Faculdade de Direito: direito e história, 1970-2005. Piracicaba: Unimep/IEP, 2005. 351 p. pág. 112.

⁹⁷STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo: LTr, 1998, 273 p. pág. 34

⁹⁸BUZOID, Alfredo. **Do juízo arbitral**. Texto da prova escrita do Professor Alfredo Buzaid, no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, iniciado a 15 de março de 1958. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v55i0p187-196>>. Acesso em: 10/06/2016.

Lato sensu, em definição categorial, que pretende abranger todas as espécies, definimos a arbitragem, ainda não comprometida com nenhum ramo da ciência jurídica, como “o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

De acordo com os conceitos apresentados permite-se, de um modo geral, identificar as principais características do mecanismo arbitral. Este se apresenta como um meio de resolução de litígios, alternativo aos Tribunais do Estado, constituindo, portanto, um meio extrajudicial de resolução de conflitos. É um método que requer a intervenção de um terceiro imparcial, isto é, de um árbitro, para solucionar o litígio. A decisão arbitral, por força da lei, produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo juiz tradicional, pelo que tem força de caso julgado.

2.2 Premissas históricas da Arbitragem

A história do ser humano, desde os primórdios das civilizações até a atualidade, mostra que os vários componentes da ordem social, política, econômica e cultural nortearam não só a conduta humana como estabeleceram os motivos causadores das diversas transformações que sofreram as regras que regulavam a vida em sociedade.

Nas sociedades primitivas os litígios eram resolvidos pelo uso da força física, prevalecendo o regime da vingança privada não regulamentada e da autotutela. Não havia juiz, distinto das partes, e nem ocorria a declaração de existência ou inexistência do direito⁹⁹.

2.2.1 Da Antiguidade

A história, por diversas vezes, tem revelado que as soluções de litígios entre grupos humanos encontraram procedimentos pacíficos através da mediação e da arbitragem, ao invés de optarem pelas guerras, em situações de conflitos entre Estados, ou pelo judiciário moroso, nas controvérsias entre particulares.

⁹⁹COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. Arbitragem e a Lei n. 9307/96. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pag.64

Na antiguidade, segundo Domke¹⁰⁰, o uso da arbitragem já era mencionado em escritos cuneiformes de Ur datados de 2.500 a.C., bem como o código de Hamurabi foi uma fonte de várias menções ao uso da arbitragem. Entretanto as traduções do Código normalmente utilizam-se da palavra, “juiz” para aquele que julga, prevendo formas públicas de sua destituição em caso de erro (inclusive com a imposição de multa).

Em estudos mais detalhados, aponta-se que, conquanto seja aceitável a postulação da existência de arbitragem privada na Mesopotâmia, a sua comprovação documental ainda não foi feita.

Domke¹⁰¹ refere-se ao uso comum da arbitragem no antigo Egito, ressaltando, porém, o fato de que sobreviveram poucos registros escritos de tais arbitragens, possivelmente por se desenrolarem fora do sistema oficial de solução de controvérsias. No entanto, aponta pelo menos dois casos em que há previsão do uso de arbitragem, em oposição ao sistema de solução de controvérsias do Estado. Por volta de 2.700 a.C., o chefe de Nekheb criou um fundo para as oferendas fúnebres após sua morte. O fundo seria administrado por sacerdotes e as disputas entre os sacerdotes e os leigos seriam resolvidas pela jurisdição normal. Entretanto, caso houvesse disputas entre os sacerdotes, elas seriam dirimidas pelos demais sacerdotes administradores do fundo, que decidiriam como árbitros.

Outro exemplo, datado de 2.300 a.C., também envolve a criação e administração de um fundo para homenagens fúnebres de uma pessoa chamada Senu-Ankh¹⁰². Há, ainda, referências aos sacerdotes e chefes de comunidades menores que agiram como juízes durante diversos períodos da história do Egito.¹⁰³

Os exemplos citados são encontrados em diversas citações doutrinárias, mas não podem ser considerados como corpo de evidência histórica considerável para um estudo aprofundado da arbitragem na antiguidade. Somente a partir de estágios posteriores da humanidade foi permitido um estudo mais aprofundado da arbitragem e mesmo assim de forma bem limitada.

2.2.3 Grécia

¹⁰⁰DOMKE, Martin. Domke on comercial arbitration: the Law and practice of commercial arbitration. 3. Ed.: Thompson West, 1997. In: DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. . São Paulo: Atlas, 2012. Pag23

¹⁰¹ DOMKE, Martin. Domke on comercial arbitration...cit., pag.24

¹⁰² DOMKE, Martin. Domke on comercial arbitration...cit., pag.25

¹⁰³DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012.

Na Grécia são ricos os exemplos característicos do emprego da arbitragem nas divergências entre deuses, usando-se também a mediação e arbitragem, como pode ser visto no exemplo que se segue.

A mitologia Grega e posteriormente a latina atribuem ao Julgamento de Páris, a primeira representação importante e famosa da arbitragem, mediante a atribuição do pomo d'oro à mais bela deusa do Olimpo. Durante o casamento de Peleu e Tétis, futuros pais de Aquiles, Eris, a deusa da discórdia, ofendida por não ter sido convidada, jogou no meio da mesa, onde ocorria o banquete, um pomo de ouro com a seguinte frase: “À mais bela”. As três deusas que o disputaram foram Era, Atenas e Afrodite. Zeus, senhor máximo dos Deuses, em seu ato de sabedoria, estabeleceu que não poderia ser outro que não o homem mais belo, a decidir quem era a mais bela, escolhendo Páris, príncipe de Tróia. Hermes foi encarregado de levar as três deusas até o jovem troiano e cada uma delas lhe prometeu uma recompensa em troca do pomo: Atenas, usando o dom da sabedoria, o tornou capaz de modificar os eventos e a matéria, até mesmo as leis da natureza, segundo sua vontade; Hera o fez tão rico que seus cofres não seriam capazes de guardar suas pedras preciosas e o seu ouro abundante, tão potente que a um gesto seu povos inteiros seria submetidos e tão glorioso que o seu nome ecoaria até as estrelas; Afrodite atenderia aos seus desejos amorosos concedendo-lhe como esposa a mulher mais bela existente, Helena. Páris escolheu esta última, provocando a ira das outras duas. A deusa do amor então ajudou Páris a raptar Helena, mulher de Menelau, rei de Esparta. O marido traído, desencadeou a Guerra de Tróia, razão pela qual o pomo de ouro ficou também conhecido por “pomo da discórdia” (BELLI, 1975 apud ZAPPALA, 2010¹⁰⁴).

É evidente que Zeus, apesar da sua sabedoria superior e legítimo juízo, se absteve de pronunciar-se sobre a questão, *in casu*, sobre quem seria a mais bela, encarregando Páris, talvez pela sua competência em termos de beleza e, seguramente, para evitar a cólera e vingança das duas perdedoras.

A arbitragem era uma instituição conhecida na Grécia tanto para solução de disputas entre suas cidades como entre seus cidadãos.¹⁰⁵ A arbitragem entre cidades assemelha-se à atual arbitragem de direito internacional público. Contudo há registros antigos de arbitragem também no plano de conflitos inter individuais.

Autores referem-se à arbitragem como um modo comum de solução de controvérsia já à época de Homero, permanecendo uma constante desde então. Mais ainda, afirma-se que arbitragem seria uma parte da vida cotidiana dos gregos e, ao

¹⁰⁴ZAPPALA, Francesco. Revista Meritum – Belo Horizonte – v. 6 – n. 1 – p. 101-132 – jan./jun. 2011.

¹⁰⁵DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012.

tempo de Demóstenes, haveria considerável sofisticação sobre o procedimento de arbitragem compulsória.¹⁰⁶

Para uma exata compreensão da arbitragem no sistema jurídico da Grécia antiga, deve-se considerar que havia dois tipos de arbitragem paralelos. A arbitragem pública, mais referida pelos diversos autores, era um procedimento formal que servia como uma espécie de primeira instância civil, para casos acima de determinada alçada (dez dracmas). Funcionavam como árbitros os cidadãos que estivessem em seu 60º ano de vida (fim do serviço militar). A atuação como árbitro era um serviço público, cuja desobediência acarretava a sansão de perda dos direitos civis, sendo escusados aqueles que estivessem no exterior ou exercendo outro cargo no período. Partes prejudicadas por árbitros poderiam apresentar queixas que, se procedentes, acarretariam a perda dos direitos civis do árbitro.¹⁰⁷

As partes tinham pouca ingerência na escolha dos árbitros ou no procedimento. Em primeiro lugar, o dever dos árbitros era buscar a conciliação entre as partes. Se esta não fosse possível, então a matéria era decidida. As decisões dos árbitros eram sujeitas a recurso ao dikasterion, que era uma espécie de versão reduzida da assembléia geral dos cidadãos de Atenas. O número de cidadãos necessários para a decisão do recurso dependia do valor da causa. Caso envolvesse valor superior a 1.000 dracmas, seriam 401. Em valores inferiores, 201. Desta feita, a arbitragem pública era um procedimento bastante institucionalizado e integrante do sistema judiciário grego.¹⁰⁸

Ao lado dessa arbitragem pública, existiu também uma arbitragem privada, desenvolvida por comum acordo entre as partes, sem envolvimento direto das instituições judiciárias (na medida em que se pode referir a tais instituições na Grécia antiga), e cuja decisão era final para as partes. Desde, pelo menos, o período clássico parece haver convivência entre os dois tipos de arbitragem, encontrando-se a arbitragem privada, embora reconhecida pelo sistema legal, em certa medida fora dele. A partir do quarto século antes de Cristo, há provas de que aqueles que contrataram a arbitragem privada não poderiam levar o caso para o sistema judicial.¹⁰⁹

Há referência a arbitragens privadas na obra de Menandro (Os árbitros), e Demóstenes (Contra Mídias), embora este último seja muito provavelmente uma

¹⁰⁶ DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade..cit., pag.26

¹⁰⁷ DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade..cit., pag.27

¹⁰⁸ ROEBUCK, Derek. Ancient Greek arbitration. Oxford: Holo Books, 2004. In: DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012. Pag.28

¹⁰⁹ ROEBUCK, Derek. Ancient Greek arbitration. Oxford...cit., pag.28

interpolação.¹¹⁰ Não obstante não se conheça uma regulação específica sobre a arbitragem privada (salvo textos possivelmente interpolados), há autores que defendem sua existência. Os principais argumentos para tanto são: (i) a prática da arbitragem privada era por demais difundida para não ser objeto de alguma espécie de regulação; (ii) interconexão entre arbitragem pública e privada, e (iii) referências, ainda que indiretas, em documentos e fragmentos.¹¹¹

Portanto, é provável que tenha existido ao menos uma determinação de que as sentenças arbitrais privadas fossem consideradas como finais. Em alguns autores, as arbitragens pública e privada são tratadas dentro de Sólon: os cidadãos eram livres para escolher um árbitro para dirimir suas controvérsias privadas e sua decisão seria final.¹¹²

Além dos árbitros escolhidos pelas partes, havia os árbitros escolhidos por sorteio, em número de quarenta e quatro por tribo. No entanto, havia diferença em razão da matéria e no sistema recursal. Os árbitros de caráter público conheciam causas de direito público, criminais e capacidade das pessoas. Os árbitros escolhidos pelas partes apenas tratavam de matérias contratuais. As sentenças dos árbitros "públicos" poderiam ser objeto de recurso. As sentenças dos árbitros escolhidos pelas partes decidiam de forma definitiva.¹¹³

Também em Esparta havia o uso da arbitragem, cujos procedimentos eram julgados nos templos após juramento das partes de se submeter à sentença.¹¹⁴

Em resumo, conclui-se que a arbitragem era utilizada na Grécia Antiga, de diversas formas, de modo paralelo à jurisdição estatal, ficando claramente demonstrado em Atenas.

2.2.4 Roma

Apesar da mentalidade imperialista dos romanos, a arbitragem encontrou em meio a eles campo para o seu desenvolvimento: no começo, na resolução de conflitos

¹¹⁰ ROEBUCK, Derek. *Ancient Greek arbitration*. Oxford...cit., pag.29

¹¹¹idem

¹¹²DALLOZ, M. D. *Repeitore de legislation de doctrine et jurisprudence*. Verbetes "Arbitrage". Paris: Bureau de La Jurisprudence Generale, 1846. In: DELLA VALLE, Martim. *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. 1.º ed. São Paulo: Atlas, 2012.pag.30

¹¹³DALLOZ, M. D. *Repeitore de legislation de doctrine et jurisprudence...cit.*, pag. 31

¹¹⁴idem

entre Estados e, depois, entre particulares, especialmente na fase do “jus peregrinus”, com o “*praetor peregrinus*” solucionando as contendas dos estrangeiros.

Não obstante as características tipicamente contratuais da arbitragem estipulava-se cláusula compromissória e o compromisso era o de respeitar a decisão arbitral. Apresentava-se o “compromissum”, como um pacto legítimo e válido. A ação para assegurar o respeito ao compromisso e à cláusula compromissória era dada pelo pretor.

O juízo arbitral, que era mais simples e mais aberto que a jurisdição togada, permitia ao árbitro decidir sem se submeter a qualquer lei. Já o pretor impunha ao árbitro a obrigação de aceitar o julgamento da controvérsia. O procedimento arbitral trazia mais vantagens e só se recorria à justiça togada quando a parte interessada estava convicta do sucesso final.¹¹⁵

Sálvio de Figueiredo Teixeira¹¹⁶ sintetiza a arbitragem em Roma, em um estudo que realizou sobre a presença da arbitragem nas civilizações antigas:

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 iudicem* 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.

¹¹⁵DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012. Pag.32

¹¹⁶TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 23, n. 2, abr./jun.1997

Pode-se também encontrar traços da arbitragem na Bíblia, especificamente no Êxodo, onde a primeira regra de comportamento estabelecia que as autoridades individuais designadas, tais como os sacerdotes, os anciãos ou os sábios, resolvessem as controvérsias entre os cidadãos, deixando para trás a época da vingança pessoal, dosando a pena aplicável a cada ato infracional proporcionalmente à gravidade.¹¹⁷

Na área do direito privado, todavia, é na época romana que se encontram as raízes mais profícuas deste instituto, pois não só na prática como na legislação, em especial no *Digesto*, encontrou a arbitragem posição de grande destaque. Neste momento, a arbitragem era conhecida tanto em sua forma facultativa, como também na sua forma obrigatória, ou seja, determinada pelo Estado.¹¹⁸

2.2.5 Idade Média

Além da sobrevivência por meio do direito romano, a arbitragem também era encontrada, durante a Idade Média, nas compilações "bárbaras", como no caso da *Lex Visigothorum*. (MORTARI,1958)

Alguns autores chegam mesmo a afirmar que as sentenças arbitrais eram mais frequentes que as sentenças judiciais, em razão da perda de credibilidade do sistema judicial feudal.¹¹⁹

Com o renascimento do direito romano, todas as disposições do *Corpus Iuris* relativas à arbitragem voltaram a ser estudadas, com contribuições do direito canônico. Vários estatutos das cidades previram a existência da arbitragem, que foi objeto de vários estudos dos comentadores, que vieram a modificar o instituto com o passar do tempo.¹²⁰

Segundo Domke¹²¹, com o renascimento do comércio, tribunais de comerciantes, normalmente ligados às respectivas corporações de ofícios, foram criados e tinham jurisdição inicialmente sobre os comerciantes (posteriormente alargada para os atos de comércio). Tratava-se de uma jurisdição paralela à das cortes estatais que aplicavam o

¹¹⁷GUZZETTI, G. Battista. *L'uomo e gli altri uomini*. Roma: Marietti, 1965. . In: DELLA VALLE, Martin. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. .1º ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pag.34

¹¹⁸DELLA VALLE, Martin. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional.São Paulo: Atlas, 2012. Pag.35

¹¹⁹ idem

¹²⁰ ibidem

¹²¹ DOMKE, Martin. Domke on commercial arbitration...cit., pag 36

direito civil comum. Os tribunais dos comerciantes em geral atuavam *exaequoet bono*, sem grandes formalidades processuais, aplicando o costume dos comerciantes. Diversos autores reconhecem nesses tribunais de mercadores como uma arbitragem.

Embora possam ser considerados "arbitrais", esses tribunais de mercadores apontam algumas dificuldades de definição da arbitragem em um contexto de pluralismo jurídico. Pode-se considerar tais órgãos como tribunais arbitrais por constituírem uma atividade judicante não estatal, composta por particulares e, embora fosse praticamente compulsória a todos os que comerciavam, pressupunha um grau volitivo mínimo das partes.¹²²

Na sociedade feudal, a arbitragem e a mediação encontraram ambiente propício, não só no campo internacional, mas também nos próprios Feudos.

O papel da Igreja Católica foi importante nessa fase, favorecendo soluções pacíficas de litígios entre fronteiras e também nas questões privadas. O Papa é o árbitro supremo e os bispos, como senhores de terras, acentuam o uso da mediação. As penalidades aplicadas eram religiosas, tais como a excomunhão (vedação de a pessoa tomar sacramentos por toda a vida) e o interdito (proibindo-se o sacramento em determinada cidade, ou suspendendo o ofício da missa).¹²³

Com a independência das cidades do norte da Itália que estavam sob o domínio Lombardo, favorecia se mais o uso da arbitragem entre comerciantes que escolhiam seus árbitros. Tem-se notícia de que era comum dois comerciantes entregarem, a um terceiro, uma folha de papel em branco, para que este último fizesse a estimativa do valor da coisa ou da mercadoria que pretendiam negociar.

Tanto os contratos mercantis, como os marítimos, continham cláusula compromissória para solução arbitral. Só se chegava a um tribunal judicial em caso de revelia ou se o árbitro não cooperasse.¹²⁴

Desta feita, pode-se concluir que as causas para o desenvolvimento da arbitragem durante a Idade Média são cinco: ausência de leis; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre Estado e Igreja.

¹²²DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012.pag.36

¹²³DOMKE, Martin. Domke on comercial arbitration: the Law and pratice of commercial arbitration. 3. Ed.: Thompson West, 1997. *In*: DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012.pag.37

¹²⁴DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade...cit., pag.38

2.2.6 Idade Moderna

O desenvolvimento histórico que levou a unificação do Estado e das fontes de direito produziu o fenômeno da codificação dentro da tradição jurídica-romano-germânica. A edição do Código Civil francês no início do século XIX marca o início de tal era, caracterizada pela unificação das fontes e a abordagem sistemática da regulação da vida social. Os Códigos não deixaram de seguir o substrato jurídico existente na sociedade. Dessa forma, diversos deles recepcionaram o compromisso romano, já na elaborada na Idade Média. Com efeito, desde o Código de Processo Civil francês, houve ampla adoção da figura do compromisso¹²⁵.

Diga-se que o direito de base europeia continental foi adotado, em medidas diversas, em toda a América Latina, nas ex-colônias africanas e asiáticas, de independência mais recente, e por países que pretendiam realizar esforços de modernização (ou "ocidentalização") de seus sistemas jurídicos, como foi o caso do Japão e da Turquia. De outra parte, os países de direito consuetudinário (Common Law), embora não tenham aderido ao movimento de codificação, também conheceram a arbitragem como instituto¹²⁶.

Desde então, a arbitragem demandou algum tempo para ter a expressão e a importância que adquiriu a partir do século XIX até nossos dias, adquirindo as características e enfoques próprios ao direito internacional, quer público ou privado.

2.2.7 Atualidade

Atualmente a Arbitragem está mais aprimorada, mais adequada aos novos tempos, ao cotidiano econômico, ou seja, o tema é tratado de uma forma que viabiliza sua aplicação, com a globalização inaugurou-se uma era marcada por revoluções, quais sejam as representadas pelas mudanças na economia, pelo progresso tecnológico, pelo avanço das comunicações, pela diminuição das distâncias, pela ausência de fronteiras e, também, pelas inéditas formas de tratamento e de efetivação das questões comerciais e empresariais. As novas maneiras de realizar negócios, agora em escala mundial,

¹²⁵ DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. .1º ed. São Paulo: Atlas, 2012.pag. 39

¹²⁶ idem

pediram a reescrita dos modos desde sempre predispostos à resolução dos conflitos nascidos nessa seara.

As empresas transnacionais são entidades que transcendem as fronteiras dos Estados Nacionais e sua lógica de operação e suas estratégias não estão condicionadas por razões de Estado, mas sim pela busca de mercados atraentes e melhores condições de investimento, estejam elas onde estiverem. O fluxo contínuo do capital financeiro igualmente não respeita as fronteiras nacionais, e os Estados não têm mais condições de controlá-lo, assim como a rede global das comunicações está acima das possibilidades de gestão local. A informação e o dinheiro não têm pátria ¹²⁷.

O sistema capitalista, na modernidade globalizada, vem construindo um direito “flexível”, “ameno”, “leve”, caracterizado por uma repaginação dos conceitos de resolução de conflitos, adaptado ao que espera o capital, construído e direcionado para o usufruto exclusivo dos operadores econômicos, e que viabilize - não atrapalhe - a completa inserção do Estado-nacional nos padrões mundiais da nova ordem internacional ¹²⁸

O capital foge do Judiciário. Com a perpetuação de tal postura, as grandes questões comerciais e empresariais da atualidade já estão, há algum tempo, fora das arenas jurisdicionais sob comando estatal, pois a economia moderna requer uma forma de fazer justiça que foge aos padrões aplicados desde sempre ¹²⁹. “Os agentes econômicos tendem a escolher seus juízes e a serem julgados com a aplicação de um direito específico adaptado às necessidades do comércio internacional em que atuam”¹³⁰. E a arbitragem propicia isso, atendendo a essa demanda manifesta por decisões paraestatais. Eis a solução de um problema e, quem sabe o início de outros, ainda mais graves, pois “o mundo tem aprendido que a economia global apresenta riscos muito maiores do que poderíamos imaginar” ¹³¹

¹²⁷FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. **Revista de Administração de Empresas - RAE**. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v.40, n.2, p.38-50, abr./jun. 2000. In: DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. .1º ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pag.39

¹²⁸DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: Editora UNESP, 2005. In: DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. .1º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 2. v.

¹³⁰LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem Institucional e *ad hoc*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999

¹³¹DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global...cit., pag.40**

Com essa uma imposição legal, na atualidade a arbitragem encerra a necessidade da quase eterna estrada processual, quando do trato dos mais diversos assuntos jurídicos.

A realidade atual as nações procuram diversificar a forma de resolução de conflitos e a arbitragem sai na frente como uma alternativa eficiente e bem mais rápida do que o Poder Judiciário, pois o mercado global vale a máxima do capitalismo: “tempo é dinheiro”.

Apenas a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras conta com 143 países signatários ate Janeiro de 2009.¹³²

Desse modo, pode-se afirmar que a arbitragem é uma instituição jurídica amplamente reconhecida em todo o mundo, que existe a centenas de anos, e atualmente e reconhecida por praticamente todas as nações do planeta.

2.3 Tipos de Arbitragem

A tipologia de Arbitragem é disposta em diferentes modalidades dependendo dos critérios adotados. Assim a mais conhecida e levando em conta a vontade das partes, a arbitragem pode ser: necessária ou voluntária; “Ad hoc” ou institucionalizada. E segundo critérios que decidem o litígio poderemos ter uma arbitragem segundo a lei ou segundo a equidade e , ainda interna ou internacional.

A arbitragem para atender à vontade das partes pode ser de dois tipos, a voluntária consiste naquela cuja existência depende da vontade das partes, uma vez que dispõe de alternativas jurisdicionais, onde estas partes podem exercer a opção de submeter a resolução do litígio aos Tribunais Arbitrais ou aos Tribunais do Estado, logo fica evidenciado que neste tipo de arbitragem, prevalece o princípio da autonomia da vontade. Já a arbitragem necessária consiste naquela imposta por lei onde as partes ficam legalmente impedidas de recorrer aos tribunais que integram a justiça oficial e que seriam normalmente competentes para apreciar o litígio.

Quanto a institucionalizada e “ad hoc” é comum serem apresentadas como sub tipos da voluntária, analisando o critério de surgimento destas. A institucionalizada

¹³²DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. . São Paulo: Atlas, 2012. Pag. 41

tem como principal característica a intervenção de uma instituição especializada de caráter permanente que as partes devem recorrer em caso de litígio; Na “ad hoc” distintamente, o tribunal arbitral é constituído por árbitros designados pelas próprias partes, não tendo o tribunal caráter permanente e possuindo competência limitada, feita pela convenção de arbitragem.

Arbitragem segundo a lei (de direito) os árbitros devem decidir o litígio conforme o direito estrito, ou seja, a decisão arbitral deve estar fundamentada em normas e legislação nacional ou estrangeira, diferentemente na arbitragem segundo a equidade os árbitros, ao decidirem, podem atender as razões de conveniência de oportunidade e de justiça concreta.

No que diz respeito à interna, trata-se daquela que ocorre no território, já a internacional consiste num meio heterocompositivo de resolução de conflitos entre sujeitos de direito público internacional, designadamente entre Estados.

No âmbito do presente trabalho, debruçar-nos-emos com mais afinco, sobre a designada arbitragem interna, particularmente, a que surge como alternativa aos Tribunais Administrativos e Fiscais [tributários] para a resolução de controvérsias que surjam no âmbito das relações de jus-administrativas e jus-tributárias.

2.4 Arbitragem X outros Métodos de resolução de conflitos

É necessário separar a Arbitragem dos demais institutos, o mais próximos, e que inclusive servem como equivalentes jurisdicionais para nutrir conflitos, cada qual a sua maneira operacional peculiar. Afinal de contas, não se pode intentar um exame da arbitragem e dos pontos que constituem a sua base dogmática sem avançar à sua confrontação com institutos afins ou quase afins com os quais é frequentemente confundida.

Seguem os eleitos para esta parte destacando-se que, como a arbitragem já foi definida outrora, aqui serão postos somente as definições dos institutos selecionados para com ela serem cotejados. Algum se verá que não apresentam íntima conexão com ela. Entretanto outros, de tão próximos, permitem até confusão para os menos avisados por residirem em zonas cinzentas ou limítrofes de complicado diagnóstico.

Porém todos servem de ferramenta para solucionar conflitos em Sociedade. Por esse motivo, não é raro serem encontradas dificuldades para se admitir diferenças ou distinções conceituais no mais variados caminhos sejam da teoria, da jurisprudência e até dos próprios operadores do direito.

2.4.1 O instituto da composição

Buscando entabular a diferença da arbitragem com os demais institutos, afins ou quase afins, com os quais é frequentemente confundida, é que examinar-se-á a confrontação entre aquela e esses.

Desta forma é que com os avanços da arbitragem na Idade Moderna, têm aumentado sua aplicação para precaver e resolver controvérsias que são capazes de ameaçar a paz social, alargando de maneira significativa a área de atuação da justiça arbitral e outorgando aos tribunais encarregados de exercê-la, bens que lhes permitem alicerçar suas soluções não somente com base no direito positivo, mas igualmente na idéia de equidade.

Desta forma, aparece-nos a figura da amigável composição, institucionalizada pela primeira vez tanto no Código Napoleônico como no Código Processual Civil francês de 1806, na qual se estabelecia que seu principal propósito era o de reconstruir a harmonia entre as partes, podendo dessa maneira criar uma nova forma de relação legal ou contratual entre elas.

Tradicionalmente, a composição encarregava-se de proporcionar soluções baseadas na equidade como uma alternativa frente à aplicação exegética das leis formais. Porém, nos dias de hoje, embora de conservadas suas qualidades básicas, alguma variações mostram-se presentes quanto a sua aplicação.

Registre-se, entretanto, que o instituto da composição permanece um mecanismo sem formalidades legais, seja para a escolha dos compositores, seja para o desenvolvimento dos trabalhos a eles encomendado, e no momento em que alcançada a saída da questão, este possui a prerrogativa de revestir-se de força vinculante para as partes, gerando uma obrigação, não se igualando, no entanto, aos efeitos próprios das sentenças judiciais.

Desse modo, dentro das diferenças que se apresentam entre este instrumento e a arbitragem, é fundamental aduzir que a composição é uma técnica eminentemente contratual, enquanto a arbitragem é uma técnica jurisdicional, já que possui fundamento

em um acordo de vontades, na qual se habilitam particulares para agir a função estatal de dirimir um conflito de interesse, gerando um afastamento da jurisdição estatal.

Em alguns países latino-americanos, tendo como exemplo, a composição constitui, por si apenas, um recurso de resolução de conflitos com alternativa de ser usado de forma independente de qualquer outro, o partir da qual as partes outorgam a um compositor a capacidade de decidir, com força vinculante para elas, o estado e o modo de cumprimento da relação jurídica essencial em matérias suscetíveis de convenção.

O emprego desta figura ao nível internacional tem estado estreitamente associado com a arbitragem comercial, na qual várias vezes pactua-se que o árbitro pode avocar a cláusula de composição e proceder *ex aequo et bono*, isto é, de acordo com o que é justo e equitativo, sem obrigatoriamente aprofundar-se na lei material ou no costume comercial.

Então, a composição é um mecanismo de resolução de conflitos eminentemente contratual, o partir da qual um terceiro independente, particulares facilitadores do diálogo que exercem o ofício estatal de dirimir o conflito de interesse, conhecido por compositor, busca a decisão sobre um conflito em virtude de um mandato que lhe foi outorgado pelas partes envolvidas em um enfrentamento, afastando a jurisdição estatal do caso positivo.

Dessa maneira, esta figura aparece-nos como um mecanismo de autocomposição e desenvolve-se respeitando a maneira definida pelas partes em um acordo ou convênio, que goza dos mesmos efeitos de uma transação na qual tenha sido facilitada por terceiros com recursos para ligar-se contratualmente as partes.

Logo, o exercício das amigáveis compositores surge do acordo de vontades das partes em um pacto na qual se obrigam reciprocamente, podendo dispor mecanismos de autocomposição para as controvérsias que aparecem relacionadas com o contrato, podendo mesmo decidir, as partes, resolverem diretamente as controvérsias ou pedir o uma ou mais indivíduos que lhes apresentem fórmulas de solução ou que as adotem, constantemente em nome e em representação das partes contratantes, lembrando que o vigor de sua decisão provem unicamente do pactuado.

2.4.2 O instituto da conciliação

Outra figura de interesse é a conciliação, que tal como a arbitragem, é uma forma de resolução de conflitos de interesses que igualmente utiliza terceiros imparciais, entretanto, a arbitragem não se identifica com a conciliação, tendo as duas, formas bem características, uma vez que na conciliação, a eficácia da decisão depende do consenso das partes e, na arbitragem, esta licença é-lhe anterior, uma vez que a sentença prescinde dele.

Dessa maneira, é que para Osani de Lavor¹³³ a conciliação “é a forma voluntária mais praticada, uma vez que se trata de uma forma pacífica de dirimir-se os conflitos, sejam eles individuais ou coletivos.”

A conciliação, em várias ocasiões, é usada como sinônimo de mediação, não sendo raras as hipóteses na qual uma palavra é usada em lugar da outro e vice-versa. No entanto, com frequência, o que se verifica é um processo que apresenta menor formalidade que o outro, uma vez que o conciliador, diferentemente do mediador, possui um papel menos ativo, já que na realidade a sua função é de um interlocutor que dialoga com as partes, buscando assim tentar ajustar as partes do procedimento conciliatório a fim de que encontrem uma saída para o litígio.

Para Funes de Rioja¹³⁴,

alguns atributos no procedimento conciliatório podem assim serem observadas: o conciliador precisa estimular as partes a conversar, até a exaustão, e a negociarem. Para tanto, o instrumento por ele usado são as suas próprias possibilidades de argumentação e de persuasão, uma vez que a sua função precípua é convencer as partes envolvidas no litígio de uma solução, sem que um terceiro, no caso, o conciliador, tenha que apresentar uma forma para resolver o conflito, o que em tal técnica não pode suceder, sob pena de desvirtuar o instituto; a função desempenhada pelo conciliador, dependendo do país e do sistema na qual esteja vivendo, pode ser pública ou privada; no que tange à sua atuação, pode ser unipessoal ou plural; e, por último, a forma de conflito de interesses surgido é que será capaz de advertir de que forma o procedimento conciliatório irá desenvolver-se.

Quanto às características do conciliador, elas são capazes de ser de ordem pessoal e de ordem profissional. Na primeira possibilidade - ordem pessoal - faz-se necessário que o conciliador possua independência e imparcialidade para operar perante

¹³³LAVOR, Francisco Osani de. Formas Alternativas de Solução dos Conflitos Individuais e Coletivos do Trabalho in *Gênesis*, In: Revista de Direito do Trabalho, n. 74, fev/99, p. 171-181.

¹³⁴FUNES DE RIOJA, Daniel. *Negociación y Mediación en Conflictos Colectivos de Trabajo*. In: *Mediación una Transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 93 e ss

aos litigantes e, além do mais, precisa comportar-se com dedicação na missão para o qual foi designado e ter ascendência sobre as partes, sob pena da sua atuação não ser proveitosa. Não será capaz de, diante disso, deixar-se conduzir pelas partes, pelo contrário, a sua performance é de condução do procedimento.

Sobre a segunda conjectura, isto é, ordem profissional, é de todo necessário que o conciliador designado tenha conhecimento do sistema na qual esteja atuando e um satisfatório nível de discernimento da atividade de que se trata. Entretanto, além destes atributos elencados, deverá também o conciliador ter capacidade e experiência para valorar a informação que lhe é transmitida pelas partes.

Assim, na verdade, a vantagem do procedimento conciliatório ser regido por indivíduo que possua as características antes descritas, está na possibilidade de poder tornar possível o acordo entre as partes que se sentirão capazes de encontrar uma solução para o seu conflito.

Deste modo tem se que na conciliação, o conciliador age no sentido de conduzir as partes a um acordo, sem afastar a sua vontade, sendo delas próprias o desejo que conduz ao acordo que põe fim ao conflito; por outro lado, na arbitragem, o árbitro age no sentido de mudar, pela sua, a destreza e a vontade das partes, sendo que é a sentença que põe fim ao embate, agindo o consenso somente como motivo determinante da arbitragem.

2.4.3 O instituto da Mediação

O instituto da mediação é o ato de intervenção de um mediador em um negócio ou convenção que se efetiva entre outros indivíduos, tendo-se como mediador o terceiro imparcial e estranho à questão que com sua habilidade de comunicação, usando técnicas e formas de negociação, busca um denominador comum entre as partes, construindo com estas, progressivamente, um acordo que satisfaça a os dois com o fim de liquidar o litígio desencadeado.

Há que se destacar, também, que o mediador favorece a composição do conflito, não intervindo no mérito ou no enquadramento legal, mesmo porque a responsabilidade das decisões negociadas cabe às partes envolvidas.

Dessa maneira, é o mediador um terceiro desinteressado e independente que procura, por intermédio do processo de mediação, agir a função de conselheiro, uma vez que é aquele que aconselha ou sugere aos contendores algo de novo, de singular às

questões levadas pelas partes, ampliando a possibilidade de acordo, por contrabalançar os razões do embate e, através de suas ponderações, auxiliar as partes a alcançar a uma saída, o que em alguns casos, a priori, poderia ser improvável.

Desse modo, a sua figura é de primordial importância para o bom andamento do processo. Porém, importante ressaltar que ainda que se compreenda a mediação como os bons ofícios usados pelo indivíduo para a solução de um negócio entre outras, esta não se confunde com o mandato, uma vez que o intermediário não é mandatário, visto que esse se interpõe entre as duas partes ou entre as partes que querem transacionar, aproximando-as, para que se torne possível a prática do negócio ou ajuste do pacto, o que não acontece na mediação, à medida que o objetivo do intermediário não é o de cumprir o ato, de realizar o negócio, muito menos o de firmar o contrato.

No local diplomático, Albuquerque Mello¹³⁵ informa que a mediação, de acordo com Hoiijer, é o ato pelo qual um ou múltiplos Estados, seja a pedido das partes em litígio, seja por sua própria iniciativa, seja também por consequência de estipulações anteriores, aceitam livremente fazerem-se representar por intermediários oficiais de uma negociação, com a intenção de solucionar pacificamente um litígio.

O instituto da mediação, na verdade, é um meio, um método pelo qual as partes procuram obter uma resposta para os litígios que possam ter surgido, sem a intervenção estatal, onde o mediador deverá convencer os implicados no atrito, primeiramente, a entender o início do litígio e, desse modo, buscar trazer uma resposta adequada para os conflitantes, buscando atingir a decisão mais acertada para as partes, conhecendo, para isto, os interesses de cada pessoa.

Para Bolzan de Moraes¹³⁶, a mediação, como as demais formas alternativas para solucionar conflitos de interesses, não constitui um fenômeno novo, uma vez que sempre existiu e passou a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação dos litígios.

Desta forma, diante de tal situação, a uso da mediação mostra-se interessante, exatamente porque no final do procedimento as partes não apenas têm o litígio encerrado como, igualmente, o conflito social que havia sido deflagrado deixa de subsistir, passando as partes envolvidas a conviver harmoniosamente.

¹³⁵MELLO, Celso Albuquerque. Curso de direito internacional público. v. 2, 10. ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 1155.

¹³⁶MORAIS, José Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem, alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 146.

Esta, aliás, é uma das vantagens da mediação sobre o sistema forense, além, é evidente, da privacidade, da economia financeira e de tempo, da informalidade, da reaproximação das partes, especialmente, da autonomia na solução do litígio, uma vez que a decisão de um conflito pelo Poder Judiciário, além de todos os percalços que aqueles que são operadores do Direito conhecem, não resolve a relação entre as partes, tendo em vista o inevitável desgaste que sofrem ao longo da querela judicial.

Duas são as formas básicas de mediação: a voluntária e a mandatória.

A voluntária, como o próprio nome está a sugerir, é aquela que possui início por desejo das partes conflitantes que, por meio de um acordo, procuram desenvolver um processo mediador; possui início com o consentimento das partes envolvidas, sem possibilidade de que qualquer delas queira impô-la aos demais partícipes.

A segunda, titulada mandatória, é aquela que possui seu nascedouro na iniciativa do juiz, cumprindo determinação legal, ou, ainda, a mediação que é provocada por qualquer cláusula contratual que previa tal processo em caso de litígio que porventura viesse a acontecer.

Outro ponto fundamental a ser considerado é o que diz respeito à função a ser desempenhada pelo mediador: o mediador, já sabemos, é o terceiro independente que intermedeia as relações entre as partes envolvidas.

A maneira como age, constantemente, é o componente que decide pelo êxito ou não do processo e a sua fundamental função é a de facilitador, ou seja, precisa proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor saída para o seu litígio. Aduza-se a isto, também, a função de conduzir as negociações, uma vez que a mediação é um processo no qual as partes discutem suas controvérsias com um indivíduo imparcial que os assiste, procurando um acordo, visto o mediador poder inculcar métodos de resolução de conflitos, porém não impor obrigatoriamente um acordo entre as partes.

Assim, a mediação é um processo voluntário, garantindo que o resultado do acordo será verossímil para as duas partes, oferecendo a vantagem da informalidade, com tempo reduzido, custo determinado e solução para as controvérsias. Por causa disso, a mediação não é uma estrutura que deva ser imposta a nenhuma disputa, sendo um processo íntimo, voluntário, no qual um terceiro interventor independente assiste aos disputantes nas elucidações das questões, à medida que o papel do interventor é auxiliar na comunicação, por meio da neutralização de emoções, formação de opções e consenso de acordos, como agente fora do contexto conflituoso, funcionando como

catalisador nas disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância delas.

Então, neste tipo de alternativa, toda uma estrutura deverá ser construída para resolver um conflito, colocando-se todos os aspectos da questão, em suas bases originais por quem conhece o suficiente sobre a questão em destaque, para poder entregar uma saída adequada, uma vez que apenas assim, o resultado que será adquirido é único e revelará tudo o que foi possível levar em consideração.

Assim sendo, o clamor da sociedade por concessão de justiça não mais admite a demora do Poder Judiciário para resolver controvérsias que necessitam de imediata resposta ou saída, posto que esta morosidade acaba por imiscuir-se a própria estrutura do Estado, já que o ser humano clama para que possa ser feita justiça, para que tenha, no mínimo, um acesso simples, não aquele que já se demonstra ser processo penoso, lento, perverso, mas o de obter a efetiva prestação jurisdicional.

Destarte verifica-se que o instituto da mediação difere, por exemplo, da arbitragem, ou até mesmo do processo judicial, uma vez que o que se deseja com o procedimento de mediação é facilitar que as partes cheguem a um acordo, solucionando seus conflitos de interesses, tendo uma terceira pessoa, chamado mediador, exclusivamente como conselheiro, sem intrometer-se na negociação que está desenvolvendo-se, sem nenhum interesse direto no deslinde ou mérito da questão, uma vez que o seu intuito é que as partes negociem à exaustão e, por fim, cheguem a um acordo por livre arbítrio, solucionando o conflito ou a contenda surgida.

Frente ao exposto, pode-se alcançar o entendimento de que a mediação tem 3 elementos básicos e fundamentais para a sua formação: as partes, que são os indivíduos envolvidos na questão; o conflito, que é a própria questão que se formou, na qual existe em jogo interesses pessoais ou materiais, que são o objeto de disputa, podendo esta questão acontecer em muitas áreas do Direito, como no civil, comercial, trabalhista, meio ambiente, no meio social e similarmente no meio político; e o mediador, personagem de essencial importância para o bom andamento do processo, devendo ter, qualidades pessoais, tais como reconhecida vida ética, sensibilidade, facilidade de comunicação e credibilidade, do mesmo jeito que entender e saber adaptar as fases do procedimento de mediação, sabendo administrar com maestria, tal como escutar, promover a harmonia entre as partes, comandar preferências e necessidades, desenvolver ações, controlar a raiva, saber argumentar, saber reenfocar aspectos, traspasar barreiras, delinear estratégias, equilibrar poderes, redigir acordos e saber

modificar funções. Cada uma dependente e de importância essencial para que exista a mediação.

O essencial propósito deste meio alternativo de composição de conflito, como qualquer outro, é a dissolução do litígio que se desencadeou entre as partes, e esta solução dá-se por intermédio de um acordo, porém para alcançar a esse termo final, o mediador, no processamento de mediação, persegue objetivos intermediários como a diminuição dos obstáculos de comunicação existentes entre as participantes, as considerações das necessidades de cada envolvido, a maximização do uso de alternativas e a preparação das constituintes para concordar com os efeitos de suas próprias decisões.

Estes escopos são desenvolvidos dentro do processo de mediação e conduzidos de maneira sempre imparcial pelo mediador, tendo como ponto máximo a diminuição da ansiedade e demais efeitos negativos do conflito levando as partes a normatizar uma resolução consensual e a produção de um plano de ação para o futuro que as constituintes possam aprovar e cumprir. Logo, conclui-se que um acordo é o ponto mor, máximo da mediação, na qual precisam ser observados, ao longo de seu procedimento, os princípios que o regem.

Passa-se a seguir, a analisar a parte final da pesquisa, verificando a evolução do uso do método arbitral, agora perante os entes públicos.

2.5. Natureza Jurídica

2.5.1 Arbitragem jurisdicional – publicista ou processualista

Tem-se a arbitragem jurisdicional a partir do momento em que a norma concedeu a faculdade aos litigantes de optarem entre jurisdição estatal e a arbitral, para a solução de seus conflitos.

Considera-se o juízo arbitral uma verdadeira jurisdição, assim como a jurisdição estatal, onde sentença arbitral seria resultado de uma atividade delegada ao árbitro, assim como a sentença estatal delegada ao juiz togado, com a mesma força executiva da sentença judicial, independentemente de homologação pelo Poder Judiciário.

Nas palavras de Alvaro Sérgio Cavaggioni¹³⁷: A arbitragem jurisdicional se dá quando a Lei – ao facultar (visto a solução arbitral estar vinculada à autonomia da vontade das partes) aos jurisdicionados a opção da arbitragem como forma de solução de conflitos (sem intervenção do Estado) – atribui caráter jurisdicional a essa forma legal de composição.

Defende-se tal posicionamento, alegando que o poder de julgar dos árbitros, escolhidos pelas partes, deriva-se da lei, tal qual o do juiz togado. Ademais, apesar da decisão arbitral não ser oriunda do Poder Judiciário, a mesma assume a categoria judicial, constituindo-se em título executivo.

O árbitro exerce ainda jurisdição porque aplica o Direito ao caso concreto, aplicando o ordenamento jurídico aceito, e põe fim à lide que existia entre as partes (síntese da jurisdição), exercendo, assim, atividade de “interesse” estatal, como forma jurisdicional de composição dos conflitos.

Ressalta-se, conforme as palavras de Tarcísio Araújo Kroetz¹³⁸, que o instituto da Arbitragem não é uma privatização da função específica do Judiciário de exercer a jurisdição, também não busca substituir sequer renunciar à jurisdição Estatal, mas apenas deixar de lado a via judicial para a resolução dos conflitos, que hoje encontra-se morosa, para a solução dos conflitos: Finalmente, sublinhe-se o fato de que não há renúncia ao Juiz natural pela escolha da solução da lide através da arbitragem. É lícito às partes, na esfera de sua disponibilidade patrimonial, prorrogarem a competência para o processo arbitral guiado pelos mesmos princípios constitucionais que se aplicam à jurisdição estatal. Com efeito, no se exclui com o compromisso arbitral a jurisdição, mas a via judicial para a decisão de mérito.

Joel Dias Figueira Junior¹³⁹, citando Gerard Cornu e Jean Feyer, defendendo a função jurisdicional da arbitragem, sem exclusão da jurisdição estatal, e reconhecendo aos árbitros a possibilidade de exercitar função jurisdicional, afirma: A justiça estatal e a justiça arbitral são dois modos distintos de jurisdição e, portanto, de composição dos conflitos. Magistrados e árbitros, são todos os dois juizes: apenas um é um juiz público, nomeado pelo Estado, enquanto o outro um juiz privado, escolhido pelas partes.

¹³⁷CAVAGGIONI, Álvaro Sérgio. A constitucionalidade da lei de arbitragem (lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996). Dissertação apresentada como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, 2000. 214 p. pág. 15.

¹³⁸KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem: conceito e pressupostos de validade: de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. 151 p. pág. 78.

¹³⁹FIGUERIA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 323 p. pág. 153

Idênticas as suas funções, sendo que a do árbitro decorre de investidura contratual. Justiça arbitral e justiça estatal distinguem-se apenas pelos órgãos que as exercem.

O autor acima citado afirma ainda que a faculdade concedida às partes para a instauração do juízo arbitral não exclui o Poder Judiciário, que permanecerá vigilante na observância do devido processo legal: A cláusula arbitral, assim como o compromisso arbitral e a conseqüente instituição do juízo arbitral, não ultrapassam o limite da mera facultatividade fundada em direito obrigacional, em que as partes, por contrato, subtraem o conhecimento da lide que tem por objeto direito patrimonial disponível à apreciação do Estado-juiz.

Nada obstante a instauração do juízo privado, o Judiciário permanece avidamente vigilante, servindo como guardião da estrita observância do devido processo legal constitucional, assim como das atuações voltadas à coerção, execução ou anulação de decisões arbitrais.

Corroborando com a atividade jurisdicional dos árbitros, Edgar A. de Jesus¹⁴⁰, afirma que: A função do árbitro não é diferente da do juiz, porque ambos julgam, a atividade deles substancialmente não difere, tanto um como outro conhecem as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes e ostentam poder: a decisão, que proferem um e outro, é obrigatória e vinculante para os contendentes.

Ainda, Nelson Nery Junior¹⁴¹, citado por Edgar A. de Jesus, relata: O árbitro exerce verdadeira jurisdição estatal – uma revisão do conceito de jurisdição, fazendo ressaltar a necessidade da pacificação social para afastar a visão que a arbitragem seja apenas um “equivalente jurisdicional”, como preconizava Carnelutti.

Para a teoria jurisdicional, o poder dos árbitros não é decorrente da vontade das partes, e sim da lei, sendo a vontade da lei que lhes permite celebrar a convenção.

Ao terceiro neutro, chamado de árbitro, a quem as partes conferem o poder de dirimir o conflito, exerce função jurisdicional, por meio da Lei de Arbitragem, em decorrência de negócio particular, para resolvê-lo¹⁴². O exercício da Arbitragem, enquanto respeite os limites estabelecidos pela lei, realiza função jurisdicional, que ela própria preconiza.

¹⁴⁰JESUS, Edgar A. de. Arbitragem: questionamentos e perspectivas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 176 p. pág. 85.

¹⁴¹NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pág. 80. apud JESUS, Edgar A. de. Arbitragem: questionamentos e perspectivas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 176 p. pág. 85

¹⁴²TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Mediação em juízo. São Paulo: LTr, 2004. 224 p. 121.

2.5.2 Arbitragem contratual – privatista

Arbitragem contratual é aquela em que as partes contratam, em submeter possíveis futuros litígios surgidos entre si, ao procedimento arbitral, subtraindo a demanda da esfera estatal.

A natureza do ato que deu origem à arbitragem, que é um ato de natureza privada, instituída através da cláusula arbitral ou do compromisso de arbitragem, é proveniente de um negócio jurídico de natureza privada, que faz a lei entre as partes. Equiparam-se a arbitragem a um contrato em seus pressupostos: acordo de vontades, capacidade das partes, objeto lícito e forma especial, prescrita e não defesa em lei.

O conceito de arbitragem contratual segundo Álvaro Sérgio Cavaggioni¹⁴³:

A arbitragem contratual é a de origem mais antiga de que se tem notícia, conforme se verifica na evolução histórica do instituto, tendo sido desenvolvida no Direito Romano, com as seguintes características: as partes confiavam a um árbitro a solução de um litígio mediante o *compromissum*, que lhe dava poderes para exarar o laudo arbitral e que, mesmo não tendo o poder de execução forçada, aplicava à parte que o desrespeitasse uma penalidade, invariavelmente uma soma em dinheiro. 144 Trata-se da escolha das partes litigantes, feita nos contratos, por meio da Cláusula Arbitral ou do Compromisso Arbitral, através da qual, as partes decidem previamente o estabelecimento, no futuro, de um júízo arbitral em caso de controvérsias.

Releva-se que referida convenção arbitral estabelece também os poderes dos árbitros, bem como a maneira de como proceder ao julgador, ou seja, as partes, ao efetuarem qualquer dos contratos previstos na legislação civil, desde que não atinja a ordem pública e os bons costumes, e o contrato seja relativo a direito patrimonial disponível, podem prever no próprio contrato a utilização da arbitragem para resolver o litígio que venha a se consumir em torno do contrato, dispensando a jurisdição estatal já na elaboração do pacto de vontades.

Segundo a corrente contratualista, o árbitro exerce a vontade das partes, só podendo dispor a respeito do que for decorrente do contrato, limitando-se, assim, a exercer a atividade conforme requerido pelos litigantes contratantes, versando sobre o procedimento a ser adotado, e ao direito a ser aplicado ao caso, concluindo-se que o poder dos árbitros é decorrente da vontade das partes, ou seja, do contrato.

¹⁴³CAVAGGIONI, Álvaro Sérgio, op. cit. pág. 16.

¹⁴⁴idem

Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa,¹⁴⁵ discorre sobre a natureza jurídica da arbitragem, distinguindo-a entre contratual e jurisdicional da seguinte maneira: “a arbitragem, assim, em sua origem, tem natureza jurídica contratual privada, mas a função do árbitro e de seu laudo, com força de sentença judicial, terão natureza jurídica jurisdicional e pública”.

2.5.3 Arbitragem de direito e de equidade

As partes poderão optar quanto à forma a ser adotada pelo árbitro para o julgamento do litígio, que a arbitragem seja de equidade ou de direito, prestigiando, assim, o princípio da autonomia da vontade das partes contratantes.

Na arbitragem por Equidade, o árbitro julga utilizando o bom-senso, ou seja, é permitido ao árbitro e às partes solucionarem a demanda de acordo com a equidade, através das normas livremente escolhidas pelas partes, e às vezes por eles próprios formuladas.

Nos dizeres de Paulo César Teixeira¹⁴⁶: Equidade é a justiça aplicada ao caso concreto, o poder que tem o árbitro de prolatar uma decisão estando descompromissado com o rigorismo da lei escrita e mais atento ao que lhe parecer justo para ser aplicado ao caso examinado. Pode ser entendida como plena liberdade de consciência e desvinculação com as normas jurídicas no momento de prolatar-se uma decisão.

Na decisão por equidade, é colocado ao árbitro critérios variados dos quais pode livremente fazer uso, da maneira que lhe parecer mais adequado a dirimir o litígio, sempre de acordo com os princípios da probidade e da justiça, e que não seja contrária à ordem pública e aos bons costumes.

A opção da decisão por equidade deve vir expressa no compromisso arbitral, afirmando que o julgador poderá adotar as regras estabelecidas pelas partes, e em caso de omissão a respeito, deve ser adotada a arbitragem de direito.

As partes escolhem livremente as normas jurídicas a serem aplicadas ao litígio, estas não podem violar a ordem pública e os bons costumes.

E podem convencionar, ainda, que seja decidida a lide de acordo com os princípios gerais de direito, nos usos e costumes, nas regras internacionais de comércio.

¹⁴⁵TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César, op. cit. p. 119.

¹⁴⁶TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. A nova arbitragem: comentários à lei 9.307, de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997. 425 p. pág. 67

Corroborar com essa afirmação a opinião de Irineu Strenger¹⁴⁷: “Mesmo na decisão por equidade, deve-se atentar à ordem pública, quer dizer, que o exercício da vontade não pode ir além do limite imposto pelos bons costumes e a ordem pública, sob pena de acarretar a nulidade da sentença arbitral”.

A equidade para fins de juízo arbitral, não serve somente para preencher lacunas, mas também para interpretar, permitindo aos árbitros adequar a lei às novas exigências provenientes de mudanças sociais.

Nos dizeres de Paulo Furtado e Uadi Lammêgo¹⁴⁸: Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de oferecer ao árbitro o recurso da equidade, e não apenas decidir pela lei. Ao invés, ele poderá, de acordo com a vontade das partes, escolher livremente o caminho para solucionar a pendência entre elas, desligando-se, inclusive, do ordenamento jurídico e lançando mão dos princípios da *lex mercatoria*¹⁴⁹ nos contratos comerciais. É dado ao árbitro, pois, afastar-se das normas de direito quando a necessidade assim o exigir.

Poder livremente escolher as regras para a solução dos litígios, sem que haja qualquer tipo de violação aos bons costumes e à ordem pública, é sem dúvida uma grande vantagem para a Arbitragem, pois o procedimento, o caminho a ser seguido pelo árbitro poderá ter mais eficácia do que se escolhessem os meios legais oficiais ditados pelo Poder Judiciário.

Caso as normas escolhidas pelas partes violem os bons costumes ou a ordem pública, antes de proferida a sentença arbitral, o árbitro poderá declarar aquela escolha ineficaz, aplicando as normas que entender necessárias.

Esse também é o entendimento de Carlos Alberto Carmona¹⁵⁰: Sendo considerada inadmissível a escolha das partes relativamente às regras de direito a serem aplicadas pelo árbitro, por violação à ordem pública, considerará esta ineficaz a escolha, procedendo ao julgamento com a aplicação das normas que entender adequadas, sem que a ineficácia da escolha da lei afete a validade do pacto arbitral. Se tocar ao juiz resolver a questão, este limitar-se-á a recusar eficácia à escolha das partes, negando-se a aplicar ou efetivar as conseqüências decorrentes da aplicação da lei estrangeira.

¹⁴⁷STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo: LTr, 1998, 273 p. pág. 22

¹⁴⁸FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-9-1996. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 163 p. pág. 29.

¹⁴⁹CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 362 p. pág. 69

¹⁵⁰CARMONA, Carlos Alberto, op. cit. pág. 67

Na arbitragem de Direito, o árbitro utiliza a lei para julgar a demanda, ou seja, as regras são provenientes da própria norma positivada, devendo seguir os ditames da Lei pátria, tal como ocorre na jurisdição estatal, nas decisões dos juízes togados.

Segundo Álvaro Sérgio Cavaggioni¹⁵¹:

Essa classificação leva em consideração a forma de decisão do árbitro. Considera-se arbitragem de direito aquela em que o árbitro está obrigado a resolver o litígio aplicando as normas do direito positivo, enquanto que, na arbitragem de equidade, o árbitro está livre para decidir conforme o seu convencimento, seu sentimento de justiça, aplicando regras por ele mesmo formuladas.

No juízo arbitral, diferentemente do que ocorre na Justiça Comum, onde os juízes estatais estão vinculados primeiramente à lei, os Árbitros poderão decidir as controvérsias, com base tanto na lei positivada, como no princípio da equidade, sendo que neste último, o árbitro decide considerando o mais justo para o determinado caso, não ficando vinculado apenas ao formalismo da lei.

É importante destacar ainda, que, independentemente de ser por equidade ou de direito, a sentença proferida no juízo arbitral terá força de título executivo judicial.

Considerações parciais

O acesso a uma ordem jurídica justa vem sendo implementado em vários países, através de métodos alternativos de solução de conflitos, principalmente quando se depara com um Poder Judiciário moroso e descrente, face ao excessivo número de processos que nele tramitam, na busca de descongestioná-lo.

O Estado, através do Poder Judiciário, exerce a função jurisdicional, aplicando a lei ao caso concreto. Entretanto, o Judiciário, que hoje se encontra lento, inoperante, frágil e despreparado, não atendendo aos anseios da sociedade na busca da pacificação de seus conflitos, não é a única forma de se exercer a jurisdição, a qual também pode ser exercida através de outros órgãos alternativos, na busca da pacificação dos conflitos de interesses da sociedade.

A morosidade processual, o excesso de formalismos, o excesso de possibilidades de recursos existentes com efeitos meramente protelatórios, a falta de aparato técnico e processual, acabam por emperrar o desempenho do Judiciário.

¹⁵¹CAVAGGIONI, Álvaro Sérgio, op. cit. pág. 18.

Através do instituto da Arbitragem, objeto do presente estudo, não se busca a substituição do Poder Judiciário, por ser este insubstituível, mas apresenta-se uma alternativa de grande valia para a desobstrução do Judiciário através de formas alternativas de solução de conflitos, principalmente quando se tratar de direitos patrimoniais disponíveis.

E esse método ora apresentado, como já ressaltado, vem se difundindo pelo mundo, em diversos países, sendo usado nos mais diversos áreas, inclusive perante entes públicos, como no Direito administrativo e até fiscal, como será demonstrado a seguir.

CAPÍTULO III

ARBITRAGEM PERANTE ENTES PUBLICOS

Constitui objeto deste trabalho a análise da suscetibilidade e limites do recurso à arbitragem pelo Estado (entes públicos). Numa palavra: a arbitrabilidade dos litígios em que estes sujeitos são partes. A expressão “arbitrabilidade”¹⁵², difundida na doutrina jurídica que trata dessa matéria, significa a possibilidade de um litígio ser submetido a arbitragem, tendo em conta não só a natureza do objeto do litígio, como também a qualidade das partes.

Assim se fala, pois, correspondentemente, em arbitrabilidade objetiva (*ratione materiae*) e em arbitrabilidade subjetiva (*ratione personae*). É sob esta dupla perspectiva que o problema será exposto: não obstante estar em causa, *prima facie*, uma questão de arbitrabilidade subjetiva — categoria doutrinariamente criada para enquadrar a discussão em torno da suscetibilidade do Estado e demais entes públicos autônomos se submeterem a arbitragem —, impõe-se investigar também quais os litígios cuja natureza jurídica é compatível com o recurso de uma jurisdição privada.

Como apontam DOLINGER/TIBURCIO¹⁵³, no que se refere à arbitragem envolvendo o Estado (...), há que analisar a arbitrabilidade subjetiva e também a objetiva, pois, em algumas situações, além da questão da incapacidade de o Estado comprometer-se, a matéria poderá ser de império afetando a soberania estatal.

Esta última questão é, sobretudo relevante no que toca à arbitragem interna, onde é necessário indagar se apenas os litígios de Direito privado, ou também os litígios de Direito público, podem ser resolvidos pela via arbitral.

Já no plano internacional, a vertente objetiva da arbitrabilidade não assume a mesma importância, pois tende a ser absorvida, por uma regra material de arbitrabilidade subjetiva, que atua independentemente da natureza objetiva do litígio¹⁵⁴.

Tendo em conta os dois planos apresentados, impõe-se traçar um quadro sistemático, e tão completo quanto possível, dos domínios em que é permitido aos entes

¹⁵²OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos. Almedina, Coimbra, 2015, pp. 11-27.

¹⁵³idem

¹⁵⁴ibidem

públicos subtraírem-se à jurisdição estatal, entregando a resolução dos respectivos litígios a juízes privados.

Na verdade, assente que está, hoje, a abstrata admissibilidade da submissão destes sujeitos à via arbitral, e ultrapassado mesmo o tradicional dogma da interdição da arbitragem no campo jurídico-público¹⁵⁵, o debate em torno do tema que nos ocupa deve deslocar-se para o plano da concreta configuração e limites do recurso à arbitragem pelos entes públicos.

Bem se compreende deste modo, que, mais do que responder à questão clássica de saber se o Estado pode comprometer-se em árbitros, se reclama, agora, investigar em que medida lhe é permitido fazê-lo. Impõe-se, assim, através de uma análise transversal aos principais domínios jurídicos, descobrir onde termina - *de jure condito e de jure condendo* - a arbitrabilidade dos litígios com entes públicos.

3. Arbitragem Administrativa (No Direito Administrativo)

É naturalmente no âmbito do Direito público que a questão do uso da arbitragem dos litígios com entes públicos assumiu, desde sempre, maior interesse. Simultaneamente, é aí, que nos últimos anos, se foram abrindo novas perspectivas de debate sobre a matéria: do âmbito problemático clássico constituído pelo Direito administrativo, a discussão em torno da arbitragem dos litígios jurídico-públicos expandiu-se para novas áreas – como direito Tributário – como será demonstrado mais a frente, as quais, colocando questões novas ou obrigando a reequacionar as respostas tradicionais, permitiram verdadeiramente testar os limites que, não só o Direito vigente, mas também de *lege ferenda*, existem hoje ao recurso à arbitragem pelo Estado e demais entes públicos.

Foi, todavia, a partir do Direito administrativo que o problema nasceu e desenvolveu aí se tendo quebrado a tradicional resistência à subordinação daqueles sujeitos a juízes privados.

Ao contrário do Direito Privado, o Direito Administrativo tradicionalmente sempre apresentou grande resistência à possibilidade de as partes resolverem os seus litígios por via arbitral. A arbitragem, ao longo da história deste ramo do direito, ora simplesmente foi negada, ora foi admitida a título excepcional. Isso se deve à

¹⁵⁵OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos. Almedina, Coimbra, 2015, pag.28

dificuldade de se aceitar que a Administração Pública, ligada a uma ideia de poder público, sujeita à legalidade administrativa e à realização do interesse público, possa, por convenção, “afastar a competência dos tribunais administrativos, criados justamente para apreciar litígios de natureza jus-administrativa, e submeter-se ao julgamento de árbitros”¹⁵⁶. Apesar de não ser o propósito desta pesquisa analisar as múltiplas dimensões da arbitragem no direito administrativo, algumas notas de caráter geral são indispensáveis para a compreensão do novo regime de Arbitragem Administrativa.

Os ordenamentos jurídicos, de forma geral, consideram que nem todos os litígios podem ser decididos por meio da arbitragem voluntária, a chamada “arbitrabilidade”.

Essa “arbitrabilidade” comporta duas dimensões: uma subjetiva e outra objetiva. A arbitrabilidade subjetiva determina quem pode se submeter à arbitragem, ao passo que a arbitrabilidade objetiva estabelece quais matérias podem ser resolvidas por juízo arbitral, estando relacionada ao objeto da controvérsia.

A arbitrabilidade subjetiva possibilita que o Estado e outras pessoas coletivas de direito público celebrem convenções de arbitragem, desde que sejam autorizados por lei especial ou tratem de matérias respeitantes a relações de direito privado.

Portanto, não há uma norma de permissão geral da arbitragem em matéria administrativa, pelo que a concretização de convenções arbitrais, em casos tais, depende da existência de lei especial que permita a sua celebração.

O dispositivo, ao mesmo tempo que abre as portas para a Administração Pública utilizar o instituto da arbitragem, lembra que essa possibilidade resultará sempre do exercício de uma competência legal e não uma faculdade própria da Administração. O princípio da legalidade como pressuposto da arbitrabilidade subjetiva relaciona-se com o fundamento da arbitragem. O instituto da arbitragem fundamenta-se, em geral, na autonomia privada e na faculdade reconhecida aos cidadãos de disporem de alguns dos seus direitos.

Desta feita, a Administração, mesmo quando estão em causa interesses patrimoniais, não possui essa “autonomia privada”, podendo fazer apenas o que a lei autoriza. Logo, a competência dos tribunais administrativos, a exemplo do caso português, que é de ordem pública, só pode ser afastada com autorização legal. Neste país, a sua legislação contraria frontalmente a relutância em admitir a arbitragem em litígios que envolvam uma pessoa coletiva de direito público.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*. Almedina, Coimbra, 2015, pp. 11-27

3.1 Da Administração pública e a arbitragem

As relações jurídicas das quais a Administração Pública toma parte, em regra, submetem-se a regime de direito público, no qual se aplica a máxima de que somente estará permitido àquilo que a lei assim o autorizar, todo o mais sendo vedado: recordemos que o Direito, classicamente, utiliza-se da classificação dual de Direito Público e Direito Privado, para melhor compreender sua própria gênese. No Direito Privado, como se sabe, há a prevalência da autonomia da vontade das partes no tocante às relações jurídicas das quais participem. No Direito Público, por seu turno, a ênfase se aloja no interesse público, e não na autonomia da vontade.

Contratos dos quais a Administração Pública participe, e que tenham a sua roupagem integralmente configurada por lei, são presididas por valores, princípios e fatores publicistas, consubstanciando o chamado regime jurídico de direito público. É o caso, exemplificativamente, de contratos que envolvam a delegação da prestação de serviços públicos. Ainda que certos incômodos tragam à iniciativa privada contratada, como é o caso das chamadas cláusulas exorbitantes, as relações jurídicas portam de maneira evidente o objetivo finalístico de se voltar para a satisfação do interesse público.

Mas a Administração igualmente toma parte em contratos submetidos a regime jurídico de direito privado – denominados por parte da doutrina como Contratos da Administração –, nos quais prevalece a liberdade das partes para contratar. Ainda que mesmo assim faça incidir determinados valores há, indiscutivelmente, um ambiente de disposições e preceptivos de direito privado na formação das respectivas relações jurídicas. É o que se passa, nas contratações envolvendo o exercício de atividades econômicas, por parte da Administração Pública, caso, sobretudo, das sociedades de economia mista e empresas públicas.

No período patrimonialista, prevalecia a confusão entre o patrimônio público e o privado: tradicional a idéia de que a função fundamental do Estado nessa época era garantir empregos para a classe média pobre, ligada por laços de família ou de agregação aos proprietários rurais.

Formara-se

“uma elite dirigente patrimonialista, que vivia das rendas do Estado e não das rendas das terras, e detinha com razoável autonomia um imenso poder político. A elite patrimonialista imperial, embora tivesse origem principalmente nas

famílias proprietárias de terra, foi ganhando aos poucos autonomia na sua própria reprodução. O que a caracteriza é o saber jurídico formal, transformado em ferramenta de trabalho e instrumento de poder. A absoluta maioria dos ministros, conselheiros, presidentes de província e deputados era formada em direito”¹⁵⁷

Não obstante não se confunda com a jurisdição estatal, possui – a arbitragem – o traço comum de dissipar litígios, numa visão finalística de pacificar as relações intersubjetivas, especificamente, no ponto, aquelas estabelecidas a partir de um ajuste contratual.

A propósito, muita das vezes o proceder arbitral estabelece necessário e íntimo entrelaçamento com a jurisdição estatal, pois, sobretudo nas situações em que haja resistência por parte de litigantes recalcitrantes, deverá o Estado fazer-se presente para exigir a obediência até então resistida.

A arbitragem obedece, obsequiosamente, a todos os consagrados princípios incidentes sobre os processos judiciais e administrativos, como o devido processo legal, o contraditório e o direito à ampla defesa, a imparcialidade dos julgadores, o necessário convencimento por parte daqueles que emitam sentença etc. Além disso, evidentemente respeita os limites pré-estabelecidos por sua lei de regência, logo, o princípio da legalidade, o da motivação e da isonomia entre as partes, dentre outros.

É indiscutível que, contemporaneamente, a arbitragem poderá ser utilizada para dirimir controvérsias e interpretações jurídicas conflitantes, no tocante a relações das quais a Administração Pública, direta ou indireta, nos seus diversos planos, faça parte.

Além de tal ser juridicamente possível, nos segmentos e nas relações contratuais perante a administração pública, a sua adoção revela-se de todo conveniente. Em súmula estrita, pode-se assim sintetizar os motivos que, verdadeiramente, recomendam a sua adoção:

A apreciação do conflito e a decisão a ser proferida será por árbitros especializados na matéria e de indicação das partes interessadas, os quais serão exatamente escolhidos por reunirem, dentre outras qualificações, aptidões e virtudes, expertise para tanto, o que radicalmente a distingue da jurisdição estatal;

A velocidade com que se realizará a dirimência do litígio, se confrontada com o procedimento judicial, é intensamente superior. É avesso, à arbitragem, a protelação; celeridade é da sua essência. A formulação de recursos sucessivamente interpostos na seara judicial não tem lugar na arbitragem, o que lhe confere celeridade indiscutível,

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos. Almedina, Coimbra, 2015. Pag.30

com isto resolvendo-se, em prazos relativamente exíguos, litígios que demandariam, na esfera judicial, não menos do que praticamente uma década até obter-se o trânsito em julgado do respectivo decisório;

O procedimento arbitral dispensa tratamento isonômico entre as partes submetidas à arbitragem, inclusive em relação à Administração Pública, bem diferentemente do que se passa no procedimento judicial, em que há tratamento discriminatório amplamente mais favorável ao Poder Público, chegando-se, por vezes, a serem relevadas intervenções processuais extemporâneas dos representantes da Administração Pública que, no rigor formal, deveriam ser fulminadas pela preclusão;

Tendo em vista que a arbitragem é um meio extrajudicial de solução de litígios, consubstancia-se ancora segura para a iniciativa privada, sobretudo estrangeira, que, por vezes, possui o receio de ver seus pleitos endereçados à Administração Pública ;

Na arbitragem a fixação de prazos procedimentais, em regra, deverá levar em conta as facilidades ou dificuldades enfrentadas pelas partes litigantes, com isto conferido prazos adequados e logicamente proporcionais à providencia a ser implementada, sobretudo no que atina à produção de provas, daí contribuindo, decisivamente, para que o fator temporal beneficie as partes, não se tornando, ao reverso, um óbice, conforme com certa frequência se observa na seara judicial;

Revela-se, a arbitragem, extremamente útil e eficaz na solução de divergências interpretativas pré-litigiosas, presididas por sincera boa fé das partes envolvidas em tomar a solução mais adequada para o caso concretamente considerado, observáveis, sobretudo em relação a contratos de longo curso, impedindo desgastes e rupturas desnecessárias entre as partes, ao mesmo tempo buscando e propiciando soluções e a arbitragem muito facilita a atuação dos profissionais responsáveis pela defesa da Administração Pública, pois, haja vista que o exercício da função administrativa submete-se a controle interno e externo rigorosos, os quais, muita das vezes e exatamente em função disso fazem com que determinados procederes sejam na prática utilizados para a própria proteção dos agentes atuantes no litígio e não em favor da sua própria dirimência, como o que se passa com a ordem precipitada para a propositura de medidas judiciais que poderiam ser evitadas, a formulação de pleitos incabíveis ou, como com alguma frequência se observa na formulação de recursos sobre matérias já decididas e com entendimento pacificado, inclusive, no limite, sumulados em caráter vinculante.

São essas alguns dos motivos que tornam a Arbitragem um meio eficaz.

Assim, observa-se que a arbitragem “Administrativa” é, hoje, uma realidade também nas quadras do direito público, cada vez mais ocupando papel de destaque na solução de litígios e interpretações conflitantes nas relações jurídicas que envolvam a Administração Pública.

3.2 Arbitragem administrativa ou arbitragem no direito administrativo?

Não existe uma arbitrabilidade administrativa distinta da arbitrabilidade de Direito comum. Do mesmo modo, não existe uma arbitragem administrativa, distinta da arbitragem de Direito comum.

As tentativas de fragmentação do instituto, através de uma incompreensível autonomização da arbitragem enquanto “instituto do contencioso administrativo” e da “idéia de um juízo que é parte integrante dos institutos da justiça administrativa”, são improcedentes.

Antes se impõe reconhecer a arbitragem como instituto de Direito comum aplicável também no Direito administrativo:

“as normas que expressamente regulam a arbitragem em que participa a Administração Pública não só não criam um instituto diverso (...), como são meras normas autorizativas (ou permissivas) da utilização de um instituto de direito comum”.¹⁵⁸

A natureza jurídica da arbitragem de modo algum se modifica consoante está em causa a resolução de litígios no Direito público ou no Direito privado; São, por isso, insustentáveis concepções como aquelas que veem nos tribunais arbitrais encarregadas de julgar litígios jus-administrativos “verdadeiros tribunais administrativos”, inseridos na jurisdição administrativa”, ou que vêem na convenção de arbitragem celebrada pela Administração Pública um “contrato administrativo” (de natureza processual) . Por essa razão, e em suma, deve falar-se em ‘arbitragem no Direito administrativo’ e não em “arbitragem administrativa” .

Passa se agora a discorrer sobre a arbitragem ante outro esfera do Estado, o Fisco.

3.3 Arbitragem Tributária

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos. Almedina, Coimbra, 2015, pag.31

A globalização e a informatização decretaram significativas mudanças no modelo de Estado atual, quer no tocante a sua relação com os cidadãos, quer acerca da relação intra-estatal e até mesmo entre os Estados nacionais.

Tais mudanças interferem diretamente na maneira de compreender a natureza jurídica dos institutos de direito público, dentre os quais se insere a própria controvérsia tributária.

Internamente, o Estado deixou de ser provedor dos serviços essenciais, na medida em que compartilha tal tarefa com o setor privado e atua como regulamentador dos serviços - o que faz, muitas das vezes, através de agências reguladoras.

Nos Estados Unidos da América, a doutrina que estuda os papéis e funções do Estado chega a mencionar a necessidade de que seja desenvolvida uma teoria para análise do aumento de administradores privados e auditores na qualidade de uma nova geração de administradores públicos. Nesse novo cenário, a noção tradicional de direito público e a dicotomia público *versus* privado perde importância, na medida em que aspectos tradicionalmente tratados por normas de direito público são, atualmente, de responsabilidade de entes privados e, portanto, regulamentadas por norma que cuidam das relações entre particulares.

De outro lado, com a internacionalização da economia as decisões internas de um Estado exercem influência no mercado e nas relações mundiais e as fronteiras deixam de representar limites para determinadas relações e transações. O surgimento de blocos econômicos e relações nunca antes verificadas igualmente determinam que o direito se modernize e possa regulamentar situações absolutamente imprevisíveis.

Nesse modelo, o Direito deveria ser capaz de regular situações mesmo que não as tenha previsto e, para tanto, cada vez mais as formas não tradicionais de solução de controvérsias se mostram adequadas e necessárias na medida em que capazes de trazer soluções criativas, no tempo atual da sociedade.

Normas jurídicas que levem tempo a se modernizar e adaptar as transformações econômico-sociais tem seus dias contados na medida em que a sociedade, no atual nível informacional e globalizado, demanda por regulamentos capazes de acompanhar a velocidade das relações e transformações.

As transformações no modelo de Estado, decorrentes da nova conjuntura econômica e social, majoritariamente inerentes ao Estado informacional, sugere uma releitura da concepção tradicional da indisponibilidade do interesse público e do crédito

tributário, como assim dos meios que o poder público poderá utilizar para solucionar as controvérsias nas quais se vê envolvido.

A relevância da característica informacional do Estado se torna relevante na medida em que, aliada a internacionalização, a informatização e fator determinante no que se refere a nova ordem. No contexto atual, muito se tem estudado e comentado sobre a crise do modelo de Estado. Não basta mais a noção de Estado voltado às suas próprias necessidades institucionais, que concentra esforços na manutenção da morosa e burocrática máquina estatal: o Estado deve estar voltado aos anseios e necessidades dos cidadãos e, para tanto, a internacionalização da economia e das relações, e também a informatização, são aspectos intrínsecos dessa nova perspectiva.

Ao contrário do que seria de supor, a arbitragem como meio de resolução de conflitos não é uma ideia nova no direito tributário. Todavia, ela tem sido institucionalizada muito mais por razões de ordem pragmática do que através da criação de uma dogmática e princípios teóricos internos claros e, até, exclusivos.

Ainda assim, no panorama internacional, as técnicas arbitrais para a resolução de conflitos na aplicação dos tributos vieram a merecer, desde finais do século XIX, uma atenção acrescida na lei e na doutrina, através das numerosas propostas de criação de tribunais de natureza arbitral, em especial para a resolução dos casos de dupla tributação, como aquelas que foram subscritas por Alessandro Garelli, Guggenheim, Ludwig Von Bar, Pugliese, Van Hoorn, Michael e Emmen Riedel, entre outros.¹⁵⁹

Depois, os trabalhos de organismos internacionais defenderam a arbitragem como meio de resolução de conflitos entre partes soberanas e outros sujeitos, incluindo particulares e empresas, particularmente no domínio do direito internacional público e comercial.

O Fundo Monetário Internacional - FMI e a Organizações das Nações Unidas - ONU criaram, no âmbito das respectivas esferas, textos convencionais reguladores de conflitos em matéria fiscal internacional. A Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional adotada pela Commission des Nations Unies pour le droit commercial international - CNUDCI, em 1985, constituiu um importante fator de harmonização dos regimes nacionais da arbitragem transnacional. Para além dela, existe hoje a Convenção sobre Conciliação e Arbitragem no quadro da Conferência para a Segurança e Cooperação na Europa – CSCE, concluída em Estocolmo em 15 de Dezembro de 1992.

¹⁵⁹GUSTAF-LINDENCRONA et NILS METTSON. *Arbitration in Taxation*. Kluwer: Deventer, Boston, 1981.

A ONU, de resto, consagra na sua Convenção Modelo para evitar a dupla tributação, o procedimento amigável como forma de resolução de conflitos. No âmbito europeu, inúmeras regras, tais como as constantes da Convenção 90/436/CEE sobre a eliminação da dupla tributação em caso de correção dos benefícios de empresas associadas, estabelecem soluções que possuem características de um procedimento amigável e de um procedimento arbitral.

A tendência recente vai no sentido de os Estados adotarem mais extensamente a transação como forma de resolução de conflitos visando a extinção do litígio e do crédito tributário. Os meios alternativos de resolução de litígios vêm ganhando cada vez mais espaço nos ordenamentos jurídicos modernos. Fala-se, por exemplo, de concordato fiscal no México. Na Itália, fala-se tanto do concordato tributário¹⁶⁰ quanto do arbitrato. Igualmente há na França os *agrémentes fiscaux*, bem como a *arbitrage*. Já nos EUA, encontra-se os *closing agreements e a arbitration*.¹⁶¹

3.3.1 A arbitragem e o sistema do fisco

Todavia, a figura continua a suscitar algumas perplexidades dogmáticas e de ordem prática como passa-se a expor.

Os sistemas fiscais continuam a assentar em postulados constitucionais valorativos próprios do Estado neo-liberal. Mas os princípios fundamentais criados pela dogmática liberal não forneceram uma garantia efetiva da posição substantiva ou processual dos cidadãos na relação tributária.

Os princípios do consentimento prévio no lançamento do imposto, do primado da lei ou da legalidade, da reserva de lei, da igualdade, da moderação dos impostos e da capacidade contributiva, entre outros, não constituem hoje uma efetiva garantia contra os excessos de Estado e os elevados níveis de carga tributária.

A reserva de lei é frequentemente objeto de abuso na forma como se legisla. A igualdade fiscal é ferida não apenas pelo caráter tendencialmente regressivo dos

¹⁶⁰Esta denominação lata compreende, no ordenamento italiano, vários mecanismos como La programmazione fiscale; L'autotutela, L'aquiescenza; Adesione o conciliazone; L'accertamento com adesione e La conciliazione guidiziale.

¹⁶¹CLAUDIO CECCHELA, *L'arbitrato*. Torino: UTET, 1991 ; MARIO CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*. Rivista italiana di diritto pubblico comunitário, Milão, n.º 1, 2000;

impostos sobre o consumo como pelas taxas nominalmente progressivas dos impostos sobre o rendimento.¹⁶²

Os níveis de carga fiscal são demasiadamente altos e a capacidade contributiva é apenas um índice indicativo de tributação.

Por seu lado, as modernas sociedades são intrinsecamente plurais, envolvendo uma diversidade de interesses que surgem nelas protagonizados por distintos grupos sociais, sendo que cada um deles procura reivindicar junto do Estado a máxima satisfação das suas pretensões particulares. Isto tem também plenos reflexos no modelo de imposição tributária, - incidência e benefícios ou incentivos tributários – e nas prioridades dos gastos públicos.

O Estado tem-se aberto à democracia participativa, assumindo-se como interlocutor junto desses grupos económicos e sociais, muitas vezes elevados ao estatuto de parceiros sociais, exercendo um poder que assume características negociais e levando por diante a designada concertação social.¹⁶³

Esta leva à transferência do protagonismo de certos grupos de interesses para dentro da esfera de ação pública e à criação de formas de gestão compartilhada, de codecisão ou de negociação legislativa.

Vários Estados implementaram já, no plano interno, medidas tendentes a facilitar a justa composição dos conflitos. É o caso da arbitragem no direito civil, no direito comercial e, mais modernamente, no direito administrativo. Mais rara é a sua admissão no direito tributário interno, invocando fundamentos repetidos embora, improcedentes.

3.3.2 A arbitragem, o Estado e o cidadão

Em tese geral, a arbitragem surge no direito tributário num contexto resolução de conflitos ou de resolução de conflitos ou entre Estados soberanos ou entre esses Estados e os cidadãos.

No primeiro caso temos a arbitragem internacional; no segundo o procedimento arbitral interno.

¹⁶²CLÁUDIA BRAZ e JORGE CORREIA DA CUNHA, O efeitos redistributivos do IVA em Portugal, Boletim do Banco de Portugal, Janeiro, Lisboa, 2009.

¹⁶³PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária*, Principia, 2001, Cascais, págs. 205 e 211 e segs.

Num caso e noutro é o lugar dos cidadãos e dos demais agentes no sistema social, político e econômico que se procura respeitar, garantindo a sua participação nos procedimentos públicos em que tenham interesse e uma forma de justa composição de conflitos onde as jurisdições nacionais não podem decidir. É assim que faz sentido falar de mecanismos que salvaguardem tal direito de participação dos cidadãos.

Os ideais liberais instituiriam um primeiro conjunto de valores inerentes à pessoas humanas fundamentais, tais como a propriedade privada, a igualdade, a integridade moral e física contra atos invasivos dos poderes públicos e o sufrágio universal.

Logo depois estes foram alargados aos direitos que se materializam numa prestação da sociedade política a favor do sujeito, como é o caso dos direitos laborais, ao trabalho, à habitação e à educação, impondo ao Estado políticas concretas de promoção de tais interesses e das correspondentes condições sociais.

Mais tarde, foram consagrados nas Constituições políticas os direitos de terceira geração¹⁶⁴, relativos à plena participação dos cidadãos na construção dos modelos sociais, na atividade e nas decisões do Estado, instituindo-se o referendo e outros mecanismos de consulta popular.

Tais direitos têm sido complementados, no Direito administrativo, pelo estabelecimento de mecanismos de audição prévia dos sujeitos diretamente interessados na decisão dos órgãos do poder público.

Em Portugal, como será posto mais a frente, todo o procedimento administrativo suscitado pelos particulares onde seja necessária a tomada de decisão que afete os seus interesses concretos, impõe ao órgão de decisão o dever de lhe comunicar previamente o sentido previsto da decisão, para que se manifeste, expondo as suas razões de fato e de direito. O órgão de decisão fica obrigado a pronunciar-se sobre as razões invocadas e a indicar expressamente com que fundamentos de fato e de direito delas se afasta.

Tais direitos de participação na atividade político-administrativa do Estado resultam da progressiva densificação de uma idéia de cidadão-contribuinte como ser integral, consciente dos seus direitos. Assim se alcança uma idéia de justiça efetiva na tributação, no respeito pelos princípios da igualdade, da capacidade contributiva, da

¹⁶⁴IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *As dimensões do direito contemporâneo luso-brasileiro e a crise mundial*, Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, págs. 14 a 20, Abr./Jun. 2009; Diogo Leite de Campos, *O sistema tributário no Estado dos cidadãos*, Almedina, Coimbra, 2006.

generalidade do imposto e do consentimento: os impostos se têm que ser consentidos tem também de ser plena e efetivamente discutidos.

O modelo tradicional de consentimento ao imposto, fundamentado no princípio democrático (participação indireta na elaboração da lei de imposto) cede lugar ao fenómeno da adesão ao imposto ou pós-consentimento (consentement en aval) – de acordo com a terminologia proposta por Jean-Claude Martinez, tendo em vista a crescente fragilização das democracias modernas que não mais conseguem representar com fidelidade os interesses populares.¹⁶⁵

Assim, observa-se um interesse crescente pelas formas de participação do contribuinte na aplicação das leis fiscais, de forma a facilitar sua adesão às regras já existentes. Exemplo dessa necessidade de participação efetiva dos cidadãos é o desenvolvimento das ideias sobre a psico-sociologia fiscal de que tratam Günter Schmöelders, Henry Laufenburger e Jean Dubergé¹⁶⁶, representantes, respetivamente, das doutrinas alemã, suíça e francesa.

3.3.3 Admissibilidade da arbitragem: as novas esferas de disponibilidade no direito tributário

A possibilidade de recorrer à arbitragem como forma de resolver conflitos é frequentemente negada no direito fiscal embora um número crescente de Estados a venha adotando. O fundamento mais comum é o de que a relação tributária e o imposto que dela resulta são indisponíveis.

Em Portugal a lei fundamental estabelece que os impostos são criados pela Lei da Assembléia da República e que os créditos tributários são indisponíveis (artigos 103.º e 165.º n.º 1 al. i). Na verdade, quando nela se estabelece que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição, diz-se também o fato inverso: que todos são obrigados a pagar os impostos que tenham sido criados segundo tal processo formal de criação. Todavia, o lançamento de impostos exige a criação de mecanismos de reação contra a intenção de tributar. Alguns destes aproximam-se da arbitragem.

¹⁶⁵JEAN-CLAUDE MARTINEZ et PIERRE DI MALTA. *Droit fiscal contemporain. Tome 1, L'impôt, le fisc, le contribuable*. Paris: LITEC, pág. 30.

¹⁶⁶RENÉ DAVID, *L'arbitrage. Jurisdicción arbitral en controversias com el Estado. Processo en cuestiones tributarias*, Buenos Aires, La Ley de 192.

A indisponibilidade do crédito fiscal decorrente do princípio da supremacia do interesse público é também muito frequentemente citada como óbice à realização do procedimento arbitral no âmbito tributário.¹⁶⁷ Outros ainda negam admiti-la no direito tributário invocando a plena vinculação da atividade administrativa.¹⁶⁸

Os impostos são um atributo de soberania, uma manifestação de máxima pública protestar fato que, para alguns, poderia fazê-los escapar à competência dos árbitros.¹⁶⁹

Todavia, isso não impede a utilização de conceitos indeterminados em normas e regimes substantivos concretos, disciplinadores da relação tributária, nem o recurso à discricionariedade técnica. Não existem conceitos absoluta e rigorosamente determinados.

Como bem o sublinhou Castanheira Neves¹⁷⁰, ocorre uma espécie de indeterminação imanente de todos os conceitos, pelo que o problema não é tanto de natureza, mas de grau de indeterminação.¹⁷¹ Sendo assim, não se vê como as objeções da indisponibilidade do crédito tributário e da plena vinculação da atividade administrativa possam proceder.

A compatibilidade da arbitragem deve ser admitida uma vez que o Direito tributário deixa de se configurar como uma área de rigorosa vinculação legal. As relações fisco-contribuinte deixaram de se desenvolver num sentido rigorosamente vertical para passarem a mover-se em espaços de disponibilidade, isto é “zonas de acordo”.¹⁷²

É o caso dos contratos fiscais¹⁷³, dos conceitos indeterminados, das margens de livre apreciação, dos espaços verdadeiramente discricionários atribuídos à administração tributária por razões de praticabilidade e de maior liberdade na aplicação na lei fiscal. É também o caso da aplicação de métodos de determinação indireta do

¹⁶⁷SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de. *A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro*. In: *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário* (Orgs.: O. O. SARAIVA FILHO e V. B. GUIMARÃES), Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 78 e ss.

¹⁶⁸ALBERTO PINHEIRO XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, I, Lisboa, 1978, p. 124 e 125; *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*, Editora RT, São Paulo, p. 11.

¹⁶⁹IBRAIM FADLADAH, *Arbitrage internationale et litiges fiscaux*, Revue de l'arbitrage, n.º 2, 2001, p-299-310. PASCAL ANCEL em *Arbitrage et ordre public*, obra citada, 2001, p. 269-288

¹⁷⁰ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto, Questão-de-Direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Digesto, Vol. I, Coimbra, 1967, págs. 135, 136 e 140 a 146 e 158.

¹⁷¹idem

¹⁷²DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Certeza e segurança no Direito Tributário: a arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Setembro de 2005, p. 313-325

¹⁷³JOSÉ CASALTA NABAIS, *Contratos fiscais. Reflexões acerca da sua admissibilidade*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia juridica, n.º 5, Coimbra, 1994. BERNARD HANOTIAU, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, journal du droit international, ano 121, 1994, n.º 4, Outubro/Dezembro, p. 899-966

rendimento em que se permite a participação, o diálogo e, de algum modo, o ajuste das realidades com o contribuinte.¹⁷⁴

Seja como for, parte da doutrina põe em relevo que o fato tributável, ou seja, o fato da vida real relevante para efeitos tributários, uma vez encaixado no âmbito da previsão da norma fiscal de incidência, desencadeia, ope legis, isto é, por força de lei e de forma automática, o dever de suportar o correspondente encargo ou sacrifício patrimonial. A Lei Geral Tributária Portuguesa (LGT), uma Lei contendo um conjunto de princípios fundamentais em matéria fiscal, estabelece de forma expressa o princípio da indisponibilidade do crédito tributário por ato de um órgão da administração, na linha do que já se vinha consagrando na doutrina e na jurisprudência.¹⁷⁵

Uma vez que os impostos são estabelecidos por razões de ordem pública, só a lei criadora do imposto pode estabelecer critérios da sua dispensa ou renúncia. Em todos os demais casos, não pode o órgão do poder público, qualquer que ele seja, dispensar ou renunciar os créditos tributários que resultem da lei. Outras jurisdições possuem regras ou princípios semelhantes no respeito pelos princípios da legalidade tributária, do consentimento e da prossecução do interesse público.

Parte da doutrina chama a atenção para o fato de a arbitragem ser apenas um sistema ou forma extrajudicial de resolução de litígios, que não representa necessariamente dispensa ou renúncia de créditos tributários.

É o caso notadamente de Leonardo Freitas de Moraes e Castro e Alexandre Luiz Moraes e Castro¹⁷⁶, que afirmam: “(...) a arbitragem jamais pode ser considerada como ‘um benefício’ (na acepção de vantagem unilateral) para qualquer das partes.

É evidente que existem vantagens, tais como a celeridade, tecnicidade e, por vezes, inclusive a redução de custos com a decisão arbitral, mas tais fatores servem tanto para o Fisco como para o contribuinte, jamais podendo ser entendidas como benefícios fiscais tais como a anistia, remissão ou isenção tributária”.¹⁷⁷

A partir de tal constatação, nota-se que muitos dos argumentos invocados contra a utilização da arbitragem no direito tributário não se sustentam. A arbitragem como

¹⁷⁴GEMA BLASCO MARTINEZ, *Convención y arbitraje en los supuestos de ausencia de contabilidad ou de contabilidad incompleta*, in *Alternativas convencionales en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 206-215

¹⁷⁵DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA HORTA NEVES LEITE DE CAMPOS, *Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, pág. 94

¹⁷⁶ MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas. “Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil.” *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 88, set./out. 2009.

¹⁷⁷idem

mecanismo regulador de conflitos não deixa de satisfazer o interesse público do Estado ao imposto, mas também de promoção da paz social e administração da justiça.¹⁷⁸

Tal ocorre, por exemplo, com o argumento segundo o qual a aplicação de tal método de resolução de litígios feriria o princípio da capacidade contributiva. Contudo, é de se perguntar: em que medida a arbitragem fere a capacidade econômica, se o crédito tributário em si mesmo não é de forma alguma atingido? Além disso, mesmo se houvesse na arbitragem a dispensa ou renúncia ao imposto tão frequentemente citada pela doutrina, a indisponibilidade do interesse público deve ser analisada com temperamentos.

Isso porque a doutrina distingue o interesse público primário do secundário. Versa o primeiro sobre a promoção e concretização dos valores eleitos pela sociedade como um todo. Secundários são os interesses relacionados aos bens patrimoniais do Estado ou suas entidades.

Tratando-se os interesses estatais secundários como bens e direitos eminentemente patrimoniais, estaria a Administração Pública autorizada a submeter-se ao juízo arbitral em tais casos. E isso por um motivo singelo: os bens e direitos em referência existem única e exclusivamente para que o administrador público deles disponha para concretização de algum interesse primário. Portanto, desde que a disposição contratual, inclusive a convenção de arbitragem, seja realizada pelo administrador em respeito a cumprimento de suas funções públicas, os atos praticados serão plenamente válidos.

Assim, a nosso ver, o fundamento da indisponibilidade do crédito tributário para negar a possibilidade de utilizar a arbitragem no direito tributário não procede.¹⁷⁹ De fato, parece existir até, alguma incoerência e contraditoriedade na sua invocação. Os ordenamentos tributários concedem aos funcionários da administração tributária, cuja atividade não é sindicada, os mais amplos poderes para efetuar a qualificação dos fatos, nos relatórios de inspeção que elaboram, e para decidir se eles são conformes à lei ou devem ser objeto de correção, ficando sujeitos às correspondentes correções fiscais e penalidades.

¹⁷⁸BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C. *La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos*, in *Convención y Arbitraje, en el Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pág. 201.

¹⁷⁹DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A arbitragem no Direito Tributário*, in *Estudos jurídicos e económicos de homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 1, Coimbra editora, Coimbra, 2006.

Por outro lado, o princípio da capacidade contributiva, adotado pela generalidade dos ordenamentos tributários, sendo pressuposto e limite da tributação, não é afetado pela arbitragem. Decorre dele, na sua vertente positiva, que todos os que revelem certa medida de capacidade contributiva devem pagar imposto e na medida da capacidade concretamente revelada, ao passo que, na sua vertente negativa, os que a não revelem não devem suportar imposto algum.

O procedimento arbitral não altera o princípio. A arbitragem pode ser utilizada exatamente para determinar a existência dessa capacidade contributiva através da determinação dos fatos em litígio. Isto é, pode ser utilizada para determinar com adequada certeza e segurança que fatos da vida real efetivamente ocorreram e qual a sua efetiva configuração. E com isso não se afetam os limites constitucionais e legais do dever fundamental de pagar imposto.¹⁸⁰

A alegada impossibilidade de utilização da arbitragem no direito fiscal não é, pois, de aceitar por um conjunto de outras razões. Em primeiro lugar porque traduz a visão do imposto como instrumento de dominação dos governantes, como ato unilateral e onipotente de afirmação de soberania. Depois porque ela transforma os cidadãos em governados, em meros “sujeitos passivos”, indivíduos sem voz ativa na relação de imposto e na proteção de direitos que possam ser violados. Depois ainda, não é de aceitar porque radica numa idéia de autoritarismo de Estado, no “*imperium*” público sobre questões onde o que está em causa é o interesse de todos.

Para, além disso, trata-se de um argumento que impede a paridade de armas na defesa das garantias violadas e confere ao Estado uma permanente posição de supremacia. E apenas tem fundamento no medo ancestral do Estado de perder a receita fiscal, pois como se diz: sem impostos não há Estado.

Por outro lado, não existe nenhuma incompatibilidade racional entre a arbitragem e o direito público, sendo falsa a idéia de que as autoridades administrativas não estejam aptas a defender o interesse público fora de uma estrita vinculação ao princípio da legalidade e que, qualquer desvio só poderia ser corrigido por um juiz togado.¹⁸¹ É falso que o juiz tenha mais respeito pelos dinheiros públicos do que o árbitro, porquanto recai sobre este, do mesmo, modo, o dever de aplicar o direito e de administrar a justiça.

¹⁸⁰CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998.

¹⁸¹FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, editorial Arazandi, 1995, p. 36

A solução arbitral pode abranger questões estritamente jurídicas porque, mesmo aí, do que se trata é de interpretar a lei, de retirar dela o melhor sentido tendo em conta os interesses envolvidos.¹⁸² E pode ser utilizada tanto para resolver litígios relativos ao cumprimento de obrigações acessória ou principal.

De fato, a indisponibilidade do crédito tributário não impede a administração fiscal de submeter-se à arbitragem desde que a lei reguladora desta forma de solução de conflitos seja suficientemente precisa para determinar os pressupostos e o alcance dos acordos arbitrais. E isto porque ela se situa num momento lógico e temporalmente anterior. Só faz sentido dispor de realidades cuja existência se haja já determinado, mas não antes disso.

Pela arbitragem determinam-se os fatos e, com isso, afere-se a capacidade contributiva objetiva. Mas também se pode interpretar a lei aplicável, em ordem a determinar se o modelo do fato nela consagrado (*fattispecie* ou *tatbestand*) abrange a realidade sobre a qual o estado formula a sua pretensão ao imposto. Na arbitragem não há concessões mútuas sobre direitos constituídos, mas tão só “cedências” sobre pretensões não validadas. O procedimento arbitral não atinge o crédito fiscal pela razão simples de que, nessa fase ele ainda não existe.

Não há, pois, qualquer antinomia ou relação inconciliável entre a arbitragem e os enunciados princípios, valores e limites.

3.3.4 Arbitragem e conflito

Trata-se de saber se o recurso à arbitragem depende da existência de um conflito ou litígio concreto. Neste respeito há que distinguir a arbitragem mandatória da arbitragem voluntária. A primeira é aquela em que o acordo para recurso à arbitragem se dá antes da existência de qualquer conflito, sendo estabelecido como forma de regulares possíveis ou hipotéticas disputas no âmbito de um relacionamento contratual em vias de ser estabelecido ou da eventualidade de surgirem questões que envolvam o poder de tributar de dois Estados. É a que se verifica nos acordos sobre dupla tributação onde se combina a resolução de eventuais conflitos futuros através do procedimento amigável, compreendendo a arbitragem.

¹⁸²OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO e VASCO BRANCO GUIMARÃES (org.), A transacção e a arbitragem no direito constitucional tributário brasileiro, in *Transacção e arbitragem no direito tributário*, homenagem a Carlos Mário da Silva Velloso, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.

A arbitragem voluntária só faz, em princípio, sentido depois de o conflito ou o desacordo surgirem. Em teoria, porém, nada impede que na negociação de um contrato ou de um regime de benefícios fiscais contratuais, as partes recorram ao procedimento arbitral para fixar o exato sentido de certos termos ou expressões nele empregues.

Todavia, no plano interno dos Estados das relações entre a administração fiscal e os contribuintes é mais frequente a arbitragem como forma de solução de conflitos. Isto porque nas relações fiscais internas não parece fazer sentido efetuar quaisquer acordos prévios, gerais e abstratos, para dirimir ou prevenir litígios futuros e incertos. Por via de regra, a interpretação da lei e a aplicação de princípios vários, específicos do direito tributário ou não, deverão ser suficientes para um desenvolvimento harmonioso das relações entre o Estado e os contribuintes. É o caso dos princípios da boa-fé, da proteção da confiança, da justiça, da colaboração, da equidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência e da imparcialidade, entre outros.

O funcionamento efetivo da figura parece requerer, como regra, um conflito. Para dirimir faz sentido que os ordenamentos jurídicos se dotem de lei prévia que expressamente a preveja e autorize, isto é, de um regime jurídico específico, dos termos e condições de utilização da arbitragem, enquadrada no leque das garantias gerais que o contribuinte pode usar para proteger os seus direitos.¹⁸³

Nada parece impedir que a arbitragem seja utilizada independentemente de outras garantias, judiciais ou administrativas ou deve ser precedida da propositura de ação judicial, de reclamação administrativa ou outro meio de reação. Também não vemos razões para exigir que ela surja como uma solução de segunda linha, ou depois da instauração de outros meios processuais de defesa.

Diferente é a questão de saber se a arbitragem pode ser utilizada a todo o tempo independentemente da fase processual da garantia processual já em curso. Em princípio, nada impede que não o possa ser. Todavia, este ponto requer alguma reflexão adicional. De fato, não parece fazer sentido permitir que qualquer das partes requeira o procedimento arbitral quando já esteja a decorrer uma ação judicial ou uma garantia administrativa. Parece-nos possível que se revele necessário estabelecer alguns limites de ordem temporal para garantir que a arbitragem não seja utilizada de forma ínvia por qualquer das partes. Estas devem ser livres para tomar uma decisão de fundo quanto aos

¹⁸³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23.^a edição, Malheiros: São Paulo, 2003 e DE CARVALHO, Paulo Barros. *Curso de Direito Tributário*. Saraiva: São Paulo, 2000.

meios de defesa que querem utilizar, mas não é aceitável, por princípio, que estes decorram em simultâneo.

Diferente é a questão de saber se ela pode ser utilizada como meio acessório de qualquer outra garantia de defesa, judicial ou administrativa. O processo judicial já prevê o recurso perícias e outras formas de intervenção de terceiros, pelo que não parece haver incompatibilidade no recurso à arbitragem como forma de dirimir algum aspeto acessório da matéria colocada em juízo. Os respectivos termos e modos devem ser objeto de regulação expressa.

3.3.5 Arbitragem como direito potestativo à composição de litígios

A integração da arbitragem no elenco das garantias dos contribuintes deve visar o reforço da tutela eficaz e efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes, devendo ser instituída de modo a constituir um direito potestativo.

Questão diferente é a de saber se o contribuinte pode, unilateralmente, com carácter potestativo, requerer a resolução do litígio por recurso à arbitragem sem que a administração pública se possa opor. Isto é, importa refletir sobre qual deva ser o papel da vontade das partes no recurso à figura.

A resposta, do nosso ponto de vista, não é unívoca e requer até que se discorra sobre se a mesma deve abranger todos os fatos fiscalmente controvertidos ou apenas alguns deles. O Estado gosta de reservar para si um lugar de supremacia (*jus imperii*) na relação tributária, como é típico das relações jurídicas de direito público.¹⁸⁴

Hoje, a autoridade não é mais uma característica subjetiva do sujeito ativo da relação tributária. Este pode ser um ente de diversa natureza. São sujeitos ativos aqueles que a lei indica – meras empresas privadas concessionárias – cujo poder resulta da lei reguladora do imposto, não de sua natureza específica. É verdade que em ordenamentos jurídico-tributários como o francês, o italiano e o espanhol, a doutrina e a lei continuam a relutar em fazer o Estado descer do seu pedestal, isto é, em admitir a paridade de armas.

Em geral, nos sistemas políticos europeus continentais a responsabilidade social tende a confundir-se com os poderes públicos e estes a endeusar-se para atingirem um patamar de inquestionabilidade. Ao contrário, nos modelos anglo-saxónicos vigora um

¹⁸⁴JOÃO RICARDO CATARINO, *Para uma teoria política do tributo*, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 184, Ministério das Finanças, 1999, (2.ª edição) 2009, Lisboa.

princípio de responsabilidade individual mais exigente, sendo maior a proximidade e a crença na eficiência da gestão pública. Isso se reflete na disposição dos poderes públicos para dialogarem com os seus cidadãos.

Ainda assim, por princípio, qualquer das partes deveria poder desencadear o funcionamento da arbitragem. Todavia, este aspeto liga-se diretamente ao fato de saber se a arbitragem deve ou não abranger todo tipo de fatos jurídico-tributários. A resposta deve ser negativa: não se justifica permitir o recurso à arbitragem nos casos em que não existam dúvidas sobre os fatos tributários.

Para, além disso, que é muito diferente a situação de quem contesta a determinação da matéria tributável apurada por métodos indiretos, com recurso a margens médias de lucro líquido de vendas, a elementos e informações prestadas pelo contribuinte à administração tributária relativos à empresa ou entidades com as quais tenha relações económicas ou a custos presumidos em função das condições concretas do exercício da atividade, entre outras. Como regra, não se vê razões para que a arbitragem não constitua um direito potestativo de qualquer das partes, na medida em que se entenda que ela seja um processo dotado de garantias de imparcialidade.

Ainda assim, não é de enjeitar a possibilidade de a lei interna estabelecer limites: de fato, nada impede que a arbitragem fique reservada para os espaços de disponibilidade, ou zonas de acordo. Do nosso ponto de vista, deve admitir-se o recurso à arbitragem como forma de alcançar a verdade material e de concretizar a justiça na tributação em todas as situações em que a administração tributária procede à determinação da situação tributária dos contribuintes sem ter a certeza que normalmente resulta de uma declaração de rendimentos completa e verdadeira, de documentos legais tais como escrituras ou instrumentos públicos, ou do conhecimento de fatos provados por documento e insusceptíveis de dúvida.¹⁸⁵

3.3.6 Termos e das condições objetivas do acordo arbitral

Pode o acordo arbitral ser estabelecido sem restrições, isto é, abranger todos os aspectos da relação tributária? Entende-se que o procedimento arbitral deve estar estritamente sujeito à lei em tudo quanto tenha a ver com os elementos essenciais da relação de imposto. Não deve admitir-se a decisão segundo a equidade.

¹⁸⁵CORTE-REAL, Lourenço, *Arbitragem Tributária, Análise do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro*, Verbo Jurídico, Lisboa, 2011.

As Constituições estabelecem, por norma, o conteúdo específico da lei criadora do imposto, exigindo que, pelo menos, a incidência, as isenções, os benefícios fiscais e as garantias dela constem. Estas matérias, por estarem sujeitas a um princípio estrito de lei formal (e, frequentemente, a uma reserva de competência legislativa dos parlamentos), não podem deixar de ser limitadas de forma expressa na lei reguladora do procedimento arbitral.

No respeito pelo princípio da legalidade, as partes não devem poder acordar em termos que representem uma dispensa ou renúncia sobre tributos, uma desconsideração de fatos tributáveis conhecidos e susceptíveis de enquadramento objetivo e subjetivo nas leis materiais de incidência tributária, sejam quais forem os fundamentos invocados, embora possam estabelecer-se condições de pagamento diferentes das normalmente estabelecidas desde que previsto nas leis de imposto.

Os efeitos da sentença proferida a final pelo tribunal arbitral, devem compreender a anulação, a declaração de nulidade ou de inexistência do ato recorrido ou o reconhecimento do direito ou do interesse legalmente protegido dos contribuintes.

A sentença arbitral que não tenha sido objeto de recurso ou de anulação deve possuir a mesma força executiva das sentenças judiciais transitadas em julgado. Isto significa que, a arbitragem pode abranger todos os aspetos relevantes, mas está limitada numa dupla perspectiva: não deve abranger as situações sobre as quais não existam dúvidas acerca do fato tributário e não deve deixar de estar sujeita à lei e aos princípios que formam a relação tributária, pelo menos segundo as constituições políticas de Portugal e do Brasil.

Devem poder ser abrangidos pela discussão arbitral todos os fatos controvertidos relativamente aos quais a verdade não esteja estabelecida, mas seja possível estabelecê-la segundo as técnicas gerais e os meios de prova admitidos no direito. Assim, deve poder ser dirimido no âmbito do procedimento arbitral, se certo movimento refletido na conta bancária de um contribuinte configura um rendimento ou uma simples transferência de fundos não reveladora de capacidade contributiva.

Mais controversa é a questão de saber se a arbitragem pode envolver a interpretação da lei. Alguns autores pronunciam-se em sentido negativo, outros em sentido positivo.

Os árbitros podem (devem) possuir formação que lhes permita compreender a dogmática da interpretação da lei e aplicá-la ao caso concreto, não sendo de aceitar a tese de que a administração tributária faz uma melhor interpretação da lei apenas por ser

um ente público. E isto por um par de motivos: por um lado porque isso não fere o valor da indisponibilidade do crédito tributário e, por outro, porque nada impede que os árbitros o façam para determinar o sentido pelo qual a lei exterioriza o seu sentido mais útil, mais profícuo e mais salutar.

Além disso, o processo de subsunção da lei ao caso concreto sempre implicará, em maior ou menor grau, a tarefa de interpretação da lei. É necessário que o aplicador lhe atribua um significado, que sempre se dá por meio de um complexo procedimento semântico, sem o qual a lei queda inerte. Assim, ao aplicar a lei ao caso concreto, o juízo arbitral inevitavelmente lhe atribuirá um significado.¹⁸⁶

A arbitragem não deixará de visar sempre uma solução justa, que atenda às pretensões das partes, na medida do razoável e do que máximas de experiência e a própria natureza dos fatos recomendarem para o caso. Nem de recorrer aos instrumentos legais e contabilísticos, bem como às condicionantes e circunstâncias do caso para a determinação da bondade e procedência das pretensões de cada parte.

3.3.7 A arbitragem como forma de extinção de litígios

O crédito tributário extingue-se por pagamento voluntário ou coercivo, ou por anulação da dívida.¹⁸⁷ Em bom rigor, a arbitragem tal como a transação, apenas extinguem o litígio. Desta feita questiona-se: uma vez extinto por arbitragem o litígio entre as partes, podem elas deixar de acatar a decisão arbitral? a doutrina divide-se: alguns defendem a irrecorribilidade dizendo que se as partes optaram pela arbitragem é porque decidiram confiar em árbitros para pôr termo ao litígio. Outros entendem que deve admitir-se o recurso subsequente aos Tribunais.

Todavia, pode defender-se que a decisão arbitral não deve ser, em regra, recorrível, mas, a rigor, a solução a tomar dependerá dos direitos de recurso consagrados em cada ordenamento jurídico.

Deve a decisão arbitral apresentar especificidades face a outras formas de decisão de conflitos em direito tributário? Em tese geral, entende-se de forma negativa.

¹⁸⁶FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e aplicação das leis*, Arménio Amado editor, Coimbra, 1978.

¹⁸⁷CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2000, págs. 457 e segs.

A decisão no procedimento arbitral, enquanto tal, não é singular em relação a outras formas de resolução de litígios.¹⁸⁸

Cabe à lei sobre arbitragem a determinação do regime de admissibilidade e dos efeitos do recurso da sentença do tribunal arbitral, em particular quanto à manutenção da garantia prestada e ao regime da suspensão do processo de execução fiscal. Importa também definir o regime de anulação da sentença arbitral com fundamento, designadamente, na não especificação dos fundamentos de fato e de direito da decisão, na oposição dos fundamentos com a decisão e na falta de pronúncia sobre questões que devessem ser apreciadas ou na pronúncia de questões que não devessem ser apreciadas pelo tribunal arbitral.

3.4. O exemplo do Caso Português

3.4.1 História da arbitragem em Portugal

A arbitragem é o mais importante dos meios de resolução alternativa de litígios. O Estado Português tomando a dianteira com relação ao método passou a aplicar com sucesso esse instrumento diante de conflitos com o Estado ou perante os entes públicos. Desta feita faz-se necessário demonstrar, sem aprofundamento que merecia tal “estudo de caso”, mas de engrandecimento para o trabalho ora formulado.

Em Portugal, é apenas a partir de finais do século XII e inícios do século XIII que surgem as primeiras referências documentais às soluções arbitrais, ali prevendo-se as figuras dos “alvidros” e dos “avenidores” ou “convenidores” enquanto juízes investidos pelos poderes das partes. É também por essa altura que surgem os denominados “compromissos arbitrais” através dos quais as partes acordavam submeter um determinado litígio à jurisdição dos “alvidros” ou dos “avenidores”. Os “alvidros” equiparavam-se à figura atual dos árbitros, e a sua escolha, o seu número e a determinação do objecto da arbitragem dependiam única e exclusivamente da vontade das partes.

No século XV, com as Ordenações Afonsinas, surge a distinção entre os juízes-árbitros, os “alvidros” e os “alvidradores”, os primeiros decidindo segundo o direito constituído e os segundos com base na equidade. Mais tarde, as Ordenações Manuelinas

¹⁸⁸GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO M. *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*. Madrid, Colex, 1998.

e Filipinas viriam a manter as soluções nestes mesmos moldes excepto relativamente à matéria dos recursos na qual se fizeram alguns avanços. O modelo de arbitragem ali instituído iria vigorar em Portugal até ao liberalismo no século XIX.

A Revolução Francesa de 1789, pugnando, como é sabido, pela afirmação do poder do cidadão perante o Estado, teve uma grande influência neste método de resolução alternativa de litígios. Em França, a arbitragem tornou-se um meio extremamente popular tendo conseguido até consagração constitucional, especialmente pela desconfiança nos juízes com origem no regime monárquico. A popularidade revelou-se, porém, efêmera, sobretudo a partir da legislação Napoleônica, na última década do século XVIII.

No entanto, e como se referiu, no século XIX a arbitragem como um meio de resolução de litígios tornou-se bastante usual designadamente entre comerciantes de diferentes nacionalidades. De fato, não sendo o importador e o exportador de países diferentes, ambos desconfiavam do tribunal estadual um do outro, tornando a arbitragem especialmente apelativa nos domínios internacionais. Por esta altura, em Portugal, o Código Civil de Seabra (1876) regulava já a arbitragem nos seus artigos 44 a 58, consagrando uma solução bastante inovadora para a época, a da desnecessidade de homologação judicial da decisão arbitral interna.

No século XX, a solução arbitral foi bastante contestada. Se a arbitragem conseguiu o seu lugar no pódio da resolução de litígios internacionais, a nível interno as leis processuais viriam a reduzir-lhe a popularidade e o impacto. Este fato deveu-se, sobretudo afirmação do regime do Estado Novo, onde o reforço do poder do Estado sobre os cidadãos acabou por fazer com que os árbitros se subordinassem aos tribunais estaduais.

Foi apenas a partir da revolução de Abril de 1974 que se procurou atribuir à arbitragem uma sede própria enquanto via de resolução alternativa de litígios, independente das vias judiciais previstas na legislação processual. Em 1982, quando da primeira revisão constitucional, operada pela Lei Constitucional n.º 1, de 30 de Setembro de 1982, passou a prever-se no então artigo 212, atual artigo 209, a possibilidade de criação de tribunais arbitrais. É neste contexto que em 1986 surge a primeira Lei de Arbitragem Voluntária, a LAV de 1986¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Aprovada pela Lei n.º 31, de 21 de Agosto de 1986.

Esta lei veio a consagrar a independência dos tribunais arbitrais em face dos judiciais e a alternatividade da arbitragem na resolução de litígios relativamente à via judicial prevista na lei processual. A LAV de 1986, à semelhança, de resto, da atual LAV de 2011¹⁹⁰, consagra a arbitragem voluntária, porém, apenas, quanto a litígios de direito privado, ou seja, quanto a litígios cíveis e comerciais, submetendo assim a arbitrabilidade do litígio ao critério da disponibilidade do direito em causa.

Havia ainda um longo caminho a percorrer até a consagração da arbitragem administrativa, ponto de partida para a criação do regime de arbitragem em matéria tributária. A título meramente exemplificativo elencam-se então alguns dos diplomas portugueses que prevêm regimes de arbitragem sobre as mais diversas matérias:

- No domínio do Direito Privado é a Lei n.º 63, de 14 de Dezembro de 2011, LAV de 2011, que regula a arbitragem;
- No domínio do Direito Administrativo, a constituição do tribunal arbitral e a tramitação do processo segue os termos do disposto na LAV, com as necessárias adaptações, por remissão do artigo 181, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) devendo ser dada especial atenção ao artigo 180 do CPTA que define, de forma geral, o âmbito material da arbitragem administrativa;
- No domínio do Direito Tributário é o Decreto-Lei n.º 10, de 20 de Janeiro de 2011, que regula a arbitragem;
- No domínio do Direito do Trabalho, são os artigos 505 a 513 e 529 do Código do Trabalho que admitem o recurso à via arbitral. Aqui encontram-se três “tipos” de arbitragens: a arbitragem voluntária sobre questões laborais resultantes, designadamente, da interpretação, integração, celebração ou revisão de convenção colectiva (artigos 506, 507 e 529); a arbitragem obrigatória, por determinação do Ministro responsável pela área laboral (artigos 508 e 509); e a arbitragem necessária aplicável caso não seja celebrada nova convenção nos 12 meses subsequentes à caducidade de uma ou mais convenções colectivas (artigos 510 e 511). A matéria respeitante às arbitragens obrigatória e necessária sobre relações laborais, bem como à arbitragem sobre serviços mínimos durante a greve é regulamentada, por seu turno, pelo Decreto-Lei n.º 259, de 25 de Setembro de 2009;
- No domínio da propriedade industrial, é o artigo 48 do Código da Propriedade Industrial que prevê a possibilidade de recurso à arbitragem voluntária para o julgamento de todas as questões susceptíveis de recurso judicial. O artigo 59, n.º 6 do mesmo Código parece ainda prever uma situação de arbitragem necessária.¹⁹¹

Ainda neste domínio, em litígios entre laboratórios com medicamentos patenteados e laboratórios de medicamentos genéricos, a Lei n.º 62, de 12 de Dezembro de 2011, consagrou a existência de uma arbitragem necessária, mais vulgarmente denominada de arbitragem de medicamentos;

¹⁹⁰ A qual foi aprovada pela Lei n.º 63, de 14 de Dezembro de 2011.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. ARBITRAGEM DE LITÍGIOS COM ENTES PÚBLICOS. ED. Almedina. 2015

No domínio do Direito do Desporto, é a Lei n.º 74, de 6 de Setembro de 2013, que cria o Tribunal Arbitral do Desporto e aprova a respectiva lei para litígios relacionados com o ordenamento jurídico desportivo ou com a prática do desporto.¹⁹²

Desta lista meramente exemplificativa, será à LAV à qual mais se recorrerá nas anotações na medida em que é a lei reguladora do processo arbitral administrativo. Com efeito, o regime da arbitragem administrativa é aquele que, de entre todos, mais poderá contribuir para a integração de eventuais lacunas do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária pelo Decreto-Lei n.º 10, de 20 de Janeiro de 2011 (RJAT), na medida em que em ambos os casos se está no âmbito do Direito Público e perante relações jurídicas onde há um interesse público subjacente.

3.4.2. Fundamento constitucional dos tribunais arbitrais

Ao fixar as categorias de tribunais, a Constituição da República Portuguesa (CRP) dispõe no seu artigo 209, n.º 2, que “podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”.

Na sua redação originária a CRP era omissa quanto à existência de tribunais arbitrais. Foi quando da primeira revisão constitucional, operada pela Lei Constitucional n.º1, de 30 de Setembro de 1982, que se consagrou no anterior artigo 212, atual artigo 209, a existência de tribunais arbitrais.

A CRP passou desde então a admitir a criação de tribunais arbitrais. Como já citado, esta consagração constitucional deve ser historicamente contextualizada.

Se a arbitragem enquanto meio alternativo de resolução de litígios a nível interno vinha perdendo força ao longo do século XX como decorrência da ideologia do Estado Novo, com a Revolução de Abril de 1974 pretendeu-se conferir à arbitragem um lugar ao lado dos restantes meios de resolução de conflitos. Pode-se então dizer que esta consagração constitucional, da possibilidade de criação de tribunais arbitrais, vem um pouco na linha daquilo que já dois séculos antes se havia tentado em França, logo após a Revolução, de atribuir aos cidadãos poder de escolha entre os diversos meios de resolução de conflitos existentes.

Os tribunais arbitrais são, assim, reconhecidos como verdadeiros tribunais na ordem jurídica portuguesa, ainda que o legislador constituinte não lhes defina os seus

¹⁹² idem

contornos. A concepção destes preceitos constitucionais assentaria nesse mesmo pressuposto como o atesta a discussão feita na segunda sessão da Assembleia Constituinte, ocorrida em 27 de Janeiro de 1982. Neste debate o deputado do Partido Socialista Luís Nunes de Almeida observaria que era de “verdadeiros e próprios tribunais” que se cuidava então no novo artigo 212, onde tinham sido integrados os tribunais arbitrais, o qual merecera o acordo de todas as forças políticas com assento parlamentar.

Como o sublinham CANOTILHO e VITAL MOREIRA, se a CRP não define a categoria dos tribunais arbitrais, resta olhar à nossa tradição jurídica para bem a delimitar. É desta maneira que os autores identificam como características definidoras dos tribunais arbitrais o serem “normalmente formados ad hoc para o julgamento de determinado litígio, esgotando-se nessa tarefa, podendo, porém, existir tribunais arbitrais permanentes, a que podem ser diferidos os litígios emergentes de determinado tipo de relações jurídicas” e o serem “formados por iniciativa das partes ou das instituições representativas dos eventuais litigantes”¹⁹³. Esta é uma caracterização que corresponde melhor à arbitragem voluntária no domínio do direito privado, mas que não serve inteiramente mal aos tribunais arbitrais tributários. Compreenda-se já, a este propósito, que os tribunais arbitrais tributários se constituem para a resolução de litígios “avulsos” extinguindo-se o tribunal com o arquivamento do processo arbitral conforme artigo 23: isto, pese embora os tribunais arbitrais tributários estarem institucionalmente integrados no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) e serem constituídos por impulso do contribuinte e não por impulso da Administração.

Conclui-se este ponto com as palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, segundo as quais

para efeitos do disposto no artigo 212, n.º 3, da CRP, afigura-se, por isso, fundamentada a tese segundo a qual os tribunais administrativos [e fiscais] em Portugal, não são apenas os tribunais do Estado, como tais previstos na lei, mas também os tribunais arbitrais que venham a ser constituídos ad hoc, por acordo das partes [e os que funcionem nos centros de arbitragem institucionalizada], para dirimir litígios jurídico-administrativos (e jurídico-tributários)¹⁹⁴

3.4.3 Centros de arbitragem institucionalizada

¹⁹³ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2014) Constituição da República Portuguesa – Anotada, vol. II, 550.

¹⁹⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (2004) “A Arbitragem no Direito Administrativo Português”, 96.

Consagrada constitucionalmente a existência de tribunais arbitrais por via da revisão constitucional de 1982, esses tribunais veriam, poucos anos depois, o seu regime aprovado pela primeira LAV, a Lei n.º 31, de 29 de Agosto de 1986.

Meses depois, admitindo-se então, que os tribunais arbitrais poderiam funcionar institucionalizados numa determinada entidade, ou seja, que a sua constituição não teria de ser forçosamente ad hoc, o Decreto-Lei n.º 425, de 27 Dezembro de 1986, veio definir os termos a seguir pelas entidades que pretendessem promover, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias.

Como exemplos de centros nacionais onde funcionam arbitragens institucionalizadas pode-se apontar: o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) – onde funcionam arbitragens administrativas e agora arbitragens tributárias –; o Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações (ARBITRARE); o Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS); e o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa¹⁹⁵

Porque nos termos do Decreto-Lei n.º 425, de 27 de Dezembro, a criação de todos estes centros ficou dependente de requerimento ao Ministro da Justiça e emissão do correspondente despacho de autorização, para o que aqui importa, a criação do CAAD foi autorizada pelo Despacho n.º 5097, de 12 de Fevereiro de 2009 do Secretário de Estado da Justiça. Originalmente, o CAAD tinha como objetivo “promover a resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público”¹⁹⁶. Os seus estatutos foram alterados em 2010 com vista a ali incluir também as arbitragens em matéria tributária, acrescentando-se então a promoção da resolução de litígios em matéria fiscal, em virtude da aprovação do RJAT pelo Decreto-Lei n.º 10, de 20 de Janeiro de 2011.

3.4.4. Admissibilidade da arbitragem em Direito Público

A possibilidade de recurso à via arbitral para resolução de litígios emergentes do Direito Administrativo passou a ser discutida com a entrada em vigor do Decreto-Lei

¹⁹⁵ Uma lista nacional de centros de arbitragem institucionalizada autorizados pelo Ministério da Justiça, pode ser encontrada em <http://www.dgpj.mj.pt/>.

¹⁹⁶ (Cf. MANUEL DOS SANTOS SERRA (2015) “Arbitragem Administrativa e Tributária: Apontamento sobre os antecedentes da arbitragem”, 6-7).

n.º 129, de 27 de Abril de 1984¹⁹⁷, cujo n.º 2, do artigo 2.º, dispunha que “são admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso”.

Já a arbitragem em matéria tributária, tornou-se possível apenas em 2011, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 10, de 20 de Janeiro de 2011. A ordem cronológica não é acidental. Com efeito, e como melhor se entenderá adiante, a introdução da arbitragem em matéria tributária arrancou de uma base doutrinária que lhe era tendencialmente contrária e que só progressivamente foi revendo as suas posições, à medida que se agravava a saturação dos tribunais judiciais tributários, favorecendo-lhe em muito a sedimentação da arbitragem no âmbito do Direito Administrativo.

Nas palavras de Manuel dos Santos Serra

foi preciso que a justiça tributária em Portugal entrasse em colapso, e declarasse iminente falência, para que se começasse a pensar e a agir no sentido do seu progressivo desbloqueamento.¹⁹⁸

Deste modo, para que se possa compreender correta e plenamente a problemática da criação de uma via arbitral tributária em Portugal, cumpre perceber, antes de mais, o que se passou no Direito Administrativo.

3.4.5 Arbitragem em Direito Administrativo

Por razões de economia e facilidade de compreensão, este ponto limitar-se-á a expor aquela que José Luís Esquível trata como a terceira fase de evolução da arbitragem no domínio do Direito Administrativo, fase esta que, de resto, corresponde àquela em que a positivação de normas relativas à arbitragem foi mais intensa.¹⁹⁹

Como se referiu, o anterior Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129, de 27 de Abril de 1984, previa, no seu artigo 2º, n.º 2, que eram “admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso”.

¹⁹⁸ idem

¹⁹⁹ Para uma abordagem histórica mais completa veja-se JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL (2004) Os Contratos Administrativos e a Arbitragem, 135 e seguintes e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL (2010) “A arbitragem institucionalizada e os conflitos de Direito Administrativo”, 121-129.

Por sua vez, a primeira LAV de 1986, admitia, no seu artigo 1.º, n.º 4, cuja redação é, aliás, idêntica à do n.º 5, do artigo 1.º da atual LAV de 2011, que

“O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objeto litígios respeitantes a relações de direito privado”²⁰⁰.

Desta disposição retiravam-se, desde logo, duas conclusões: em primeiro lugar, a arbitrabilidade de litígios relativos a matérias de gestão privada de entidades de direito público, ou seja, relativas a relações jurídicas, ainda de direito privado, na medida em que a entidade pública figure como sujeito privado, desprovido *de jus imperii*, com aplicação direta do regime da LAV; em segundo lugar, a inarbitrabilidade dos litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, ou seja, aquelas em que a entidade pública atua nessa qualidade, dotada de *jus imperii*, salvo a existência de lei especial que a consagre.

Ainda que o primeiro ETAF fosse anterior à Lei n.º 31, de 21 de Agosto de 1986, a Doutrina interpretava aquele n.º 2, do artigo 2.º, enquanto lei especial para efeitos do disposto no artigo 1.º, n.º 4, do segundo diploma. Nesse sentido, admitia-se pacificamente que “também na vigência da LAV, [era] admitida a arbitragem no domínio das questões emergentes de contratos administrativos e respeitantes à constituição da Administração em responsabilidade civil por atuações ditas de gestão pública”²⁰¹

Abriu-se assim caminho para que, desde cedo, a arbitragem fosse um meio alternativo de resolução de litígios no domínio das relações jurídico-administrativas. Meio esse que, porém, era ainda visto com alguma desconfiança. Acresce que, ao contrário do que vigora hoje, era ainda assim necessário a celebração de um compromisso arbitral entre as partes, pelo que o recurso à arbitragem era as mais das vezes desconsiderado.

Nos anos 90, a aprovação do anterior Código do Procedimento Administrativo (CPA), pelo Decreto-Lei n.º 442, de 15 de Novembro de 1991, depois revisto pelo Decreto-Lei n.º 6, de 31 de Janeiro de 1996, veio dar mais força à arbitragem no seio

²⁰⁰ Aprovada pela Lei n.º 31, de 21 de Agosto de 1986.

²⁰¹ ALMEIDA, Mário Aroso de (2004), que indica as seguintes obras: SÉRVULO CORREIA (1994) “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, 239; RUI MEDEIROS (1999) *Acções de Responsabilidade*, 29-30; ALEXANDRA LEITÃO (2002) *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, 397-398.

dos contratos administrativos, ao prever no artigo 188 – entretanto revogado pela entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18, de 29 de Janeiro de 2008 – a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória nos contratos administrativos. No entanto, “O novo Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), que foi aprovado pela Lei n.º 15, de 22 de Fevereiro de 2002, (...) não [veio], entretanto, alterar significativamente, nesta parte, os dados da questão”.²⁰²

Como ficou explicitado, o Estado português através de mudanças legislativas implementou uma nova forma de solucionar conflitos usando-se o instituto da arbitragem. Foi um passo ousado, mas que vem demonstrando que esse método tende a evoluir e se espalhar por outras nações do globo como se verificará na parte final desse trabalho a seguir demonstrada.

3.5 Outros casos Internacionais

A solução adotada pela lei portuguesa de arbitragem voluntária no que toca à arbitrabilidade de litígios com entes públicos insere-se na tendência seguida pela maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Confrontando as respostas dadas ao problema nos principais Direitos nacionais, é possível, na verdade, distinguir dois grandes tipos de soluções nesta matéria: um - que é aquele que hoje se afirma na quase totalidade dos ordenamentos - admite amplamente a arbitrabilidade dos litígios com entes públicos, existindo, no fundo, um princípio geral de arbitrabilidade (ainda que sujeito a restrições mais ou menos amplas); o outro, ao invés, assume a “inarbitrabilidade”²⁰³ como regra, admitindo, depois, determinadas exceções, também elas dotadas de maior ou menor amplitude.

No primeiro tipo incluem-se, para além do Direito português, os Direitos suíço, alemão, italiano, espanhol, brasileiro e ainda, por exemplo, o inglês”. Em termos gerais, podemos afirmar que em qualquer destes Direitos é estabelecida a dicotomia entre litígios de Direito público e litígios de Direito privado²⁰⁴.

²⁰² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (2004), 98.

²⁰³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, 2ª ed. _, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 37-39

²⁰⁴idem

Não obstante, ao contrário do que sucede naqueles (onde a distinção tem origem legal expressa), é por via interpretativa que, nesses outros ordenamentos, a conclusão é alcançada. Em todos eles, admite-se a arbitrabilidade quando o ente público atua *jure gestionis*; nos demais casos, a arbitrabilidade é controversa, sendo que só pontualmente, quanto a determinadas matérias, encontramos normas expressas a permitir o recurso à arbitragem.

Encontramo-las, por exemplo, no Direito brasileiro²⁰⁵, no Direito italiano, onde a Lei nº 205 de 2000 veio admitir a arbitragem para certas controvérsias administrativas²⁰⁶, bem como no Direito espanhol²⁰⁷. No que toca, por exemplo, aos Direitos suíço e alemão, na falta de regras especiais, a arbitrabilidade dos litígios de Direito público foi sendo construída respectivamente a partir do critério da disponibilidade do direito ou do critério do carácter patrimonial da pretensão²⁰⁸.

Sintetizando, neste primeiro grupo de ordenamentos, independentemente das diferenças concretas existentes, a arbitrabilidade dos litígios com entes públicos é encarada com razoável liberdade, refletindo a já aludida tendência de favor *arbitrandum*, aplicada a esses litígios.

Já o mesmo não sucede em face da segunda linha de solução referida, em que a regra é a inarbitrabilidade do litígio. Neste âmbito, cabe historicamente lugar de destaque ao ordenamento francês, onde em seu art. 2.060 do Código Civil estabelece um princípio geral de proibição de recurso à arbitragem por parte das pessoas coletivas públicas (*collectivités publiques et établissements publics*). Simplesmente, para além de a jurisprudência afastar esta regra quanto à arbitragem mesmo no plano interno foram surgindo diversas leis a autorizar expressamente a participação de entes públicos em arbitragens.

Entre essas, a mais emblemática foi a Lei de 19 de agosto de 1986, que teve em vista permitir inserir uma cláusula arbitral no contrato de investimento a celebrar com a sociedade Walt Disney Productions para a construção do parque temático Euro disneyland, em Marne-La-Vallée, próximo de Paris, a qual foi aprovada na sequência do parecer negativo dado pelo Conselho de Estado quanto à possibilidade de (na ausência de previsão por lei especial) ser incluída naquele contrato semelhante cláusula arbitral.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, 2ª ed. __, Almedina, Coimbra, 2015, pag. 37

²⁰⁶ idem

²⁰⁷ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, 2ª ed. __, Almedina, Coimbra, 2015, pag. 38.

²⁰⁸ idem

Trata-se de qualquer modo, apenas de uma das várias exceções ao procedimento geral, as quais encontra-se hoje reunidas no artigo L311-6 do Code de Justice Administrative.

Entre elas, merece referência especial - para lá da previsão contida do art. 2061/2 do Code Civil²⁰⁹ e das autorizações particulares de recurso à via arbitral legalmente conferidas a determinadas pessoas coletivas públicas, como a SNCF, a La Poste e a France Télécom ou, mais recentemente, o Réseau Ferré de France²¹⁰ - a arbitrabilidade dos litígios em que são partes as “coletividades territoriais”, bem como a hipótese de recurso à arbitragem admitida na Ordonnance n° 2004-559, de 17 de junho de 2004, no âmbito dos chamados contrats de partenariat. Esta última previsão legislativa foi considerada “a mais importante exceção até então conhecida ao princípio da “inarbitrabilidade” dos litígios que relevam do Direito administrativo”²¹¹, já que “pela primeira vez Direito francês, o princípio da interdição de recorrer à arbitragem é integralmente removido quanto a uma categoria inteira de contratos administrativos”²¹².

De resto, interessante é notar que, no processo legislativo, - narra AUDIT²¹³ - “a questão do recurso à arbitragem não provocou qualquer emoção particular” (bem ao contrário do que aconteceu com outras disposições contidas na ordonnance), “levando a pensar que esta já não é, hoje, verdadeiramente controversa”. Na realidade, as resistências a admitir a arbitrabilidade dos litígios com entes públicos têm conhecido notável erosão, surgindo mesmo na doutrina francesa propostas no sentido de eliminar a regra do art. 2060 do Code Civil²¹⁴, ao mesmo tempo em que o referido “princípio orgânico de proibição da arbitragem” se torna “exclusivamente um princípio de autoridade legislativa ou para legislativa”. Na medida em que “o legislador dele dispõe livremente”.

A evolução posterior, como no exemplo Português já citado, confirmaria a tendência de erosão referida. Deste modo, torna-se legítimo afirmar que as fronteiras entre os dois tipos de soluções que identificamos - as soluções da arbitrabilidade ou

²⁰⁹i OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, 2ª ed. _, Almedina, Coimbra, 2015, pag. 39-40

²¹⁰OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, 2ª ed. _, Almedina, Coimbra, 2015, pag. 39.

²¹¹OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, 2ª ed. _, Almedina, Coimbra, 2015, pag. 41

²¹²idem

²¹³OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, 2ª ed. _, Almedina, Coimbra, 2015, pag. 42.

²¹⁴idem

inarbitrabilidade - regra - têm vindo a esbater-se, caminhando-se globalmente no sentido da afirmação de um princípio geral de arbitrabilidade dos litígios com entes públicos, ainda que sujeito a eventuais restrições, ditadas pela natureza do litígio em causa.

Considerações parciais

Como apresentado no presente capítulo, a arbitragem se difunde e vem sendo usada como método pacificador de conflitos em diversas áreas, inclusive na área fiscal como demonstrado no estado Português.

Com as vantagens evidenciadas pelo instituto da Arbitragem, acima, pode-se concluir que, a época atual é a mais propícia para o incentivo da prática da Arbitragem, como forma de garantir o efetivo acesso de todo cidadão à Justiça.

CONCLUSÃO

Na conjuntura atual, presente uma infinidade de atores e realidades onde o Estado assiste a tudo se modificar numa rapidez absurda não se torna difícil perceber a incapacidade do mesmo em decidir e regular ações em que ele esteja envolvido.

É fato incontestável que o Estado já não consegue mais controlar os fluxos de interação. Isso revela a necessidade de ser solidificada ferramenta que sirva de instrumento para tratar os conflitos advindos desse ambiente e que possa ser usada de modo universalizante.

Num cenário de globalização e multinacionalização é muito importante aprimorar instrumentos para tratamento de conflitos que equalize todos os envolvidos, lhes dando condições paritárias de atuação, debate e defesa. Mas aplicando-se os tradicionais métodos de resolução de conflitos essa tarefa é praticamente impossível.

Daí a importância do (re)surgimento do instituto da Arbitragem servindo como ponte unificadora e equalizadora de tudo isso.

Somente com uso da arbitralidade pode-se atender tanto para igualar todas as partes na mesma altura de direitos e obrigações, como para permitir paridade de oportunidades para manifestações ativas e passivas entre elas.

Ela se insere perfeitamente no estágio atual de evolução da sociedade, contribuindo, embora em pequena escala, com a paz social, eliminando, de forma célere, a tensão que no processo judicial se mantém por longo tempo.

Tudo indica conseqüentemente, que o uso do instrumento arbitral ou da arbitralidade é sinal de evolução e de maturidade jurídica face seu uso na solução de conflitos e interesses patrimoniais disponíveis.

Assim, focado na problemática levantada no começo desta pesquisa e que se chega ao final os questionamentos que lhe deram suporte restaram por fim confirmadas.

As conclusões que se passa a expor revela todos os entendimentos necessários a encontrar as respostas inicialmente buscadas.

Hoje é fato comum as ocorrências sociais se darem de modo muito mais veloz do que outrora, com formatações completamente novas, mais complexas e, muitas vezes, difíceis de serem equacionadas em tempo real por qualquer Estado nacional, seja por comandos internos ou externos do Direito Positivo que cada um possua ou possa construir para regular a mais distinta conduta em sociedade. E essas ocorrências tanto

acontecem muito rápido, como também podem se extinguir na mesma velocidade em qualquer parte do planeta.

Esse novo mundo que está sendo formado ao redor dessa pujante realidade faz com que o Estado enfrente dificuldades para mostrar respostas simultâneas a todos os acontecimentos que sucedem no seu entorno. Sejam eles positivos ou negativos. Nem que ele tente prever e regular todas as ocorrências, assim como tratar de todos os conflitos que delas eventualmente decorram, encontrará obstáculos formais e materiais para legislar em tempo real. Fora de suas fronteiras nacionais então, as dificuldades são infinitamente maiores.

A se considerar esse quadro num cenário que gira em torno da globalização, geradora de acontecimentos múltiplos, cujos retratos não mais se limitam a alguma linha territorial limítrofe de qualquer Estado nacional, percebe-se clara a situação de que o nacional e o internacional se misturam e suas diferenças pouco importam quando não é mais a soberania ou a territorialidade que imperam dentro da formação dos relacionamentos sociais que acontecem diuturnamente.

Daí ser verdadeiro asseverar que além das fronteiras estatais, e muito longe de ser alcançado pelas regras do Direito Nacional/Internacional, existe um mundo novo em construção completamente transnacional, gerando ações e reações das mais variadas formas, entre uma grande quantidade de atores que estão interligados pelo mais sortido rol de interesses sociais e compromissos jurídicos.

Isso traz à superfície uma série de situações novas que exigem formulações também novas e aptas para equacioná-las. Entre elas, está a necessidade de se encontrar formas de regulamentação social, outorgando ao Estado e ao Direito o papel, não mais de direção, mas apenas de guias da sociedade. E especificamente para o que se buscou neste trabalho, destaca-se que o viés foi avultar uma formação para servir de instrumento universal para tratar conflitos em sociedade além das fronteiras estatais e dos tradicionais instrumentos jurídicos tanto na ordem nacional, quanto internacional.

Sem ignorar a presença do Estado com suas estruturas de jurisdição, impera-se revolucionar o sistema tendo um instrumento que possa equacionar isso, colocando todos os atores no mesmo nível de equilíbrio de ação e reação. E um dos modos que se apresentam com eficiência singular para tanto é formular critérios de referência comuns forjando uma estrutura normativa reguladora que não necessite ficar vinculada diretamente no funcionamento interno de qualquer subsistema jurídico estatal.

É dentro de todo esse cenário que se explica o estudo desenvolvido através do presente trabalho que, em última análise, teve como objetivo geral investigar o instituto jurídico da Arbitragem enquanto instrumento para o tratamento de conflitos, na conjuntura de um mundo globalizado e transnacionalizado dentro do qual vive hoje a sociedade contemporânea, passando a considerar já o segundo passo na escala dessa evolução, o uso desse método de pacificação para conflitos perante o próprio Estado.

Para se estruturar, portanto, o estudo que ora se conclui iniciou-se pela análise da construção do Estado a partir da Paz de Westphalia, incluindo sua evolução e as principais crises que foram sucedendo ao longo do caminho histórico percorrido por ele até os dias atuais.

Também foram contemporizadas as dificuldades do Estado frente à nova dinâmica global, tendo-se por base os fenômenos da globalização e da transnacionalidade passando pela abordagem da *Lex Mercatória*. Junto disso, uniu-se a crise de um dos pilares do próprio Estado, o poder Judiciário, que passa por grandes dificuldades perante a sociedade atual, que está cada vez mais descrente da sua eficiência.

Tomando-se esse ambiente, onde relações ocorrem diuturnamente e dentro delas é praticamente natural acontecer conflitos, a investigação evoluiu para estudar o instituto da Arbitragem como ferramenta adequada para tratar demandas que aconteçam fora dos limites operacionais dos comandos estatais nacionais e/ou internacionais, bem como do seu uso face os entes públicos.

Para o desenvolvimento desta pesquisa focada na problemática objetiva e pontual narrada na introdução deste trabalho, foram levantadas as seguintes hipóteses, sendo que ao final dos estudos todas restaram confirmadas.

Pontualmente, então, seguindo a problemática construída no início e as hipóteses específicas adotadas para condução das pesquisas agora encerrada, as conclusões encontradas ao final dos trabalhos foram as seguintes:

Considerando a nova realidade Social contada a partir da Paz de Westphalia, o Estado vem enfrentado crises e dificuldades para se manter soberano ao longo do tempo. Com o surgimento e o crescimento do fenômeno Globalização as fronteiras nacionais se desintegraram e há diversas relações jurídicas que ultrapassam os limites da soberania jurisdicional do Estado.

Baseando-se nisso há possibilidade do uso de um instrumento que seja alternativa eficiente e eficaz para o tratamento de conflitos que eventualmente possam

surgir inserindo se aí o próprio estado, como ente público, diante do surgimento crescente de novas demandas que ocorrem paralelamente à soberania Estatal e ao território nacional.

Apesar de no passado a arbitragem ter sido o primeiro instrumento de autocomposição, seu desprezo após o uso da força pelos Estados, com esse novo contexto, pós Globalização, a Arbitragem retorna ao centro como alternativa para solução de conflitos ultrapassando os limites das fronteiras nacionais.

Com a universalização do comércio, o uso da Lex Mercatória que já cruzava os limites nacionais, o instituto jurídico da Arbitragem, se apresenta como instrumento com aptidão para tratar as novas demandas.

Diante desse novo cenário, com crises cada vez mais constantes do Estado, onde o crescimento dos conflitos supera o alcance do Estado, devido a sua complexidade e a necessidade de solução mais rápida, a morosidade e a ineficiência do próprio Estado, in casu, o Judiciário, fica evidente, transferindo para a Arbitragem, seja ela perante o privado ou o público, maior relevância face suas atribuições técnicas, dinâmicas e cogentes.

Diante dos obstáculos serem superados devem se tomar providências, dentre as quais citam se:

1) Há necessidade de maior divulgação do método arbitral, como pacificador de conflitos, não ficando restrito apenas ao comércio, como oriundo da lex mercatória, ou de contratos internacionais.

2) apesar de suas crises o Estado ainda possui um condão controlador que impede o desenvolvimento da arbitralidade perante conflitos que envolvam o próprio Estado, mesmo reconhecendo que este não consegue mais responder com eficiência os anseios da sociedade atual;

3) O uso da arbitragem perante os órgãos públicos principalmente na esfera administrativa já é uma realidade, mas que deve ser aprimorada, para que seu uso não fique restrito ao direitos patrimoniais disponíveis;

4) Por igual medida, na esfera Fiscal há muito que se aprimorar, a visão partenalista que se estaria privatizando o fisco não pode se fortalecer, pelo contrário deve ser combatida de forma incisiva, sob pena de abafar um novo tempo na relação contribuinte X fisco, freando o movimento da arbitralidade tributária consequentemente de uma relação mais igual entre essas parte;

Enfim, efetivamente tudo isso trata de revolucionar a própria evolução das regras que comandam a sociedade, especificamente na forma dela tratar suas inter-relações e eventuais conflitos que disso possam surgir, cujas estruturas ainda estão em construção.

Afinal, o instrumento da Arbitragem, enquanto ferramenta para o tratamento de conflitos, não visa excluir a jurisdição estatal, nem mesmo concorrer com ela. Por isso dizer que sua prática, acima de tudo, é um valor de civilização. E assim precisa ser ampliado pela e na sociedade.

Daí se confirmar portanto, e mais uma vez, que, diante do enfraquecimento das funções tradicionais do Estado e das instituições internacionais em virtude da globalização das relações sociais, o tratamento de conflitos, nesta nova seara, não só pode, como deve, ser equacionado por meio do método arbitral, como deve ser ampliado e mundializado tanto junto a relação privada como perante os entes públicos.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTO PINHEIRO XAVIER, Manual de Direito Fiscal, I, Lisboa, 1978, p. 124 e 125; Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, Editora RT, São Paulo, p. 11.

ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, Questão-de-Facto, Questão-de-Direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade, Digesto, Vol. I, Coimbra, 1967, págs. 135, 136 e 140 a 146 e 158.

ARNAUD, André-Jean. Governar sem fronteiras entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____; *et al.* Dicionário enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Tradução de Patrice Charles. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Dicionário da Globalização. Direito.Ciência política. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 206.

AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. 17. ed. São Paulo: Globo, 2005.

_____. Teoria Geral do Estado. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Formas alternativas de solução de disputas. Revista AMAGIS. v.7. a. 17. Belo Horizonte.

BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. A sociedade global do risco: Um diálogo entre Danilo Zolo e Ulrich Beck. PRIM@ FACIE: Revista da Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Ano 1, n. 1, p. 1-21, jul-dez/2002. Disponível em: http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n1/artigo_2.pdf. Acesso em: 10 junho 2016

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne.

BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung.

BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 4. ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. 12. ed. São Paulo, Editora Paz e Terra, 2005.

_____. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. Thomas Hobbes. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____; *et al.* Dicionário de Política. Tradução: Carmen C. Varriale et al. Coordenação de tradução João Ferreira. Revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. 1. v. Título original: Dizionario di política.

BODIN, Jean. Los seis libros de la república. Tradução de Pedro Bravo. Madrid: Aguillar, 1973.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Do estado liberal ao estado social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Teoria do Estado. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C. La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos, in Convención y Arbitrage, en el Derecho Tributario. Madrid: Marcial Pons, 1996, pág. 201.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais - “Novos” Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora. 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). Brasil. Um século de transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, p. 228-230.

BULOS, Uadi Lammêgo. Primeira parte. (arts. 1º. ao 18) *In* FURTADO, Paulo Furtado; Lei da arbitragem comentada. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BUZUID, Alfredo. Do juízo arbitral. Texto da prova escrita do Professor Alfredo Buzaid, no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, iniciado a 15 de março de 1958. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v55i0p187-196>>. Acesso em: 10/06/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/1996. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Prefácio. *In*: MACHADO, Rafael Bicca. A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova sociologia econômica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Bernardo de Andrade. A globalização em xeque. Incertezas para o 409 século XXI. 2. ed. São Paulo: Atual, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, São Paulo, Saraiva, 2000, págs. 457 e segs.

CASSESE, Sabino. A crise do Estado. Tradução de Odete Medauar. Campinas: Saberes Editora, 2010.

_____. Chi governa Il mondo? Il Mulino, 2013 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. A teoria marxista das crises econômicas e as transformações do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

CAVAGGIONI, Álvaro Sérgio. Arbitragem, ontem, hoje e sempre. *In*: Faculdade de Direito: direito e história, 1970-2005. Piracicaba: Unimep/IEP, 2005. 351 p. pág. 112.

CAZZARO, Kleber. A arbitragem como método de solução extrajudicial de conflitos patrimoniais disponíveis e os princípios da boa fé, da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos: mudança de cultura. *In*: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa. Direito Civil. Dissertação de mestrado. (Curso de Mestrado em Ciência Jurídica) Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, SC: UNIVALI, 2005.

_____. Arbitragem e transnacionalidade: A importância da cultura para olhar outros métodos de resolução de conflitos. *In*: CAZZARO, Kleber (org.). Ensaios de Direito 410 Processual. Curitiba: CRV, 2013.

_____. As bases principiológicas que sustentam a jurisdição arbitral. *In*: ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz; STAFFEN, Márcio Ricardo; CRUZ, Paulo Márcio; ABREU, Pedro Manoel. (orgs). Direito, Processo e Política: Aportes hermenêuticos. Publicação Eletrônica – e-book. Florianópolis: Centro de Estudos Jurídicos da Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2013.

CELSE NETO, João. Alternativas para a solução de conflitos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 24, 21 abr. 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/259>>. Acesso em: 25 jul. 2016 60 CELSE NETO, Idem. Acesso em: 25 jul. 2016.

CICCO, Cláudio de. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. 7. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÍCERO, Marco Túlio. Da república. Tradução e notas de Amador Cisneiros. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2011. Livro I, par. XXV.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23. ed. rev. e atual. até 15.02.2007. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLAUDIO CECCHELA, L'arbitrato. Torino: UTET, 1991 ; MARIO CHITI, Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione. Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, Milão, n.º 1, 2000;

CLÁUDIA BRAZ e JORGE CORREIA DA CUNHA, O efeitos redistributivos do IVA em Portugal, Boletim do Banco de Portugal, Janeiro, Lisboa, 2009.

CONY, Carlos Heitor. Apresentação da obra. In: FORRESTER, Viviane. O horror econômico. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. Título original: L'horreur économique.

CORTE-REAL, Lourenço, Arbitragem Tributária, Análise do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, Verbo Jurídico, Lisboa, 2011.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. Arbitragem e a Lei n. 9307/96. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. Revista de Informação Legislativa, v. 25, nº 98, p. 127-138, abr./jun. de 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181851>>. Acesso em 29/06/2016.

CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem: arbitragem comercial, internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio. Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

_____. O Estado como principal sujeito da sociedade internacional. In: STELZER, Joana. Introdução às relações do comércio internacional. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2007.

GARCIA, 412 Marcos Leite. Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade. Dados eletrônicos. Itajaí, SC: UNIVALI, 2014. 1. v.

_____. Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2012.

_____; OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos de Direito Transnacional. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. (orgs.) Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 17. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993.

DALLOZ, M. D. Repeitore de legislation de doctrine et jurisprudence. Verbetes "Arbitrage". Paris: Bureau de La Jurisprudence Generale, 1846. *In*: DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. .1º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIOGO LEITE DE CAMPOS, Certeza e segurança no Direito Tributário: a arbitragem, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Setembro de 2005, p. 313-325

DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.. A instrumentalidade do processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DOMKE, Martin. Domke on commercial arbitration: the Law and practice of commercial arbitration. 3. Ed.: Thompson West, 1997. *In*: DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. .1º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUPAS, Gilberto. Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: Editora UNESP, 2005. *In*: DELLA VALLE, Martim. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. .1º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESQUÍVEL, José Luís. Os Contratos Administrativos e a Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2004 pag. 135-136

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. *In*: FARIA, José Eduardo (org). Direito e globalização 415 econômica. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O direito na economia globalizada. 1. ed. 4. tiragem. Malheiros: São Paulo, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. Análise crítica da Lei 9307, de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Os pressupostos da Arbitragem e a Solução de Controvérsias em Blocos Econômicos. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord). Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *in memoriam*. 1. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do Estado Nacional. *Revista de Administração de empresas*. São Paulo: v. 40, n. 2. abr./jun. 2000.

FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e aplicação das leis*, Arménio Amado editor, Coimbra, 1978.

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, editorial Arazandi, 1995, p. 36

FRIEDE, Reis. *Curso de ciência política e teoria geral do estado. (teoria constitucional e relações internacionais)* 2. ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2002.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FUNES DE RIOJA, Daniel. *Negociación y Mediación en Conflictos Colectivos de Trabajo*. In: *Mediación una Transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 93 e ss

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada: breves comentários à lei 9307, de 23-9-1996*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GEMA BLASCO MARTINEZ, *Convención y arbitrage en los supuestos de ausência de contabilidad ou de contabilidad incompleta*, in *Alternativas convencionales en el Derecho tributário*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 206-215

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO M. *Los procedimientos tributarios: su terminación transccional*. Madrid, Colex, 1998.

GUSTAF-LINDENCRONA et NILS METTSON. *Arbitration in Taxation*. Kluwer: Deventer, Boston, 1981.

GUZZETTI, G. Battista. *L'uomo e gli altri uomini*. Roma: Marietti, 1965. . In: DELLA VALLE, Martim. *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. .1º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. Título original; *The road to serfdom*.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

HERMANY, Ricardo. (Re) *Discutindo o espaço local; uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. p. 121.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Eunice Ostrenky. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *Leviathan*.

_____. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. Título original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commenweath Ecclesiastical and Civil*.

HUGO DE BRITO MACHADO. Curso de direito tributário. 23.^a edição, Malheiros: São Paulo, 2003 e PAULO BARROS DE CARVALHO. Curso de Direito Tributário. Saraiva: São Paulo, 2000.

IBRAIM FADLADAH, Arbitrage internacional et litiges fiscaux, Revue de l'arbitrage, n.º 2, 2001, p- 299-310. PASCAL ANCEL em Arbitrage et ordre public, obra citada, 2001, p. 269-288

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, As dimensões do direito contemporâneo luso-brasileiro e a crise mundial, Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, págs. 14 a 20, Abr./Jun. 2009; Diogo Leite de Campos, O sistema tributário no Estado dos cidadãos, Almedina, Coimbra, 2006.

JOÃO RICARDO CATARINO, Para uma teoria política do tributo, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 184, Ministério das Finanças, 1999, (2.^a edição) 2009, Lisboa

JEAN-CLAUDE MARTINEZ et PIERRE DI MALTA. Droit fiscal contemporain. Tome 1, L'impôt, le fisc, le contribuable. Paris: LITEC, pág. 30.

JESUS, Edgar A. de. Arbitragem: questionamentos e perspectivas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 176 p. pág. 85.

JOSÉ CASALTA NABAIS, Contratos fiscais. Reflexões acerca da sua admissibilidade, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia juridica, n.º 5, Coimbra, 1994. BERNARD HANOTIAU, L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: um réexamen, journal du droit international, ano 121, 1994, n.º 4, Outubro/Dezembro, p. 899-966

KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem: conceito e pressupostos de validade: de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. 151 p. pág. 78.

LAVOR, Francisco Osani de. Formas Alternativas de Solução dos Conflitos Individuais e Coletivos do Trabalho in Gênesis, In: Revista de Direito do Trabalho, n. 74, fev/99, p. 171-181.

LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 26.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem Institucional e *ad hoc*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. A Arbitragem e o Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. Título original: Il príncipe.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Aspectos da Crise do Modelo do Estado Social. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita; GARCIA, Marcos Leite. (org). Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 59.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Algumas questões sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 5, Nº 17, janeiro/março 2004, p.91

MELLO, Marcelo Oliveira; ANDRADE, Carlos Cesar R. de. A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais. In GARCEZ, José Maria Rossani (org.) A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas. “Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil.” Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 88, set./out. 2009.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição. p. 77.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pág. 80. apud JESUS, Edgar A. de. Arbitragem: questionamentos e perspectivas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 176 p. pág. 85

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos de Direito Transnacional. In: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. (orgs.) Direito Global: Transnacionalidade e globalização jurídica. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2013.

ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo e ARAUJO, Roseana Maria Alencar de. Estados transnacionais: aspectos destacados da proposta de Ulrich Beck. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO e VASCO BRANCO GUIMARÃES (org.), A transacção e a arbitragem no direito constitucional tributário brasileiro, in Transacção e arbitragem no direito tributário, homenagem a Carlos Mário da Silva Velloso, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo. Dados eletrônicos*. 4. ed. revista e ampliada. Itajaí/SC: UNIVALI, 2013.

PAULO NETO, José. *Crise do Socialismo e ofensiva neoliberal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária, Principia*, 2001, Cascais, págs. 205 e 211 e segs.

RENÉ DAVID, *L'arbitrage. Jurisdicción arbitral en controversias com el Estado. Proceso en cuestiones tributarias*, Buenos Aires, La Ley de 192.

ROEBUCK, Derek. *Ancient Greek arbitration*. Oxford: Holo Books, 2004. In: DELLA VALLE, Martim. *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. 1º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Brasília: UnB, 1997. p. 22.

SANTI, Romano. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de. *A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro*. In: *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário (Orgs.: O. O. SARAIVA FILHO e V. B. GUIMARÃES)*, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 78 e ss.

SEVEGNANI, Joacir. *A resistência aos tributos no Brasil: Estado e Sociedade em conflito*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, dezembro de 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion; BITENCOURT, Caroline M.; TURATTI, Luciana. *Políticas públicas no tratamento dos conflitos. Um novo olhar para a jurisdição*. Saarbrücken, Alemanha: Editorial academia española, 2012.

STELZER, Joana. *Fundamentos do comércio internacional e seu ordenamento jurídico*. In: STELZER, Joana. *Introdução às relações do comércio internacional*. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica*. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito do comércio internacional e *lex mercatoria**. São Paulo: Ltr, 1996.

_____. Relações internacionais. São Paulo: LTR, 1998.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Mediação em juízo. São Paulo: LTr, 2004

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *In*: GARCEZ, José Maria Rossani (org.) A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TROCKER, Nicolo apud CRUZ E TUCCI, José Rogério. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. 920 p. pág. 842.

VALLE, Martim Della. Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional.[Coleção Atlas de Arbitragem. Coordenação Carlos Alberto Carmona.] São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 2. v.

VIVIANI, Maury Roberto. Soberania e Poder do Estado no contexto da Globalização. *In*: PASSOLD, Cesar Luiz (coord). Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição. Curitiba: Juruá, 2010.

WEBER, Max. Economia y Sociedad. Mexico, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 717.

ZAPPALA, Francesco. Revista Meritum – Belo Horizonte – v. 6 – n. 1 – p. 101-132 – jan./jun. 2011.