



PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NA ARBITRAGEM E O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 4257

*José Eduardo Tellini Toledo*¹

INTRODUÇÃO

Foi recebido com muita alegria (e com muita preocupação) no meio jurídico-tributário o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019², da autoria do Senador Antonio Anastasia, que ao modificar a Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), instituiu a arbitragem tributária.

Em trabalho ainda inédito, intitulado “ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: realidade ou fantasia?”, além de enfrentar a discussão em torno da disponibilidade do crédito tributário, alertei que, para esse tema, haveria a necessidade de um veículo introdutor de normas jurídicas específicas, a fim de

1. Doutorando em Relações Econômicas Internacionais – PUC/SP; Mestre e Especialista em Direito Tributário – PUC/SP; Coordenador do curso de Arbitragem – Teoria e Prática – IBET; Professor nos cursos de pós-graduação – IBET; Professor no curso de LLM em Direito Tributário – Insper; Advogado em São Paulo.

2. SENADO FEDERAL. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em 02/10/2019.

reduzir ao máximo a existência de qualquer discricionariedade e evitar questionamentos de responsabilidade funcional para os membros da Administração Pública, o que será superado apenas no âmbito das Execuções Fiscais, caso o projeto de lei já mencionado venha a ser devidamente aprovado.

Inclusive, com a iniciativa desse Projeto de Lei toda a discussão sobre a (in)disponibilidade do crédito tributário, bem como acerca do interesse público primário ou secundário ficam superados.

O citado projeto de lei outorgará ao Executado a possibilidade de optar pela adoção do Juízo Arbitral, quando da análise dos respectivos Embargos, “*respeitados os requisitos da Lei nº 9.307/96 ... na forma do regulamento de cada entidade da Federação*”.

Além disso, destaca (artigo 16-F), que haverá a possibilidade de declaração de nulidade da sentença arbitral, desde que pleiteado por uma das partes nas situações em que a sentença arbitral contrariar enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral, cujas considerações serão abordadas com mais profundidade neste trabalho.

Ocorre que aplicação de precedentes jurisprudenciais na arbitragem comercial sempre foi tema de grande discussão, já que somente se admitia o controle judicial nas hipóteses taxativas previstas nos artigos 32 e 33 da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem).

Apesar desse tema ser travado desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 que essa discussão ganhou força e vigor, principalmente nas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato e concreto.

Agora, o tema volta a ser discutido em face de disposição expressa em futuro veículo introdutor de normas no nosso ordenamento jurídico, caso o projeto de lei mencionado venha a ser aprovado.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Este trabalho decorre, inclusive, de outro de minha autoria denominado “TEORIA DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS VINCULANTES À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, ainda também inédito, cujos conceitos lá desenvolvidos serão agora utilizados e completados para o objeto deste estudo, a fim de melhor esclarecer o tema proposto.

BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA

A partir do chamado “giro linguístico”³, o Direito passa a ser estudado tomando-se por base o contexto da Filosofia da Linguagem, onde, por meio de premissas previamente adotadas como válidas e conforme os valores de sua ideologia, o ser cognoscente construirá o seu mundo (“constructivismo”).

Para tanto, aplicará a linguagem “para amarrar lógica e semanticamente suas proposições para a construção de seu objeto” (CARVALHO, 2016, p. 96)⁴, ou seja, de uma forma lógica (por meio da formalização da linguagem⁵) e semântica (para compreender corretamente a relação entre o signo e a respectiva realidade). Daí a denominação “Constructivismo Lógico-Semântico”.

Assim, após a aplicação de determinada linguagem competente será possível conhecer e construir a comunicação entre dois ou mais sujeitos, bem como realizar a interpretação de signos dos textos jurídicos, para a construção de uma norma jurídica.

Cabe ao intérprete, portanto, por meio do primeiro contato com o enunciado prescritivo de condutas (suporte físico

3. corrente filosófica onde a linguagem deixa de ser analisada como um mero instrumento comunicacional de um objeto já existente, para se tornar a fonte produtora da realidade entre o ser cognoscente e o objeto.

4. CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo Lógico-Semântico*. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2018. P. 96.

5. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. P. 20.

– no mundo do Direito Positivo), a missão de compreendê-lo (LINS, 2019⁶), com o intuito de alcançar o seu sentido e construção da proposição, por meio da linguagem descritiva competente pertencente à Ciência do Direito.

Desses brevíssimos conceitos obtém-se a norma jurídica completa como sendo aquela que, após a análise de determinado enunciado (jurídico) positivado, obtém-se a significação estruturada de uma norma antecedente (prescritiva de um dever) e de uma norma secundária (voltada a uma sanção na hipótese de descumprimento da primária), transmitindo o sentido da mensagem de forma completa.

PONTOS DE APROXIMAÇÃO E SEPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS: “COMMON LAW” E “CIVIL LAW”

Adotados os conceitos descritos anteriormente, ainda que de forma bastante objetiva (de forma intencional, para não se desviar do objeto do presente estudo), é importante, neste momento, fazer uma análise dos sistemas jurídicos denominados *common law* e *civil law*, para verificar suas semelhanças e diferenças com o sistema misto adotado pela Constituição Federal Brasileira.

No *common law*, também conhecido como “direito comum”, oriundo do sistema jurídico do Direito Inglês (e utilizado em grande parte dos países que adotam a língua inglesa), tem-se a predominância da utilização de precedentes na elaboração de novas normas jurídicas por autoridades competentes.

Nele, o próprio Poder Judiciário utilizará seus precedentes como forma de apoio na produção de normas jurídicas futuras, dentro de um mesmo ambiente (o dos Tribunais).

6. LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019. P. 23.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Sem o amparo no direito positivado brasileiro, é um sistema oriundo do direito consuetudinário e da necessária continuação da tradição, por meio da análise de casos concretos.

O *civil law*, por sua vez, oriundo do sistema jurídico romano, tem a lei (norma jurídica em sentido amplo), devidamente codificada, como fonte para a elaboração de normas jurídicas gerais ou individuais.

Neste caso, o Poder Legislativo ou Executivo (em situações específicas) são os emissores das competentes normas gerais e abstratas, codificadas ou não, em conformidade com suas características e finalidade social, regulando condutas previamente estabelecidas.

Veja-se, portanto, que a principal diferença entre esses dois sistemas, está na sua capacidade de uma calibração homeostática (CARVALHO, 2005)⁷, tomando-se por base a linguagem adotada em cada um dos sistemas.

De fato, no *civil law*, o precedente judicial poderá servir de ponto de partida para a interpretação a ser adotada pelo ente judicante, ou na valoração no momento da produção das normas jurídicas, mas não o obriga a adotar a decisão anterior.

DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E A ARBITRAGEM

Não se desconhece que as normas jurídicas válidas, vigentes e eficazes apresentam a devida presunção de constitucionalidade. Essas características da norma jurídica podem ser assim definidas, conforme CARVALHO⁸:

“A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tendo status de relação: é o vínculo que se estabelece entre

7. CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 212.

8. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 7 ed., 2018. P. 463-478.

a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte que aos dizermos que u´a norma “N” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”.

(...)

Viger é força para disciplinar, para reger, cumprindo a norma seus objetivos finais.

(...)

Tomamos por eficácia jurídica o próprio mecanismo lógico da incidência, o processo pelo qual, efetivando-se o fato previsto no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no conseqüente. É a chamada causalidade jurídica, ou seja, vínculo de implicação mediante o qual, ocorrendo o fato jurídico ... instala-se a relação jurídica.

(...)

podemos dizer que a eficácia jurídica é a propriedade de que está investido o fato jurídico de provocar a irradiação dos efeitos que lhe são próprios, ou seja, a relação de causalidade jurídica”.

Assim, tanto as normas gerais e abstratas, quanto as individuais e concretas, para que tenham a devida validade, deverão ter sido emanadas por autoridade competente, conforme as regras pré-estabelecidas pelas normas jurídicas que lhe dão fundamento de validade.

A Carta Magna Brasileira adotou um controle de constitucionalidade das normas jurídicas por um sistema misto, tanto pela escolha de um controle incidental e difuso, como também por via principal e concentrado (BARROSO, 2006)⁹.

No primeiro sistema (incidental e difuso), a declaração de inconstitucionalidade pode ser feita por juizes e tribunais e vinculam apenas as partes que estão litigando, dentro da relação jurídica do polo ativo/Estado-Juiz e Estado-Juiz/polo passivo (*inter partes*).

No segundo sistema (principal e concentrado), com efeito *erga omnes*, a declaração de inconstitucionalidade, ou de

9. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 64.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

constitucionalidade, decorre da realização de hipóteses determinadas no artigo 102, inciso I, “a” da Constituição Federal (de competência exclusiva do STF), ou das disposições contidas no artigo 125, §2º, de competência do Tribunal de Justiça dos Estados, cuja produção de fala do Poder Judiciário não se aplica apenas ao caso concreto em análise, como também a situações futuras que tratem sobre o mesmo tema, assemelhando-se ao *common law*.

Além disso, em se tratando de recurso direcionado ao Supremo Tribunal Federal, a sua admissibilidade depende, ainda, da demonstração da devida *repercussão geral*¹⁰ acerca da questão constitucional suscitada.

Na hipótese de haver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, ocorrerá o julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, com fundamento no art. 1.036, do Código de Processo Civil, onde a análise do mérito será feita por meio de uma seleção de recursos que representem essa controvérsia de maneira adequada.

Não se deve esquecer acerca do “efeito transcendente” das decisões emanadas pelo STF, em sede de controle abstrato, cujo efeito vinculante decorrerá não apenas da parte dispositiva da norma jurídica, como também pelos seus próprios fundamentos.¹¹

Caracterizada como técnica de decisão com base em precedentes jurisprudenciais (decorrentes de casos previamente analisados e julgados), para a solução de novas demandas, o *distinguishing*, assim como ocorre no *common law*, decorre da aplicação de um precedente anterior, semelhante àquela que está em julgamento.

10. A fim de delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.

11. STF RECLAMAÇÃO 4.355. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJE 22/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 24/09/2019.

Nas palavras de MELLO e BARROSO¹²:

“Um terceiro conceito muito importante para a operação com precedentes diz respeito à distinção entre casos – o *distinguishing*, tal como concebido pelo *common law*. É que a aplicação de um precedente para a solução de novas demandas se dá por um mecanismo de associação ou de distinção entre antigas e novas ações. O que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção”.

De outro lado, o *overruling* refere-se a uma superação de entendimento da Corte Judiciária em determinado precedente jurisprudencial, seja tácita ou expressamente.

Trata-se da edição de uma nova norma jurídica em caráter excepcional (pois a regra é que casos semelhantes sejam julgados da mesma forma, em respeito ao princípio da segurança jurídica e igualdade). Tal distinção está devidamente positivada no artigo 489, §1º, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O STF já teve a oportunidade de analisar essas formas de superação de precedentes, assim dispondo¹³:

“A propósito das hipóteses de necessidade e das formas de superação de precedentes, bem resume Daniel Mitidiero (*in Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 105-6): “(...) a regra do *stare decisis* horizontal pode ser justificadamente deixada de lado pela corte responsável pelo precedente. Isso quer dizer que as Cortes Supremas podem, para promover a unidade do Direito prospectivamente, afastar-se justificadamente dos próprios precedentes, superando-os total (*overruling*) ou parcialmente (*overturning*) mediante transformação (*transformation*)

12. MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 23/06/2019.

13. STF. Recurso Extraordinário 655.265. Rel. Min. Edson Fachin. DJE 05/08/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em 25/06/2019.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

ou reescrita (*overriding*) do precedente. A superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling principle*).” (...) É dizer, em resumo, que não verifico, na questão, a imprescindível demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e à sua consistência sistêmica. *Overruling* ou superação total (tradução livre) é técnica que pressupõe justamente a força vinculante do precedente e que, portanto, impõe à corte responsável pela sua formulação um complexo encargo argumentativo, a indicar, repiso, que a antiga interpretação já se tornou inconstitucional ou está se tornando”.

Verifica-se, portanto, que os precedentes judiciais vinculantes são oriundos de questionamentos de validade de determinada norma jurídica em face daquela que lhe dá fundamento de validade (e, no caso, que afrontam a Constituição Federal).

Portanto, a fonte geradora desses precedentes é reflexo de determinada interpretação¹⁴ e da aplicação da norma à realidade de determinada sociedade. Uma vez publicados, devem ser seguidos em face do *stare decisis*.

As normas jurídicas (decorrentes do controle principal e concentrado por parte do STF), vincularão o próprio órgão emissor (*stare decisis* horizontal), quanto os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive a Administração Pública Direta e Indireta e demais Poderes (*stare decisis* vertical).

Essa regra encontra-se, inclusive, positivada no artigo 927, do Código de Processo Civil, que estabelece:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

14. Assim entendido como método para obtenção de significados da norma jurídica.

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Por se tratar de norma obrigatória (em face do vocábulo “observarão”), e justamente em face do *stare decisis* vertical é que se analisa a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, quando da elaboração da sentença arbitral.

A discussão não é nova.

Em 2016, TUCCI¹⁵, em artigo denominado “o árbitro e a observância do precedente judicial”, já alertava que em se tratando de uma arbitragem onde as partes, em comum acordo, optaram pela aplicação do Direito brasileiro para reger a arbitragem, o árbitro, por ser juiz de fato e de direito, “tem o dever inafastável de julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o Direito Positivo brasileiro”.

Em suas palavras:

“Desse modo, assim como o juiz togado, o árbitro não poderá se afastar da interpretação, acerca de determinado texto legal, que desponta consagrada pelos tribunais pátrios. O precedente judicial, portanto, constitui valioso subsídio para que o árbitro, no processo hermenêutico de subsunção, possa aplicar a lei ao caso concreto, cumprindo adequadamente a missão que lhe foi outorgada pelas partes.

Importa reconhecer que, nessa hipótese, não é propriamente a autoridade hierárquica da qual provém o precedente que

15. TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em 02/10/2019.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

determina ao árbitro a sua observância. É por isso que, inexistindo qualquer interdependência funcional entre tribunal estatal e árbitro, não cabe reclamação se o precedente judicial não for aplicado pelo árbitro.

Na verdade, a eficácia persuasiva do precedente e a exigência de segurança jurídica é que impõem o seu respeito pelo tribunal arbitral, sobretudo quando aquele estiver consolidado ou até mesmo, pela reiteração, transformado em súmula. É evidente que se for hipótese de incidência de súmula vinculante, com maior dose de razão, o árbitro não poderá desprezá-la, invocando simples questão de convicção íntima.

Não tem sentido algum admitir que, de um lado, o juiz estatal encontre-se sujeito à incidência do precedente e, de outro, o árbitro esteja livre para afastar a sua observância. Quando nada, maculado estaria o princípio da isonomia, a desacreditar o juízo arbitral”.

O entendimento acima foi objeto de considerações por parte de ROQUE e GAJARDONI¹⁶, que ao concordarem em parte com o entendimento acima, reconheceram a necessidade de observação dos precedentes judiciais por parte dos árbitros, como também o fato de que a sua não observância não acarreta qualquer reclamação ao Poder Judiciário:

“Por isso, “assim como o juiz togado, o árbitro não poderá se afastar da interpretação, acerca de determinado texto legal, que desponta consagrada pelos tribunais pátrios”. Conclui-se, dessa maneira, que também a sentença arbitral deve observar os precedentes a que se refere o art. 927 do CPC/2015.

Até aqui, não vemos razão para discordar do texto. A aplicação do direito brasileiro não se esgota no texto legal e deve o árbitro, sob pena de promover interpretação peculiar – ou seja, contrária à isonomia e à segurança jurídica –, observar os precedentes existentes sobre a questão submetida à sua apreciação [2].

Por outro lado, assim como o juiz togado, pode o árbitro lançar mão das técnicas de superação de precedentes (*distinguishing*

16. ROQUE, André Vasconcelos. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?* Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>>. Acesso em 02/10/2019.

ou distinção / overruling ou superação) para afastar sua incidência, destacando a inadequação ao caso concreto ou a superação do julgado paradigma, mediante fundamentação específica e qualificada.

Também estamos de acordo que, em que pese estar a sentença arbitral sujeita à incidência dos precedentes vinculantes, não cabe reclamação pela sua inobservância. [3]"

A discordância, contudo, restou no entendimento de que a "...sentença arbitral fundamentada de forma insuficiente possa ser atacada por meio de ação anulatória", ressalva com a qual concordamos.

Isto porque, diante do ordenamento jurídico vigente, não é possível se pretender a aplicação de qualquer recurso judicial contra uma sentença arbitral que tenha sido proferida sem a observância de precedentes judiciais vinculante, seja em face das hipóteses taxativas de nulidade da sentença arbitral prevista nos já citados artigos 32 e 33 da Lei da Arbitragem¹⁷, seja pela aplicação no disposto no artigo 18 dessa lei, que determina que o árbitro é juiz de fato e de direito, cuja sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Por esse motivo concordamos com os autores acima citados, no sentido de não ser possível questionar a sentença arbitral, ainda que venha a ser proferida de forma insuficiente, ou mesmo sem a observância dos precedentes judiciais. Haveria, a meu ver, nessa situação, apenas um *error in iudicando* que, mesmo assim, não é passível de qualquer recurso ao Poder Judiciário.

Isso porque a definitividade da sentença arbitral é, com certeza, um dos pilares que rege a arbitragem.

Certamente, o projeto de lei inovará esse tema na arbitragem, já que permite a revisão da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, nas hipóteses lá elencadas.

17. exceto na hipótese do Projeto de Lei nº 4.257/2019 ser aprovado, já que haverá expressa determinação normativa nesse sentido e possibilidade de declaração de nulidade da sentença arbitral.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

O que se discute neste trabalho é se os árbitros, na qualidade de juízes de fato e de direito, *durante o exercício de suas funções* devem, ou não, submeter-se aos precedentes judiciais vinculantes quando da *elaboração* da sentença arbitral, sob pena de, no futuro, se a alteração legislativa foi aprovada, sofrerem a decretação de nulidade de suas decisões.

Lógico que, para tanto, parte-se do pressuposto de que na cláusula compromissória arbitral que será assinada pelas partes haverá expressa disposição que a arbitragem será regida pelo Direito brasileiro (sob pena de não se aplicar qualquer argumento acerca dos precedentes judiciais vinculantes), bem como haverá expressa exclusão do julgamento “por equidade”, sem o que implicaria “... autorização para julgar *contra legem*, ou, ainda, a própria derrogação do direito positivo” (AMARAL, 2018)¹⁸.

Ora, nas hipóteses em que as partes elegeram a arbitragem de direito e deram ao árbitro o poder e missão para o julgamento de determinado conflito, não é crível admitir que os árbitros possam desconsiderar os precedentes judiciais, sob pena de desconsideração de todo o ordenamento jurídico.

A tema toma maior relevância, com a possibilidade de arbitragem com a Administração Pública e, futuramente, em execuções fiscais.

Esse entendimento é compartilhado por FIORAVANTI, decorrente de sua tese de mestrado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2018:

“Ora, a partir do momento em que a função dos árbitros e dos magistrados se equipara, há que se ter em mente não só o primado da isonomia, mas também o da segurança jurídica, da unicidade do sistema e da credibilidade da própria arbitragem. Os cidadãos têm a legítima expectativa de receber, seja do Poder Judiciário ou da arbitragem, decisão que analise o arcabouço normativo vigente como um todo, de maneira que não sejam

18. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Arbitragem e precedentes*. LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

surpreendidos por decisões que contrariem, sem qualquer justificativa, as fontes do direito em que estão inseridos.

(...)

Portanto, se as partes elegeram a arbitragem como método eficaz para a resolução das suas disputas; se elegeram o direito brasileiro como sendo aquele arcabouço de normas jurídicas e princípios que devem ser avaliados para a solução do caso, é razoável esperar que a sentença arbitral analise e observe todo o conjunto de normas, regras, princípios e precedentes que integram as fontes do direito eleito”.

Não é por outro motivo que o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, ao incluir o artigo 16-F à Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), assim dispôs:

“Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral”.

Ou seja, pretende-se, de forma indireta, que as regras previstas nos incisos I a III, do artigo 927, do CPC/2015, sejam de aplicação obrigatória por parte dos árbitros na sentença arbitral, sob pena de nulidade.

O que causa estranheza é a não observação dos demais precedentes previstos nos incisos IV e V, do já citado artigo 927 (os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados).

Ora, se a finalidade da inclusão desse artigo é evitar descumprimento de precedentes judiciais, seja para a Administração Pública, seja para os contribuintes, não parece ser crível admitir que os enunciados das súmulas do STF ou do STJ, quando desrespeitados, não possam ser objeto de decretação de nulidade da sentença arbitral por parte do Poder Judiciário.

Um grande entrave ainda existente, tanto na redação original do projeto de lei, quanto na primeira emenda

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

apresentada, é que, pela sistemática proposta, a escolha para o julgamento dos Embargos à Execução ofertados pela arbitragem, a ser feita pelo executado, considerando a não existência de qualquer cláusula arbitral, exigirá a necessidade de requerimento expresso para que a arbitragem seja feita com base no Direito Brasileiro e a exclusão do julgamento por equidade (como já mencionado), requisitos necessários para que os precedentes judiciais possam ser aplicados, inclusive sob pena de não ser possível, a meu ver, a decretação da nulidade da sentença arbitral por parte do Poder Judiciário.

Além da preocupação acima, por não existir uma cláusula arbitral prévia entre as partes (que existirá apenas e se o executado assim desejar), a disposição contida na redação original do artigo 16-C, do projeto de lei em análise, assemelhava-se a uma cláusula arbitral vazia, onde, apesar da existência da vontade das partes em arbitrar (o crédito tributário constituído na Certidão da Dívida Ativa), com a renúncia da jurisdição estatal, não haveria a instauração do processo arbitral imediatamente, por ausência de previsão expressa dos elementos necessários para a constituição do tribunal arbitral.

Certamente esse deve ter sido um dos motivos pelo qual a primeira emenda apresentada ao projeto de lei, alterou especificamente o citado artigo 16-C, prevendo em seu §2º que na hipótese de procedimento arbitral conduzido por órgão arbitral institucional ou entidade especializada eleito pelo contribuinte, a Administração Pública será notificada sobre a instauração do procedimento arbitral e a celebração da convenção de arbitragem pela autoridade competente.

A título de esclarecimento, como bem define SPERANDIO¹⁹:

“A convenção de arbitragem é o gênero ao qual pertencem duas espécies: a cláusula arbitral e o compromisso arbitral. Quanto à primeira, a doutrina e a jurisprudência utilizam as expressões ‘cláusula arbitral’, ‘cláusula compromissória’ e ‘cláusula de

19. SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. *Convenção de Arbitragem*. LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

arbitragem' como expressões sinônimas. Este capítulo utiliza o termo cláusula arbitral”.

Repita-se: a celebração da convenção de arbitragem é o momento apropriado para dispor sobre a necessidade de a arbitragem ser regida pelo Direito brasileiro, bem como ser vetado o julgamento por equidade, tudo com o intuito de se dar força para a aplicação dos precedentes judiciais vinculante na *elaboração* da sentença arbitral.

Vê-se, portanto, que na arbitragem tributária proposta, a ausência de um compromisso arbitral prévio, diferentemente do que ocorre na arbitragem comercial (caso o projeto de lei seja aprovado na redação atualmente existente), não acarretará a necessidade do ajuizamento de uma nova medida judicial para a que se determine a execução específica da cláusula arbitral.

Assim, apesar da alteração legislativa proposta estabelecer que a adoção do juízo arbitral respeitará os requisitos da Lei nº 9.307/96, além dos demais artigos previstos no projeto de lei, deve-se tomar cuidados adicionais para não haver qualquer risco de comparação entre a arbitragem tributária com a arbitragem comercial, como inclusive já alertou PASINATTO²⁰, quando da análise da redação original do projeto de lei:

“Com relação ao primeiro artigo do projeto em estudo, 16-A, equipara a arbitragem tributária com a arbitragem da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Adiantamos que essa equiparação pode causar confusão entre os institutos e criar mais óbices à inserção do instituto da arbitragem tributária no Brasil. Como, justamente, a confusão gerada com o artigo 16-C. Precisamos ter em mente que a arbitragem tributária é um instituto à parte, justamente por precisar seguir outros ditames que não estão dentre os originais previstos pela Lei de Arbitragem brasileira. Por exemplo, em regra[9], há confidencialidade, que difere da obrigatoriedade de o processo arbitral ser público, conforme o artigo 16-C”.

20. PASINATTO, Ana Paulo. **PL sobre arbitragem tributária não preza pelo equilíbrio entre as partes litigantes**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-ago-09/ana-pasinatto-pl-arbitragem-tributaria-desequilibra-litigantes>>. Acesso em 02/10/2019.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Ainda que seja necessário aperfeiçoar o Projeto de Lei nº 4.257/2019, não se pode desconsiderar a sua importância no âmbito tributário e a possibilidade de inclusão da arbitragem tributária no ordenamento jurídico brasileiro, iniciativa que merece todos os aplausos, inclusive por respeitar a aplicação de precedentes judiciais.

CONCLUSÕES

- a) é inegável a importância do “Constructivismo Lógico-Semântico” na criação de normas jurídicas por parte do Poder Judiciário, seja no controle de constitucionalidade difuso, seja no concentrado;
- b) o próprio Supremo Tribunal Federal tem se manifestado de forma recorrente acerca da importância de se estudar o Direito por meio de uma prévia linguagem competente, visando a construção da realidade;
- c) para o controle de constitucionalidade das normas jurídicas, a Constituição Federal estabeleceu um sistema misto, seja pelo controle incidental e difuso, como também por via principal e concentrado, além de estabelecer a possibilidade do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, com fundamento no art. 1.036, do Código de Processo Civil;
- d) ainda, em se tratando de Recurso Extraordinário, exige-se a demonstração da devida repercussão geral acerca da questão constitucional suscitada;
- e) logicamente as decisões proferidas pelas Cortes Superiores não podem ser estáticas. Por essa razão, semelhante ao que ocorre no *common law*, adota-se o *distinguishing* para a solução de novas demandas. Além disso o STF tem se utilizado do *overruling* para a superação de entendimento em determinado precedente jurisprudencial, seja tácita ou expressamente;

- f) Considerando que os precedentes judiciais vinculantes são oriundos de questionamentos de validade de determinada norma jurídica em face daquela que lhe dá fundamento de validade (e, no caso, que afrontam a Constituição Federal), uma vez publicados, devem ser seguidos em face do *stare decisis* (tanto horizontal, quanto vertical), nos termos do que estabelece o artigo 927, do Código de Processo Civil;
- g) apesar da sentença arbitral não ser objeto de qualquer recurso judicial (exceto em hipóteses restritas), no âmbito tributário, caso seja elaborada sem que os árbitros tenham observado os precedentes vinculantes, poderá ser objeto de decretação de nulidade por parte do Poder Judiciário;
- h) para tanto, é muito importante que na convenção de arbitragem haja expressa disposição que a arbitragem será regida pelo Direito brasileiro, bem como expressa exclusão do julgamento “por equidade”.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Arbitragem e precedentes*. LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo Lógico-Semântico*. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2018.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

_____. *Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 7 ed., 2018.

LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 23/06/2019.

PASINATTO, Ana Paula. PL sobre arbitragem tributária não preza pelo equilíbrio entre as partes litigantes. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-ago-09/ana-pasinatto-pl-arbitragem-tributaria-desequilibra-litigantes>>. Acesso em 02/10/2019.

ROQUE, André Vasconcelos. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?* Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>>. Acesso em 02/10/2019.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em 02/10/2019.

STF. RECLAMAÇÃO 4.355. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJE 22/10/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 24/09/2019.

STF. Recurso Extraordinário 655.265. Rel. Min. Edson Fachin. DJE 05/08/2016. disponível em: <http://redir.stf.jus.br/>



IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268.
Acesso em 25/06/2019.

TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em 02/10/2019.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.