



ARBITRAGEM E A COMPATIBILIDADE COM OS ACORDOS PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL







ARBITRAGEM E A COMPATIBILIDADE COM OS ACORDOS PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL



CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

Robson Braga de Andrade

Presidente

Gabinete da Presidência

Teodomiro Braga da Silva

Chefe do Gabinete - Diretor

Diretoria de Desenvolvimento Industrial

Carlos Eduardo Abijaodi

Diretor

Diretoria de Relações Institucionais

Mônica Messenberg Guimarães

Diretora

Diretoria de Serviços Corporativos

Fernando Augusto Trivellato

Diretor

Diretoria Jurídica

Hélio José Ferreira Rocha

Diretor

Diretoria de Comunicação

Ana Maria Curado Matta

Diretora

Diretoria de Educação e Tecnologia

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti

Diretor

Diretoria de Inovação

Gianna Cardoso Sagazio

Diretora



ARBITRAGEM E A COMPATIBILIDADE COM OS ACORDOS PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL



Brasília, 2020

**FET**
FÓRUM DAS EMPRESAS
TRANSNACIONAIS BRASILEIRAS

**CNI**
Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA



© 2020. CNI – Confederação Nacional da Indústria.

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

CNI

Gerencia Executiva de Assuntos Internacionais

FICHA CATALOGRÁFICA

C748c

Arbitragem e a Compatibilidade com os Acordos para Evitar Dupla Tributação no Brasil / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília: CNI, 2020.

30 p. : il.

1. Dupla Tributação. 2. Brasil. 3. Investimentos I. Título.

CDU: 338.45

CNI
Confederação Nacional da Indústria
Sede
Setor Bancário Norte
Quadra 1 – Bloco C
Edifício Roberto Simonsen
70040-903 – Brasília – DF
Tel.: (61) 3317-9000
Fax: (61) 3317-9994
<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/>

Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC
Tels.: (61) 3317-9989/3317-9992
sac@cni.org.br



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
1 SUMÁRIO EXECUTIVO	9
2 INTRODUÇÃO.....	13
3 COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA.....	19
4 COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM COM O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	23
4.1 Breve histórico dos cenários legislativo e jurisprudencial no Brasil	23
4.2 Os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública	26
5 CONCLUSÃO	29



www

Select 



35%





APRESENTAÇÃO

A ampliação da rede de Acordos para Evitar Dupla Tributação (ADTs) é primordial para o aumento da competitividade e para a inserção do Brasil nas cadeias globais de valor. Para isso, é necessário que o país se aproxime das melhores práticas tributárias mundiais.

Entre os temas nos quais precisamos de maior alinhamento internacional, está a utilização de arbitragem em seus ADTs, costume cada vez mais comum no mundo. Esse dispositivo permite que os países tenham uma instância à qual recorrer com o objetivo de resolver disputas não solucionadas amigavelmente no âmbito desses acordos.

A cláusula de arbitragem proporciona mais segurança jurídica na interpretação dos ADTs. Consequentemente, gera um ambiente mais favorável aos investimentos estrangeiros no Brasil e de multinacionais brasileiras no exterior, conforme defendido pelo Fórum das Empresas Transnacionais Brasileiras (FET), da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

Este documento visa analisar o uso da arbitragem em ADTs, contribuindo para o aprimoramento do modelo brasileiro desse tipo de acordo internacional e promovendo os interesses dos contribuintes em sua aplicação.

Boa leitura.

Robson Braga de Andrade

Presidente da CNI





1 SUMÁRIO EXECUTIVO



A inclusão pelo Brasil da cláusula de arbitragem nos seus Acordos para evitar a Dupla Tributação – ADTs é importante por diversas razões.

A tendência mundial revela a ampla utilização da arbitragem nos ADTs. Segundo levantamento da OCDE, dos 107 países que disponibilizaram seus dados para análise, quase 70% já utilizam a arbitragem nos seus ADTs, ou não possuem restrições internas à utilização.

Sob a perspectiva das empresas brasileiras e estrangeiras, proporciona *segurança jurídica* na interpretação e aplicação dos ADTs, afastando a dupla tributação nas transações internacionais. A cláusula de arbitragem assegura às partes envolvidas que as dúvidas de interpretação do ADT serão solucionadas amigavelmente pelos países em determinado prazo, caso contrário serão necessariamente resolvidas por meio de arbitragem.

Sob a perspectiva do governo brasileiro, a adoção da arbitragem é igualmente importante, pois evidencia o alinhamento do Brasil às práticas internacionais, favorecendo a renegociação e celebração de novos ADTs. Na verdade, a recusa da cláusula de arbitragem pelo Brasil pode inclusive inviabilizar a assinatura de novos ADTs, mantendo-se a situação de dupla tributação existente hoje com determinados países.



Embora a questão já tenha sido polêmica, hoje é possível afirmar que a utilização da cláusula de arbitragem é totalmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O recurso à arbitragem para a correta aplicação dos ADTs não acarreta *renúncia fiscal* pelo governo brasileiro, o que afasta qualquer dúvida com relação à compatibilidade da cláusula de arbitragem com o princípio da legalidade tributária.

A cláusula de arbitragem também é compatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público. É obviamente do interesse público que os contribuintes paguem tributos para o Brasil, mas *também* é do interesse público que o Brasil cumpra os acordos celebrados com outros países para evitar a dupla tributação.

Por fim, o Poder Judiciário já se posicionou favoravelmente à utilização da arbitragem para solucionar litígios envolvendo recursos públicos, como no âmbito das concessões e no mercado de energia elétrica. A mesma lógica deve ser adotada para os ADTs, assegurando-se o uso da arbitragem para a definição da competência tributária entre os países signatários.







2 INTRODUÇÃO



É cada vez mais comum que os países prevejam a *arbitragem* como mecanismo de solução de controvérsias nos seus ADTs.

A *cláusula de arbitragem* integra o dispositivo de procedimento amigável da Convenção Modelo da OCDE (MAP, na sigla em inglês – *Mutual Agreement Procedure*, Artigo 25), e determina que as disputas não solucionadas amigavelmente no prazo de até 2 anos sejam submetidas à arbitragem¹.

Os países podem divergir sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos do ADT por diversas razões², e em alguns casos essas divergências conduzem à dupla tributação. Para esses casos, o MAP prevê que os países empreendam esforços para solucionar amigavelmente as questões de dupla tributação.

1 Article 25 – Mutual Agreement Procedure [...]

5. Where,

a) under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a Contracting State on the basis that the actions of one or both of the Contracting States have resulted for that person in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, and

b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the date when all the information required by the competent authorities in order to address the case has been provided to both competent authorities, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests in writing. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of either State. Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph. (OECD. **Model tax convention on income and on capital**: condensed version 2017. 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page3. Acesso em: 27 abr. 2020).

2 A divergência na interpretação e aplicação de textos legais é fenômeno comum. No âmbito internacional, o surgimento de interpretações diferentes pode ser agravado pela falta de harmonia entre os sistemas jurídicos dos países. Sobre o assunto, ver ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos Tratados Internacionais**. Disponível em: http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2018/04/Interpreta%C3%A7%C3%A3o-dos-Tratados-Internacionais_Sergio-Andr%C3%A9-Rocha.pdf. Acesso em 27 abr. 2020.



A solução amigável, no entanto, nem sempre é possível, dado que os países podem apresentar interesses conflitantes³.

Tendo em vista a impossibilidade de acordo em determinadas situações, ou de alcance de um acordo num prazo razoável, em 2007, a OCDE alterou a sua Convenção Modelo para incluir no MAP a cláusula de arbitragem.

De acordo com a OCDE, o objetivo da inclusão da cláusula de arbitragem seria dar efetividade ao MAP, possibilitando o afastamento da dupla tributação nas situações em que os países não conseguissem chegar a um acordo. Além disso, a mera perspectiva da arbitragem teria o efeito de pressionar os países a alcançarem um consenso no prazo determinado no ADT (de até 2 anos, no caso da Convenção Modelo da OCDE).

Desde a inclusão da arbitragem na Convenção Modelo da OCDE, vários países já vinham incluindo a cláusula de arbitragem nos seus ADTs⁴. Na verdade, mesmo antes da inclusão da cláusula de arbitragem na Convenção Modelo da OCDE, em 2007, a arbitragem já era prevista nos acordos internacionais celebrados por diversos países, como Holanda, Estados Unidos da América, Canadá, México, Cazaquistão, Alemanha, Chile, Azerbaijão, Áustria, Irlanda, Israel, Itália e Líbano.

Foi a partir de 2015, no entanto, que a campanha pela inclusão da cláusula de arbitragem nos ADTs ganhou força como movimento internacional. O uso da arbitragem no contexto do MAP foi objeto de uma das ações do Projeto BEPS, cujo objetivo era justamente trazer maior efetividade aos mecanismos de solução de disputas (*Action 14 - Making "Dispute Resolution Mechanisms More Effective"*).

O Relatório Final da Ação 14 (2015) determinou que os países passassem a obedecer a padrões mínimos com relação ao MAP como, por exemplo, que possuíssem regulamentação adequada do procedimento na legislação interna⁵.

3 Uma das justificativas para a existência de interesses conflitantes entre os países, mesmo no contexto de um ADT, é o fato de o procedimento amigável se dar fora dos canais diplomáticos, sendo um acordo entre as autoridades fiscais dos países (no caso brasileiro, o Ministro da Fazenda, o Secretário da Receita Federal e representantes autorizados). Considerando que a função institucional dessas autoridades é técnico-arrecadatória, e não política, é compreensível que surjam dificuldades nas negociações (ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos Tratados Internacionais**. Disponível em: http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2018/04/Interpreta%C3%A7%C3%A3o-dos-Tratados-Internacionais_Sergio-Andr%C3%A9-Rocha.pdf. Acesso em 27 abr. 2020).

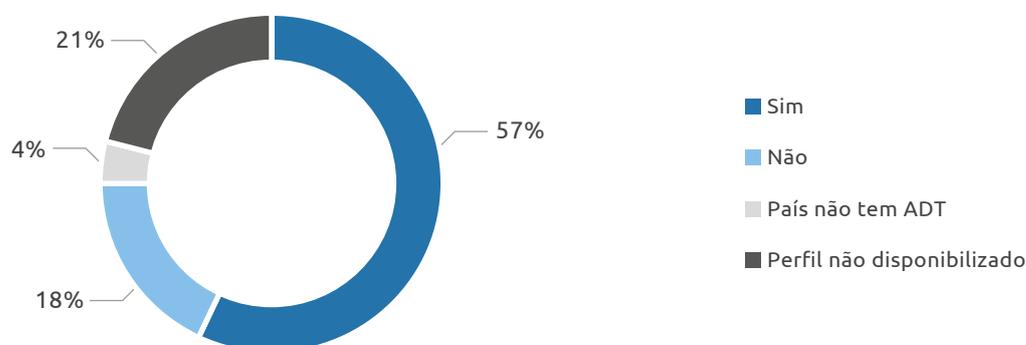
4 KREPEL, Marina Meirelles Sobreira. **Soluções de controvérsias nas convenções internacionais contra dupla tributação**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 126-127.

5 O Brasil regulamentou o procedimento amigável em novembro de 2016, por meio da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 1.669/2016.

Além disso, o Relatório Final da Ação 14 registrou o compromisso de diversos países em adotar a cláusula de arbitragem nos seus ADTs⁶: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, França, Irlanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Países Baixos, Polônia, Suécia, Suíça e Reino Unido.

Atualmente, pode-se dizer que a tendência mundial é a previsão da arbitragem nos ADTs. Com base em levantamento feito pela OCDE⁷, dos 107 países que disponibilizaram seus dados para análise, quase 70% já utilizam a arbitragem nos seus ADTs, ou não possuem restrições internas à utilização.

GRÁFICO 1 - Adoção da arbitragem pelos países



O Brasil não está entre esses países. De acordo com as respostas apresentadas pelo governo brasileiro aos questionamentos formulados pela OCDE, a cláusula de arbitragem seria supostamente incompatível com o sistema jurídico interno⁸.

Embora o governo brasileiro não tenha dado detalhes sobre o assunto, é provável que a alegada incompatibilidade da arbitragem com o sistema jurídico interno esteja relacionada a uma corrente de pensamento ultrapassada já há alguns anos no Brasil, segundo a qual o uso da arbitragem em matéria tributária implicaria violação aos princípios da *legalidade tributária* e da *indisponibilidade do interesse público*.

6 The business community and a number of countries consider that mandatory binding arbitration is the best way of ensuring that tax treaty disputes are effectively resolved through MAP. Whilst there is no consensus among all OECD and G20 countries on the adoption of arbitration as a mechanism to ensure the resolution of MAP cases, a group of countries has committed to adopt and implement mandatory binding arbitration as a way to resolve disputes that otherwise prevent the resolution of cases through the mutual agreement procedure. The countries that have expressed interest in doing so include Australia, Austria, Belgium, Canada, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, the Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, the United Kingdom and the United States; this represents a major step forward as together these countries are involved in more than 90 percent of outstanding MAP cases at the end of 2013, as reported to the OECD. (OECD. **Making dispute resolution mechanisms more effective, action 14 - 2015 Final Report**. Paris: OECD, 2015.

7 OECD. **MAP profiles**. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/dispute/country-map-profiles.htm>. Acesso em: 07 abr. 2020.

8 Ver resposta à pergunta 23 no perfil do Brasil, disponível em <https://www.oecd.org/tax/dispute/brazil-dispute-resolution-profile.pdf>, acesso em 07/04/2020.



De acordo com os defensores dessa corrente⁹, a utilização da arbitragem no âmbito dos ADTs poderia, em tese, levar à supressão de tributo devido no Brasil, o que demandaria edição de lei específica.

Além disso, a receita relativa ao imposto de renda disciplinado pelo ADT consistiria em interesse indisponível por parte da administração pública, de modo que as decisões acerca da obrigação de pagar imposto de renda não poderiam ser atribuídas a um terceiro ou tribunal arbitral.

Como será visto a seguir, porém, ambos os argumentos estão errados, razão pela qual o Brasil deveria rever a sua postura.

A manutenção desse posicionamento é extremamente prejudicial para os contribuintes brasileiros e para os investidores e parceiros estrangeiros, que não contam com a segurança jurídica adicional proporcionada pela cláusula de arbitragem.

Além disso, sendo a adoção da arbitragem uma tendência mundial, a recusa do Brasil pode prejudicar a renegociação ou a celebração de novos ADTs com outros países. Os Estados Unidos, por exemplo, desde 2016, têm condicionado a celebração de novos ADTs à inclusão da cláusula de arbitragem.

9 Não apenas o governo, mas vários doutrinadores, já defenderam ou ainda defendem essa corrente. Sobre o assunto, ver KREPEL, Marina Meirelles Sobreira. **Soluções de controvérsias nas convenções internacionais contra dupla tributação**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 126-127. Disponível em https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-08122015-090032/publico/Dissertacao_Solucao_de_Controversias_nas_Convencoes_Internacionais_INTEGRAL.pdf. Acesso em 27 abr. 2020.







3 COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA



Um dos principais argumentos para se afastar o uso da arbitragem nos ADTs é a suposta violação ao princípio da legalidade.

A Constituição da República exige que as normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre obrigação e crédito tributário, sejam veiculadas por lei complementar (art. 146, III). O Código Tributário Nacional, por sua vez, dispõe que somente a lei pode estabelecer hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários (art. 97, VI).

Nesse contexto, considerando que a arbitragem pode, em tese, atuar como medida de extinção de uma obrigação tributária, há críticas à validade de sua instituição por meio de ADT. Esse raciocínio, no entanto, é incompatível com a lógica dos ADTs.

Os ADTs não instituem nem extinguem tributos: os ADTs dispõem sobre a competência tributária dos países relativamente aos tributos sobre a renda. Nesse sentido, as disposições dos ADTs são *anteriores* ao próprio surgimento da obrigação tributária, na medida em que representam o acordo entre os países acerca dos limites da competência de cada país para tributar.



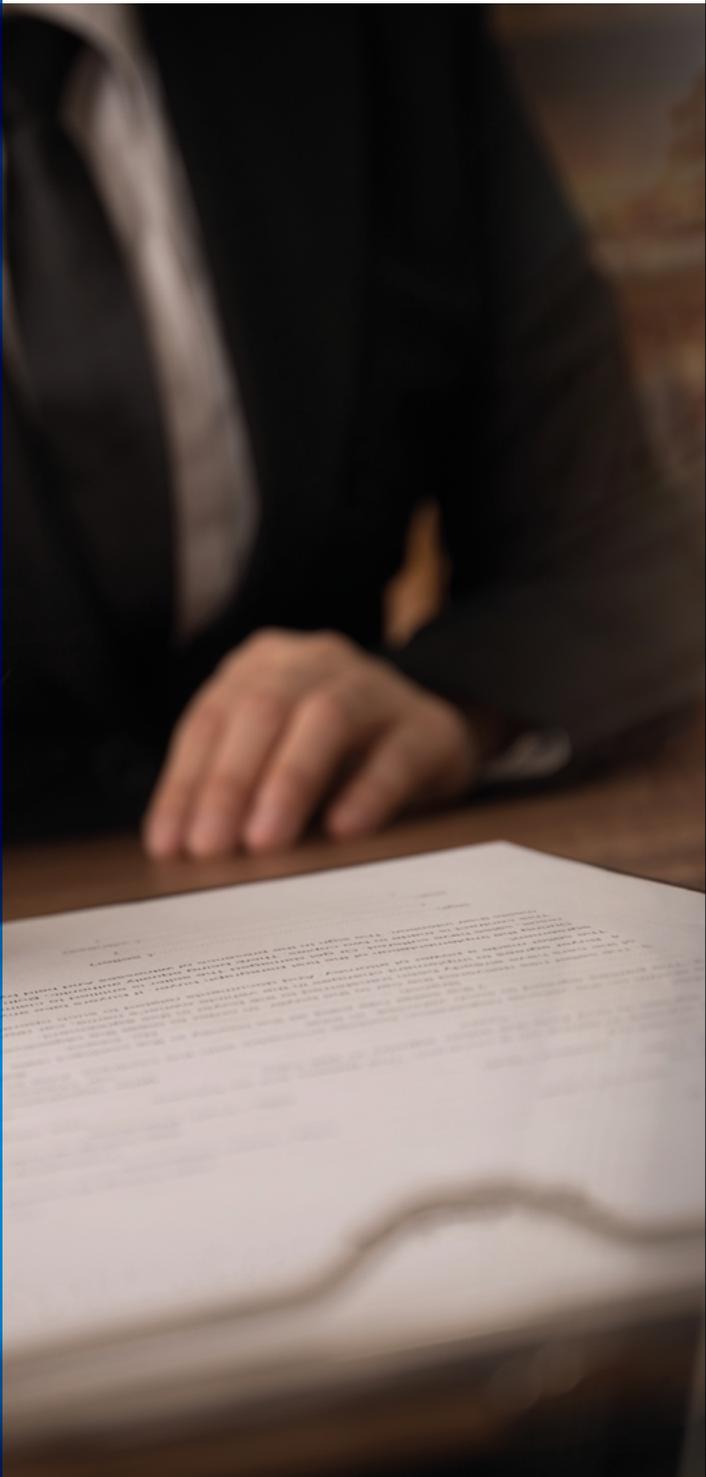
Nesse sentido, surgindo uma situação de dupla tributação que seja levada aos países envolvidos para definir amigavelmente a forma mais adequada de interpretação do ADT, a solução encontrada não pode ser entendida como *extinção* da obrigação por um dos países. Não se trata de afastar o recolhimento de um tributo devido, mas de se reconhecer a incompetência para tributar em determinada situação, nos termos do ADT.

A mesma lógica se aplica à cláusula de arbitragem: a definição, por um árbitro, da melhor forma de interpretação do ADT, ainda que leve ao afastamento da tributação em um dos dois países, não implica *supressão* de tributo para esse país. A decisão do árbitro se insere no campo da definição da competência tributária por meio da interpretação das normas do ADT.

O escopo da arbitragem não é a definição das regras de competência tributária: a repartição da competência tributária compete exclusivamente aos governos dos países envolvidos, que negociam as regras de competência com base em sua soberania. O objeto da arbitragem é a *interpretação* dos dispositivos já pactuados pelos países, isto é, a identificação da melhor interpretação das regras já definidas pelos países e que, em razão da existência de interpretações divergentes, dê ensejo à dupla tributação.

Tendo em vista, portanto, que o recurso à arbitragem não tem o efeito de promover a extinção de tributos, inexistente incompatibilidade entre a cláusula de arbitragem e o princípio da legalidade tributária.







4 COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM COM O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

4.1 BREVE HISTÓRICO DOS CENÁRIOS LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

A legislação brasileira autoriza, desde 1996, o uso da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*. A matéria é tratada na Lei nº 9.307/1996 ("Lei de Arbitragem"), que foi alterada em 2015 para esclarecer a possibilidade de utilização da arbitragem pelos entes da administração pública¹⁰.

¹⁰ A Lei nº 13.129/2015 inseriu o § 1º no art. 1º da Lei de Arbitragem para prever, de forma expressa e geral, o uso da arbitragem pela administração pública direta ou indireta:

"Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)"



A possibilidade de utilização da arbitragem como método resolutivo de conflitos envolvendo a administração pública, porém, é anterior a 2015. Antes da reforma da Lei de Arbitragem, em 2015, várias leis setoriais já permitiam o emprego da arbitragem nos casos envolvendo a administração pública.

No âmbito das concessões para exploração de infraestrutura, por exemplo, a Lei nº 10.233/2001 previu a necessidade de incluir a arbitragem como meio para solução de controvérsias relacionadas com o contrato e a sua execução¹¹.

Seguindo essa linha, a Lei nº 11.079/2004¹², a Lei nº 8.987/1995¹³ e a Lei nº 9.478/1997¹⁴ também estabeleceram a possibilidade de o contrato de concessão adotar a arbitragem para resolução de conflitos entre o poder concedente e a concessionária.

No mercado de energia elétrica, a Lei nº 10.848/2004¹⁵ determinou o tratamento do mecanismo e da convenção de arbitragem na convenção de comercialização e no estatuto social da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, para disciplinar a resolução de divergências entre os integrantes da CCEE. Além disso, a Lei nº 10.848/2004 autorizou as empresas públicas e as sociedades de economia mista a aderirem à referida convenção de arbitragem.

Na mesma linha das normas setoriais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já se posicionava favoravelmente ao emprego da arbitragem nas causas envolvendo a administração pública

11 Lei nº 10.233/2001 - Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013) XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

12 Lei nº 11.079/2004 - Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

13 Lei nº 8.987/1995 - Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

14 Lei nº 9.478/1997 - Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

15 Lei nº 10.848/2004 - Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.



sem necessidade de previsão legislativa específica¹⁶. Nesse contexto, a alteração da Lei nº 9.307/1996 em 2015 eliminou qualquer dúvida acerca da possibilidade de arbitragem envolvendo a administração pública direta ou indireta no Brasil.

O cenário de viabilidade da utilização de arbitragem foi reforçado e incentivado pelo STJ, que, em decisão posterior à alteração legislativa, reforçou a compatibilidade entre a noção do direito patrimonial disponível da administração pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. De acordo com o STJ, a administração pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados e o princípio da segurança jurídica¹⁷.

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico interno admite e incentiva a inserção de cláusulas compromissórias de arbitragem nos contratos em que a administração pública figura como parte.

Logo, a dúvida que remanesce com relação à compatibilidade da cláusula de arbitragem com o princípio da indisponibilidade do interesse público refere-se à possibilidade de caracterização dos direitos envolvidos como sendo patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei de Arbitragem.

16 PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. [...]"

(STJ – Resp 612439 / RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Data da Publicação: 14/09/2006).

No mesmo sentido:

"7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. [...]"

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. [...]"

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: [...] Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público."

(STJ MS 11308 / DF. Rel(a). Min. Luiz Fux. Órgão Julgador S1 - Primeira Seção. Data do Julgamento: 09/04/2008)

"5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame." (STJ – Resp 904813 / PR. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data da Publicação: 28/02/2012)

17 STJ - CC 139519 / RJ. Rel(a). Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rel(a) p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa. Órgão Julgador S1 - Primeira Seção. Data do Julgamento: 11/10/2017.



4.2 OS DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, o direito brasileiro permite a utilização da arbitragem como método alternativo à jurisdição estatal para solução de conflitos envolvendo a administração pública. O § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96 estabeleceu como limite para utilização da arbitragem as situações envolvendo os *direitos patrimoniais disponíveis* da administração pública.

A interpretação da expressão *direitos patrimoniais* é simples: alude aos direitos da administração pública que podem ser mensurados economicamente, isto é, que tenham caráter eminentemente patrimonial e possam ser aferidos em valores monetários.

Direitos patrimoniais *disponíveis*, por sua vez, seriam aqueles cuja disposição pela administração pública não violariam o interesse público. Melhor dizendo, seriam considerados disponíveis os direitos patrimoniais passíveis de serem transacionados como forma de consagrar o interesse público.

Conforme decidido pelo STJ nos idos de 2008¹⁸, ou seja, muito antes da alteração da Lei de Arbitragem, é plenamente admissível que a administração disponha de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, em nome do bem coletivo, o que justificaria a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

O princípio da indisponibilidade do interesse público decorre da noção de que o interesse é da coletividade, e não da administração pública. Isso significa que a disposição de um patrimônio público nem sempre vai de encontro ao interesse público: há situações em que, ao contrário, a disposição de um patrimônio público tem por objetivo justamente prestigiar o interesse público.

Nesse sentido, pode-se citar o emprego da arbitragem para as controvérsias relacionadas a contratos de concessão e parcerias público-privadas, em que se discute o valor da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O uso da arbitragem nesses casos é admitido justamente porque é do interesse público garantir a continuidade dos contratos administrativos.

Essa lógica aplica-se igualmente ao contexto dos ADTs.

18 STJ MS 11308 / DF. Rel(a). Min. Luiz Fux. Órgão Julgador S1 - Primeira Seção. Data do Julgamento: 09/04/2008.



É obviamente do interesse público que os contribuintes paguem tributos para o Brasil, mas *também* é do interesse público que o Brasil cumpra os acordos celebrados com outros países para evitar a dupla tributação em prol do estímulo aos negócios internacionais. Na mesma linha, a manutenção de uma situação de dupla tributação que viole o disposto em ADT regularmente assinado pelo Brasil não prestigia, mas *contraria* o interesse público.

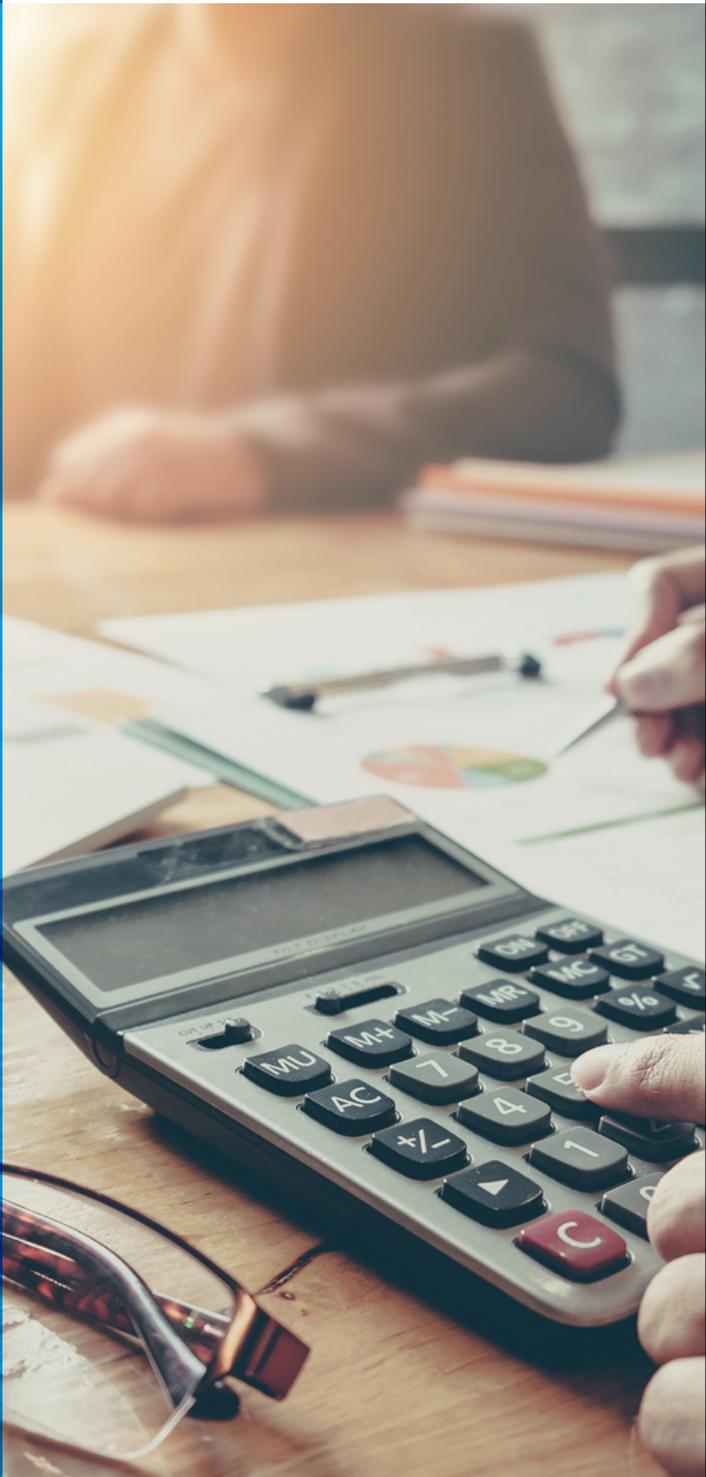
A delegação a terceiro para solucionar disputa sobre a interpretação de um dispositivo do ADT, portanto, deve ser entendida como uma forma de promover o interesse da coletividade na aplicação dos acordos internacionais.

O aspecto central da arbitragem não é uma renúncia que prejudica a coletividade, mesmo porque, como visto no tópico anterior, a aplicação dos dispositivos dos ADTs não tem o efeito de extinguir tributos. O ponto principal da arbitragem é a consagração do interesse público mediante a aplicação de um acordo firmado pelo Brasil para afastar a dupla tributação.

O interesse econômico imediato da administração pública não pode se sobrepor ao interesse da coletividade no cumprimento do ADT. Não por acaso, o STJ firmou o entendimento de que não é obrigatória a intervenção do Ministério Público em ações anulatórias de cobranças tributárias, já que tal *“participação só é imprescindível quando se evidenciar a conotação de interesse público, que não se confunde com o mero interesse patrimonial-econômico da Fazenda Pública”*¹⁹.

Tendo em vista, portanto, que a aplicação do ADT, assegurada por meio da arbitragem, constitui interesse público, que não se confunde com o mero interesse econômico no recolhimento de tributos, inexistente incompatibilidade entre a cláusula de arbitragem e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

19 REsp 1113959/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 11/03/2010.





5 CONCLUSÃO



A cláusula de arbitragem no contexto dos ADTs é compatível com os princípios da legalidade tributária e da indisponibilidade do interesse público.

Os ADTs não instituem nem extinguem tributos, mas dispõem sobre a competência tributária dos países para tributar a renda em situações específicas. Nesse sentido, a aplicação de um dispositivo previsto justamente para afastar a dupla tributação não pode ser vista como hipótese de renúncia fiscal: não se trata de afastar a cobrança de um tributo devido, mas de definir para qual país o tributo é devido.

A mesma lógica se aplica à cláusula de arbitragem. O escopo da arbitragem não é a *definição* das regras de competência tributária, mas a sua *interpretação*. O objeto da arbitragem é identificar o melhor entendimento para uma cláusula que tenha gerado dupla tributação em razão da existência de divergência entre os países.

Nesse sentido, o recurso à arbitragem para a correta aplicação do ADT não acarreta renúncia fiscal, o que afasta qualquer dúvida com relação à compatibilidade da cláusula de arbitragem com o princípio da legalidade tributária.

A cláusula de arbitragem também é compatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público. O STJ sempre admitiu que a administração pública recorresse à arbitragem para tratar de direitos patrimoniais disponíveis, como nos casos envolvendo concessões públicas. Em 2015, essa possibilidade foi expressamente incorporada na legislação, afastando igualmente as dúvidas a respeito.



O conceito de direitos patrimoniais disponíveis aplica-se às disputas envolvendo a interpretação de dispositivos de ADTs, cujo objetivo principal é assegurar o afastamento da dupla tributação da renda. É obviamente do interesse público que os contribuintes paguem tributos para o Brasil, mas *também* é do interesse público que o Brasil cumpra os acordos celebrados com outros países para evitar a dupla tributação.

Dessa forma, a delegação a terceiro para solucionar disputa sobre a interpretação de um dispositivo do ADT deve ser entendida como uma forma de promover o interesse da coletividade na aplicação dos acordos internacionais, e não de contrariá-lo.



**CNI**

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA DE DESENVOLVIMENTO INDÚSTRIAL – DDI

Carlos Eduardo Abijaodi
Diretor de Desenvolvimento Industrial

Gerência Executiva de Assuntos Internacionais

Diego Bonomo
Gerente-Executivo de Assuntos Internacionais

Gerência de Negociações Internacionais

Fabrizio Panzini
Gerente de Negociações Internacionais

Allana Rodrigues
Carolina Matos
Isadora Barbosa
Equipe Técnica

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO – DIRCOM

Ana Maria Curado Matta
Diretora de Comunicação

Gerência de Publicidade e Propaganda

Armando Uema
Gerente de Publicidade e Propaganda

Katia Rocha
Coordenadora de Gestão Editorial

Walner de Oliveira
Produção Editorial

DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS – DSC

Fernando Augusto Trivellato
Diretor de Serviços Corporativos

Superintendência de Administração – SUPAD

Maurício Vasconcelos de Carvalho
Superintendente Administrativo

Alberto Nemoto Yamaguti
Normalização

Fialho Salles Advogados
Elaboração

Editorar Multimídia
Projeto Gráfico e Diagramação





www.cni.com.br

[/cniBrasil](https://www.facebook.com/cniBrasil)

[@CNI_br](https://twitter.com/CNI_br)

[@cniBr](https://www.instagram.com/cniBr)

[/cniweb](https://www.youtube.com/c/cniweb)

[/company/cni-brasil](https://www.linkedin.com/company/cni-brasil)



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA