

Arbitragem Tributária no Brasil

2017

Marcelo Ricardo Escobar

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

© Almedina, 2017

AUTOR: Marcelo Ricardo Escobar

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 978-858-49-3217-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Escobar, Marcelo Ricardo
Arbitragem tributária no Brasil / Marcelo Ricardo
Escobar. -- São Paulo : Almedina, 2017.
Bibliografia.

ISBN: 978-85-8493-217-7

1. Administração pública 2. Arbitragem (Direito) -
Brasil 3. Direito tributário I. Título.

17-03967

CDU-34:336.2(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Arbitragem : Direito tributário 34:336.2(81)

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

Maio, 2017

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj.131 e 132, CEP: 01423-001 São Paulo | Brasil

editora@almedina.com.br

www.almedina.com.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS	17
1.1. A sociedade em rede e o Direito global como fontes de novas tecnologias jurídicas	17
1.2. Interligação subsistêmica entre arbitragem e o Direito Tributário	23
1.3. Hermenêutica	31
2. ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	41
2.1. Conceitos	41
2.1.1. Arbitragem	41
2.1.1.1. (In)afastabilidade do controle jurisdicional	43
2.1.1.2. Delineamento do instituto e abrangência	47
2.1.1.3. Convenção, cláusula e compromisso arbitral	50
2.1.1.4. Potencialidades da arbitragem	53
2.1.2. Administração Pública	73
2.1.3. Interesse público	80
2.1.3.1. O interesse público na perspectiva da arbitragem	83
2.2. Ainda a questão da indisponibilidade	86
2.3. Cronologia fático-normativa da arbitragem (tributária) no Brasil	96
2.4. Tratamento legislativo atual no sistema pátrio	131
2.4.1. Lei Federal n. 5.662/71 (BNDES – art. 5º, parágrafo único)	131
2.4.2. Decreto-Lei n. 1.312/74 (Empréstimos Externos – art. 11)	132
2.4.3. Constituição Federal de 1988	132
2.4.4. Lei RJ n. 1.481/89 (Concessões de Serviços e Obras Públicas – art. 5º §§ 2º e 3º)	135
2.4.5. Lei SP n. 7.835/92 (Concessões de Obras e Serviços Públicos – art. 8º, XXI)	136

2.4.6.	Lei Federal n. 8.693/93 (Transporte Ferroviário – art. 1º § 8º)	137
2.4.7.	Lei Federal n. 8.666/93 – (Licitações – previsão genérica)	137
2.4.8.	Lei Federal n. 8.987/95 – (Concessões – art. 23)	140
2.4.9.	Lei Federal n. 9.307/96 – (Lei Brasileira de Arbitragem)	141
2.4.10.	Lei Federal n. 9.472/97 (Telecomunicações – art. 93, XV)	143
2.4.11.	Lei Federal n. 9.478/97 (Petróleo – art. 43, X)	146
2.4.12.	Lei Federal n. 10.233/01 (Concessão de Transporte – art. 35, XVI)	147
2.4.13.	Lei Federal n. 10.303/01 (Direito Societário)	147
2.4.14.	Lei Federal n. 10.438/02 (ANEEL – art. 4º § 5º, V)	150
2.4.15.	Lei Federal n. 10.848/04 (CCEE – art. 4º § 6º)	151
2.4.16.	Lei Federal n. 11.079/04 (PPP – art. 11)	154
2.4.17.	Emenda Constitucional n. 45/04	155
2.4.18.	Lei Mineira de Arbitragem na Administração Pública n. 19.477/11	156
2.4.19.	Lei Federal n. 12.815/13 (Portos – art. 37)	160
2.5.	O Tratamento Jurisprudencial das Arbitragens Envolvendo a Administração Pública	167
2.5.1.	STF e os Casos “Lage”	168
2.5.1.1.	Decisão STF – RE n. 56.851 (1º Caso Lage)	171
2.5.1.2.	Decisão STF – AI n. 52.181 (2º Caso Lage)	173
2.5.2.	Decisão STJ – REsp n. 616-RJ	175
2.5.3.	Decisão TCU – TC n. 286/1993	176
2.5.4.	Decisão STF – SE n. 5.206-7	177
2.5.5.	Acórdão TCU – TC n. 587/03	180
2.5.6.	Decisão STJ – REsp n. 612.439	182
2.6.	Experiências paradigmáticas	187
2.6.1.	Arbitragem internacional envolvendo empresa estatal brasileira (PETROBRAS x Astra Oil)	188
2.6.2.	Arbitragem nacional envolvendo empresa estatal brasileira (Consórcio Via Amarela Cia. Metropolitana de São Paulo)	190
2.6.3.	Arbitragem nacional envolvendo entes públicos	193
2.6.3.1.	MPF x União Federal e ANTT (Trem Bala: RJ – Campinas)	193
2.6.3.2.	ANP x PETROBRAS (Unificação dos Blocos de Cernambi e Lula)	195
2.6.4.	Previsão nos contratos de para os estádios da Copa do Mundo de 2014	197
3.	ARBITRABILIDADE TRIBUTÁRIA	207
3.1.	Hipóteses alienígenas de arbitragem tributária	209

3.1.1.	Referência paradigmática portuguesa e o CAAD	209
3.1.2.	Referência americana (belga, canadense, alemã e francesa) – IRS Mandatory Tax Treaty Arbitration	216
3.1.3.	Menção genérica a outras referências de arbitragem tributária (Holanda, Egito, Kuwait, Macedônia, Moldávia e Uzbequistão)	219
3.2.	Conceitos e (pre)conceitos da arbitrabilidade tributária e a <i>matryoshka</i>	220
3.2.1.	(Pre)conceitos	221
3.2.1.1.	Ausência de previsão legal e o Projeto de LC n. 468/09	221
3.2.1.2.	Ausência de vedação legal expressa	225
3.2.1.3.	(In)disponibilidade do crédito tributário	227
3.2.2.	Conceitos	230
3.2.2.1.	A publicidade, a jurisdição privada não estatal e a LAI	230
3.2.2.2.	A dupla rejeição da equidade em arbitragem tributária	238
3.2.2.3.	O paradoxo da escolha dos árbitros para a configuração de um processo tributário equitativo	239
3.2.2.3.1.	Proposta de um sistema elástico-pragmático- -acadêmico escalonado aberto de escolha dos árbitros	242
3.2.2.4.	Brevíssimas considerações sobre a condenação da Fazenda ao pagamento em espécie	247
3.3.	Exemplo interno e vigente de arbitragem tributária – CCAF	248
3.3.1.	Conclusões parciais sobre a arbitragem tributária vigente no Brasil	260
3.3.2.	Considerações sobre a viabilidade da arbitragem tributária no Brasil	262
3.4.	Outras formas de utilização da arbitragem tributária	266
3.5.	Classificação proposta da arbitragem tributária	270
3.6.	Inversão do olhar: tributação da arbitragem	275
3.6.1.	Tributação dos valores recebidos pelas Câmaras e repassados aos árbitros	277
3.6.2.	Tributação dos honorários dos árbitros	287
	CONCLUSÃO	295
	REFERÊNCIAS	303