

O PROJETO DE LEI Nº 4257/19 – DISCUSSÕES EM TORNO DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO¹

*José Eduardo Tellini Toledo*²

Sumário: Introdução – Da análise das normas jurídicas – Do conceito de sistema jurídico – Da disponibilidade do crédito tributário – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo decorre de palestra apresentada durante o XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários, realizado pelo IBET nos dias 08 a 11 de dezembro de 2020, de forma *online*.

O tema proposto neste ano foi “Texto e Contexto no Direito Tributário”.

1. Este trabalho complementa o artigo publicado nos anais do XVI Congresso Nacional de Estudos Tributários, promovido pelo IBET no ano de 2019, intitulado “PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NA ARBITRAGEM E O PROJETO DE LEI Nº 4257”, de minha autoria e tem como base o artigo intitulado “Quebrando paradigmas para a arbitragem tributária”, ainda inédito, elaborado para o livro a ser publicado pelo Instituto Brasileiro de Arbitragem e Transação Tributários – IBATT;

2. Doutorando em Relações Econômicas Internacionais – PUC/SP Mestre e Especialista em Direito Tributário – PUC/SP. Professor nos cursos de pós-graduação – IBET e APET. Coordenador do curso de Arbitragem – IBET. Co-fundador do IBATT. Advogado em São Paulo.

Dentro desse escopo entendi importante trazer os futuros (e possíveis) efeitos da aprovação do Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, em trâmite no Senado Federal, que introduzirá a arbitragem tributária no Brasil, aplicável exclusivamente após a constituição definitiva do crédito tributário e sua exigibilidade por meio de ação judicial específica (Execução Fiscal).

Mais especificamente, analisarei se o projeto de lei em questão encontra óbices em relação à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, havendo, portanto, a necessidade de uma alteração na legislação complementar que trata sobre esse tema (Código Tributário Nacional).

DA ANÁLISE DAS NORMAS JURÍDICAS

É a partir do chamado “giro linguístico”, 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, que surge o chamado “Constructivismo Lógico-Semântico”.

A origem desse nome, segundo CARVALHO³ vem de LOURIVAL VILANOVA:

“Certo dia, perguntando como conviria definir sua atitude jurídico-filosófica e o tipo de trabalho que vinha desenvolvendo, respondeu-me que poderíamos perfeitamente chamá-lo de “constructivismo”. Não segundo o modelo do “constructivismo ético”, todavia, agregando ao nome o adjetivo composto “lógico-semântico”, pois, ao final de contas, todo empenho estaria voltado a cercar os termos do discurso, para outorga-lhes a firmeza necessária (e possível, naturalmente), tendo em vista a coerência e o rigor da mensagem comunicativa. Isso não significa, porém, relegar o quadro das investigações pragmáticas a nível secundário. Expressa tão somente uma opção metodológica. Melhor seria até

3. CARVALHO, Paulo de Barros. *Algo sobre o Constructivismo Lógico-Semântico*. Carvalho. Paulo de Barros (coord). CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo Lógico-Semântico*. Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 6.

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

dizer que a proposta lógico-semântica aparece como contribuição para um estudo semiótico do discurso”

Sua finalidade não é outra senão estudar o direito dentro do contexto da Filosofia da Linguagem, onde o ser cognoscente, por meio de premissas previamente adotadas e conforme os valores de sua ideologia, construirá o seu mundo (“constructivismo”), aplicando a linguagem, “para amarrar lógica e semanticamente suas proposições para a construção de seu objeto” (CARVALHO, 2016, p. 96)⁴, ou seja, lógica (por meio da formalização da linguagem⁵) e semanticamente (para compreender corretamente a relação entre o signo e a respectiva realidade).

Nas palavras de SCAVINO⁶:

“em filosofia significa aqui que a linguagem deixa de ser um meio, algo que estaria entre o eu e a realidade, e se converteria em um léxico capaz de criar tanto o eu como a realidade. (...) a linguagem e o mundo são coextensivos, os limites de um são exatamente os limites do outros (...) meu mundo é minha linguagem (...) converte-se, então em uma espécie de constructivismo radical, doutrina segundo a qual as teorias científicas ou os discursos metafísicos não descobrem a realidade, mas sim as criam”.

Diante desses conceitos é facilmente verificado que pela adoção dessa corrente filosófica, a linguagem é preexistente, participa e constrói a realidade.

No Direito não é diferente: somente após a aplicação da 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 da norma jurídica.

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.

6. SCAVINO, Dardo. *A Filosofia Atual: Pensar sem certezas*. São Paulo: Noeses, 2014;

Assim, em contato com o enunciado prescritivo de condutas (suporte físico – no mundo do Direito Positivo), o intérprete buscará entendê-lo dentro do seu campo de conhecimento, com a finalidade de construir a competente linguagem descritiva (que pertence à Ciência do Direito).

Vê-se, dessa rápida explanação, que tanto o Direito Positivo, quanto a Ciência do Direito têm, como ponto comum, a existência da linguagem, mas com funções (formas de uso) diferentes: enquanto naquela encontramos a função prescritiva de condutas (dentre outras), para regular o comportamento do ser cognoscente dentro de determinada sociedade, nesta temos a função descritiva do Direito Positivo, com a finalidade de estudar a sua linguagem, de forma devidamente estruturada.

A norma jurídica completa, portanto, é aquela onde, após a análise do enunciado (jurídico) positivado, pode-se obter uma determinada 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.

E justamente neste estudo, o que se pretende, é a análise da proposta de uma legislação ordinária (futuro enunciado prescritivo de condutas), onde caberá à Ciência do Direito estudar a linguagem apresentada e seus efeitos, dentro de um determinado sistema jurídico.

DO CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO

A doutrina não é unânime acerca do conceito de ordenamento e sistema jurídicos.

Para alguns autores, trata-se de conceitos distintos, caracterizando o ordenamento como a totalidade dos enunciados prescritivos de conduta devidamente estruturadas por vínculos de subordinação (ou fundamento de validade, no nosso entendimento) e coordenação, e o sistema como o trabalho resultante da interpretação dada pelos juristas a esses enunciados.

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Dentre eles, citamos ROBLES⁷ (que entende que o ordenamento é um texto desorganizado e bruto) e ALCHORRÓN e BULYGIN⁸, sendo que estes últimos fazem a diferenciação mencionada tomando por base o aspecto estático e dinâmico do Direito (para eles o sistema é um conjunto de normas estáticas e ordenamento a série de sucessivos sistemas considerados ao longo do tempo). Assim, tem-se o sistema como sincrônico e estático, e o ordenamento como diacrônico e dinâmico⁹.

Para BOBBIO¹⁰:

“Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas uma às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico.

(...)

Sistema dinâmico, por outro lado, é aquele no qual as normas que o compõem derivam uma das outras através de sucessivas delegações de poder; isto é, não através de seu conteúdo, mas através da *autoridade* que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si”.

Desta forma, a doutrina e a jurisprudência estão no campo do sistema jurídico, decorrente do trabalho exercido sobre os enunciados prescritivos de conduta (ou direito positivado).

Para outros, as expressões (ordenamento e sistema) se assemelham por refletirem uma mesma noção. Dentre os

7. ROBLES, Gregorio. *Teoria del Derecho - Fundamentos de La Teoria Comunicacional del Derecho*. Vol. I. Navarra: Thomson, Civitas. p. 123.

8. ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugênio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México. Distribuciones Fontamara, 1997, p. 62.

9. Sob o ponto de vista da sincronia (estudo da língua em determinado momento) e diacronia (como estudo da linguagem que verifica as mudanças ao longo do tempo), teremos aquele como uma situação estática (sistema) e este, por sua vez, como uma situação dinâmica (ordenamento).

10. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 72.

defensores desta linha de entendimento, destacamos CARVALHO¹¹, para quem “as normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador”.

Para o citado autor, há sistema tanto no Direito Positivo, como na Ciência do Direito.

Por adotar esse posicionamento, neste estudo optei em usar o conceito de sistema jurídico tanto para os enunciados prescritivos, quanto para os descritivos de conduta.

DA DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Acho sempre importante lembrar que, após muitas discussões no campo acadêmico, atualmente não existem mais dúvidas acerca da arbitrabilidade do crédito tributário, por ser enquadrado como um interesse público secundário.

Já tive a oportunidade de me aprofundar sobre esse tema no artigo “Arbitragem Tributária: realidade ou fantasia?”, publicado no livro “Novos Rumos do Processo Tributário: Judicial, administrativo e métodos alternativos de cobrança do crédito tributário”, coordenado pela Dra. Isabela Bonfá de Jesus e Dra. Renata Elaine Silva Ricetti Marques.

Naquele artigo demonstrei a existência da diferenciação entre o interesse público primário e secundário (este, patrimonial), para concluir a possibilidade de que este último seja passível de arbitragem.

E nos interesses públicos secundários encontram-se os tributos, sendo, portanto, patrimoniais e arbitráveis.

Veja-se, portanto, que a meu ver, qualquer antiga discussão sobre a disponibilidade do crédito tributário não encontra mais amparo na atual doutrina.

11. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 11.

DO PROJETO DE LEI Nº 4.257/2019

Esclarecidos os conceitos de norma e sistema jurídicos, bem como sobre a arbitrabilidade do crédito tributário (ainda que de forma mais objetiva), já é possível analisar o projeto de lei em estudo onde, por um corte metodológico, deixarei de me aprofundar na proposta de Execução Fiscal Administrativa, por não ser parte do objeto inicialmente proposto.

Apenas para contextualizar o assunto, no final do ano de 2019 o mundo jurídico foi surpreendido com a divulgação do Projeto de Lei nº 4.257, de 2019¹², da autoria do Senador Antonio Anastasia.

Visando modificar a Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), pretende instituir a arbitragem tributária em um dos meios de cobrança do crédito tributário utilizado pelo Poder Público.

Assim, dentro do texto proposto, após a garantia da Execução Fiscal por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, o Executado (pessoa física ou jurídica), poderá optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, além de regulamentos de cada entidade da Federação.

Veja-se que o projeto de lei oferta ao Executado um novo meio heterocompositivo para a solução de conflito existente com a Administração Pública, decorrente de uma anterior constituição definitiva do crédito tributário, com a qual o contribuinte não concorda.

Ao alterar a Lei de Execuções Fiscais, o projeto de lei em estudo alcança, de uma forma bastante inteligente e apenas com um único veículo introdutor de normas jurídicas, um âmbito *nacional*, aplicando-se às Execuções Fiscais Federais, Estaduais e Municipais.

12. BRASIL. Senado Federal. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em 12/11/2020.

Todavia, esse projeto de lei tem sido questionado no meio acadêmico, dentre outros argumentos, pela suposta não suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como sobre impossibilidade e incompetência de um Tribunal Arbitral para assim decidir.

Acho muito relevante enfrentar essa questão.

De fato, a garantia da Execução Fiscal por uma das hipóteses previstas no artigo 9º, da Lei nº 6.830/80, por si só, não acarreta a suspensão automática da exigibilidade do crédito tributário.

Por isso, há necessidade de utilização da legislação processual civil (CPC) que, em seu artigo 919, §1º, determina que para que os Embargos à Execução Fiscal *tenham efeito suspensivo*, há necessidade de *requisição expressa da parte*, cujo efeito será concedido se presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Logicamente, neste momento, o leitor deve estar se perguntando: se nos Embargos à Execução Fiscal deve ser requerido o efeito suspensivo, caso seja requerido o julgamento por um Tribunal Arbitral, quem terá competência para analisar esse pedido? Os árbitros?

A resposta é sim, e muito mais.

Vamos explorar um pouco mais essa questão.

Como todos sabem, uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista no artigo 151, do Código Tributário Nacional é a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, *em outras espécies de ação judicial* (inciso V).

Uma vez feito esse pedido nos Embargos à Execução Fiscal e deferido pelo competente Juízo Estatal, a questão fica resolvida.

Futuramente, quando for aprovado o projeto de lei em estudo, se o Executado continuar optando que seus Embargos sejam julgados pelo Poder Judiciário, a situação em nada se alterará.

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Por outro lado, se optar pelo julgamento por parte do Tribunal Arbitral, não há qualquer impedimento para que o Executado ainda possa se socorrer da tutela jurisdicional do Estado (ou até de um árbitro de emergência, que será melhor explicado neste estudo), requerendo a concessão de medida liminar ou tutela (desde que presentes os requisitos intrínsecos necessários: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco do resultado útil ao processo).

Apenas a título de esclarecimento, principalmente para aqueles que não atuam com arbitragem, é importante destacar que não obstante a competência plena do Tribunal Arbitral para analisar as situações a ele submetidas (em face do princípio da competência-competência, que confere primazia ao Tribunal Arbitral, em detrimento do Poder Judiciário), existem situações em que há total possibilidade de atuação do Poder Judiciário em apoio à arbitragem.

Dentre as situações possíveis, destaco aquela onde a parte pode se socorrer do Poder Judiciário para que, *antes de instituído o Tribunal Arbitral*, seja concedida tutela ou medida liminar (desde que, repita-se, presentes os pressupostos para sua concessão).

É o que se extrai da própria Lei Brasileira de Arbitragem, com a alteração que foi dada pela Lei nº 13.129/2015:

“DAS TUTELAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”.

Ou seja, há norma jurídica (válida, vigente e eficaz¹³), prevendo a possibilidade de que o contribuinte, em optando por submeter a análise dos seus Embargos à Execução Fiscal para um Tribunal Arbitral, possa requerer ao Poder Judiciário a concessão de medida liminar ou tutela, para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (principalmente em razão de que a Execução Fiscal já estará devidamente garantida por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, meios com grande liquidez) e enquanto não foi constituído o Tribunal Arbitral.

Se a necessidade da concessão da tutela for posterior à instituição da arbitragem, tal pleito será direcionado ao próprio Tribunal Arbitral (que, inclusive, terá a competência de manter, modificar ou revogar a tutela de urgência concedida anteriormente pelo Poder Judiciário). Este Tribunal Arbitral terá, inclusive, a competência para analisar o pedido de efeito suspensivo feito pelo Executado em seus Embargos à Execução Fiscal.

Ocorre que, visando a substituição da atuação do Poder Judiciário (inclusive no exemplo acima), diversos regulamentos de Câmaras Arbitrais já têm a previsão do “árbitro de emergência”, atuante na fase pré-arbitral, e que se apresenta como uma alternativa bastante interessante para evitar o ajuizamento de medidas judiciais perante o Poder Judiciário.

13. conforme CARVALHO (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 7 ed., 2018. P. 463-478):

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

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Esse “árbitro de emergência” aperfeiçoa a arbitragem ao outorgar-lhe competência para a análise de determinadas demandas que serão objeto de análise por parte do Tribunal Arbitral posteriormente, e que, por uma questão temporal, ainda não foi instaurado.

Logicamente, o que salta aos olhos do leitor neste momento, é a indignação de que um árbitro possa determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em suposta afronta ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Será, então, que o projeto de lei, ao aplicar subsidiariamente a Lei Brasileira de Arbitragem, não estaria em seu nascedouro eivado de inconstitucionalidade?

Antes de mais nada destaco que a Lei Brasileira de Arbitragem, em sua redação original, assim como ocorre com a maioria de normas jurídicas deste País, já teve sua constitucionalidade questionada e submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, tendo sido reconhecida por esse Tribunal Superior no ano de 2001¹⁴.

É bem verdade que a previsão para a concessão de tutelas ou medida liminar, por parte do Poder Judiciário somente foi inserida na Lei Brasileira de Arbitragem na modificação introduzida pela Lei n 13.129, de 2015, que introduziu o capítulo IV-A: Das Tutelas Cautelares e de Urgência¹⁵, ou seja, não foi objeto de análise por parte daquele Tribunal quando da análise da constitucionalidade da norma jurídica.

14. STF. Sentença Estrangeira (SE) nº 5.206. relator Ministro Sepúlveda Pertence. Relator para acórdão Min. Nelson Jobim. DJ 30.04.2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13633/false>. Acesso em 17 nov. 2020.

15. Desconhece-se até o final da elaboração deste estudo, qualquer discussão sobre a sua constitucionalidade.

Mas como já tive a oportunidade de me manifestar¹⁶, a solução desse dilema é resolvida pela análise sistemática das normas jurídicas vigentes em nosso País.

Não obstante a disposição contida na Constituição Federal, o Código de Processo Civil de 2015 (veículo competente para a instituição da legislação processual brasileira), em seu artigo 3º, ao repetir o enunciado prescritivo contido no já citado artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, dispôs sobre *outras formas alternativas de solução de conflito ao lado da jurisdição estatal*, permitindo a arbitragem *na forma da lei*¹⁷, que deverá ser, ao lado de outros métodos de solução de conflitos, estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no *curso do processo judicial* (§§1º e 3º)

Ainda da análise do Código de Processo Civil, extrai-se a determinação para que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165), não excluindo outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais *ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica* (art. 175).

Assim, conjugando-se o texto constitucional com as disposições do Código de Processo Civil, não existem mais dúvidas de que a arbitragem decorre da *atividade jurisdicional no âmbito privado*, plenamente reconhecida e estimulada pela legislação processual brasileira, sendo plenamente válida a atuação dos árbitros no Tribunal Arbitral e, portanto, do próprio árbitro de emergência, para a concessão de tutelas e, portanto, para a determinação da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

16. Em artigo intitulado “Quebrando paradigmas para a arbitragem tributária”, ainda inédito.

17. É importante lembrar que já existe a Lei Brasileira de Arbitragem nesse sentido: Lei nº 9.307/96.

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Em outras palavras, a criação de Tribunais Arbitrais e os poderes atribuídos aos árbitros encontram amparo na legislação processual civil e na Lei Brasileira de Arbitragem, que reiteradamente é prestigiada nos mais diversos acórdãos do Poder Judiciário, principalmente do Superior Tribunal de Justiça.

Acerca da valorização da arbitragem pelo Poder Judiciário, peço licença para trazer ao conhecimento do leitor a notícia veiculada no sítio do Superior Tribunal de Justiça (outubro de 2020), intitulada “Juízo arbitral pode reanalisar mérito de sentença judicial em cautelar pré-arbitral, inclusive quanto a honorários”¹⁸, que reforça o princípio da competência-competência do Tribunal Arbitral, bem como tudo o que foi argumentado até este momento:

“DECISÃO

21/10/2020 07:50

Juízo arbitral pode reanalisar mérito de sentença judicial em cautelar pré-arbitral, inclusive quanto a honorários

Após a instauração da arbitragem, o juízo arbitral passa a ser competente para processar a ação que já tenha sido iniciada no Poder Judiciário, cabendo a ele reanalisar as medidas eventualmente concedidas e, inclusive, dispor de forma definitiva sobre os honorários de sucumbência.

Com esse entendimento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá competente para julgar a apelação – inclusive em relação aos honorários – nos autos de medida cautelar antecedente de arbitragem proposta por uma empresa para solucionar controvérsias em processo de incorporação de outra do mesmo ramo.

18. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[705](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21102020-Juizo-arbitral-pode-reanalisar-merito-de-sentenca-judicial-em-cautelar-pre-arbitral--inclusive-quanto-a-honorarios.aspx#:~:text=2020%2019%3A37-,Ju%C3%ADzo%20arbitral%20pode%20reanalisar%20m%C3%A9rito%20de%20senten%C3%A7a%20judicial%20em%20cautelar,arbitral%2C%20inclusive%20quanto%20a%20honor%C3%A1rios&text=Considerando%2Dse%20incompetente%20para%20apreciar,ao%20ju%C3%ADzo%20arbitral%20rec%C3%A9m%2Dinstalado.>. Acesso em 10 nov. 2020;</p></div><div data-bbox=)

A cautelar foi ajuizada e sentenciada antes da instauração da arbitragem. Considerando-se incompetente para apreciar a apelação, o tribunal estadual determinou a remessa imediata dos autos ao juízo arbitral recém-instalado. Em seguida, contudo, acolhendo embargos de declaração, o tribunal confirmou a sentença quanto aos honorários de sucumbência em favor dos advogados da autora da cautelar, arbitrados em cerca de R\$ 14,5 milhões (10% do valor atualizado da causa).

Consectário do mérito

A parte contrária, ao suscitar o conflito de competência no STJ, alegou que todas as questões discutidas na apelação foram transferidas para o tribunal arbitral, que poderá manter, alterar ou revogar a medida cautelar – dispendo, inclusive, sobre a sucumbência.

A relatora do conflito, ministra Isabel Gallotti, afirmou que, embora o tribunal estadual tenha se considerado incompetente para julgar o mérito da apelação, “exarou decisão a respeito dos consectários de sucumbência, a qual decorreria do futuro juízo de mérito a propósito do recurso”.

Segundo ela, o capítulo da sentença referente à sucumbência não é autônomo, mas consectário do que vier a ser decidido acerca do mérito. Para a ministra, antes do trânsito em julgado não há direito à sucumbência, pois o julgamento de todos os recursos poderá levar à inversão dos honorários ou ao seu redimensionamento.

Competência temporária

No caso sob análise, a ministra assinalou que a circunstância de o julgamento da apelação ter sido transferido para o tribunal arbitral não retira da apelante o direito de ter suas razões plenamente examinadas, inclusive no tocante aos honorários de sucumbência.

De acordo com Isabel Gallotti, a permissão do processamento, prévio à instauração da arbitragem, de medida cautelar perante o órgão de jurisdição estatal deriva do princípio do poder geral de cautela.

“É possível o prévio ajuizamento de ação para adoção de medidas urgentes perante o Poder Judiciário, mas a atribuição para processá-la, após a instauração da arbitragem, passa imediatamente a ser do juízo arbitral”, afirmou. “A Justiça estatal atua, até a instauração do tribunal arbitral, de forma substitutiva, cedendo à Justiça competente tão logo possa atuar no feito, de modo que a competência do Judiciário estatal é temporária e provisória”, lembrou.”

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Note-se, no caso acima, que o Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de adoção de medidas urgentes (em nítida consonância com o capítulo IV-A da Lei Brasileira de Arbitragem), cuja competência da análise será do Tribunal Arbitral, *tão logo seja instaurado*.

Mas não é só.

No dia 17 de novembro deste ano, o próprio Presidente do Superior Tribunal de Justiça defendeu o incentivo a métodos alternativos para conflitos em meio à crise do coronavírus. Vejamos a informação constante no sítio desse Tribunal¹⁹:

“EVENTOS

17/11/2020 17:05

Presidente do STJ defende incentivo a métodos alternativos para conflitos em meio à crise do coronavírus

“É preciso reconhecer que, especialmente em tempos de crise sanitária e econômica, há limites para a expansão do Poder Judiciário”, afirmou nesta terça-feira (17) o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho da Justiça Federal (CJF), ministro Humberto Martins, ao defender a ampliação dos métodos consensuais para solucionar conflitos sem a “intervenção do Estado-juiz”. A declaração ocorreu durante o webinar Validade e Segurança Jurídica de Acordos Formalizados Perante Instituições Privadas de Mediação, promovido pela Câmara Intersindical de Mediação de Conflitos (Cimec).

O presidente da corte chamou a atenção para a sobrecarga do Judiciário diante da “cultura da litigância”. O ministro citou dados do último relatório Justiça em Números, segundo os quais, em 2019, tramitou no Brasil um “número excessivamente hercúleo” de mais de 112 milhões de ações judiciais.

De acordo com Humberto Martins, os recursos materiais e humanos para atender a essa demanda são limitados, com pouco mais de 18 mil magistrados e cerca de 446 mil servidores e colaboradores. “Apesar de todas as dificuldades, os dados mostram que esse contingente de pessoas, juntas, conseguiram solucionar mais de 35 milhões de casos em 2019”, ressaltou.

19. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17112020-Presidente-do-STJ-defende-incentivo-a-metodos-alternativos-para-conflitos-em-meio-a-cri-se-do-coronaviru.aspx>>. Acesso em 18 de nov. 2020;

Avanços legais

O ministro fez um apanhado histórico da evolução legislativa das ferramentas de desjudicialização no país. Ele destacou o desenvolvimento de um arcabouço legal específico ao longo das últimas décadas, a exemplo da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996), da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Martins ressaltou ainda os crescentes esforços do Judiciário no sentido de incentivar a adoção dos meios alternativos para resolver disputas e democratizar o acesso à Justiça. Mencionou a realização anual das semanas nacionais de conciliação pelos tribunais brasileiros, desde 2006, e a edição da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que criou a política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.

“Desde que utilizados com critérios, os meios alternativos de solução de conflitos são importantes parceiros do Judiciário, principalmente por seus fundamentos funcional, social e político, que pressupõem eficiência e pacificação”, declarou.

Segurança jurídica

Segundo o presidente do STJ, a validade dos acordos firmados por meio de mecanismos de solução extrajudicial possui amparo legal. Humberto Martins lembrou, por exemplo, que os consensos alcançados em instituições de mediação dispõem da possibilidade de homologação judicial nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc).

Além disso, ele frisou que o estímulo à desjudicialização preserva o respeito ao exercício do direito de ação. “A opção por soluções consensuais não significa que os conflitos que não forem resolvidos fiquem para sempre excluídos da apreciação do Judiciário”, garantiu.

Papel do STJ

Após sua palestra, o presidente do tribunal respondeu a perguntas apresentadas pelo público virtual. Os questionamentos giraram em torno da posição do STJ a respeito da validade jurídica dos acordos celebrados em câmaras privadas de mediação. “Infelizmente, no Brasil, o combinado costuma não ser respeitado. Por isso, também, o Judiciário acaba sendo abarrotado”, criticou o mediador do evento, o advogado empresarial Adelmo Emerenciano.

Em resposta, o ministro Humberto Martins afirmou que o tribunal vem ratificando os acordos de solução extrajudicial de disputas entre particulares, em sintonia com o novo Código de Processo Civil. Ele também destacou o trabalho desenvolvido pelo Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do STJ, coordenado pela ministra

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Nancy Andrighi. Ainda de acordo com o presidente, o prestígio dos métodos consensuais já está internalizado no dia a dia dos ministros.

“O ministro, antes de decidir, dialoga com as partes. Por isso, sou favorável à presença física. É muito mais fácil enxergar a verdade real estando próximo, apertando as mãos, sentindo as palavras, em meio ao calor humano” – concluiu”.

Trata-se, portanto, de *uma nova interpretação sobre a função jurisdicional do Estado*, não se limitando apenas ao Poder Estatal, *mas também por outros meios alternativos e previstos no Código de Processo Civil*, dentre eles, a arbitragem.

O “árbitro de emergência” dentro desse contexto, como parte integrante do Tribunal Arbitral que será instaurado, aperfeiçoará a arbitragem atendendo previamente demandas a ele submetidas (e, a meu ver, com muita tranquilidade, o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário), que, apenas por um problema de decurso do tempo e formalidades administrativas, ainda não foi instaurado.

Dessa afirmação conclui-se que a decisão do árbitro de emergência (se previamente à instauração do Tribunal Arbitral), ou do corpo de árbitros (após a instituição desse Tribunal), determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, *por se tratar de uma atividade jurisdicional no âmbito privado*, enquadra-se no conceito de concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, *em outras espécies de ação judicial* e, portanto, já está prevista no artigo 151, V, do CTN, não havendo a necessidade de qualquer inclusão expressa nesse artigo.

ESCOBAR²⁰, ao analisar a norma jurídica em discussão, assim se posicionou:

“Ainda quanto à previsão em lei complementar dos efeitos da sentença arbitral em matéria tributária, vale ressaltar que o inciso V do art. 151 foi acrescido quando da promulgação da LC 104/01, justamente por causa da necessidade de ampliação da interpretação

20. ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. *Viabilização da Arbitragem Tributária por ato administrativo: indissociáveis lições da experiência internacional do regulamento UNCITRAL e a latência do papel protagonista da AGU e da CCAF*. Artigo inédito.

da previsão contida no inciso IV do mesmo artigo que restringia a suspensão apenas quando concedida “medida liminar em mandado de segurança”. Desta maneira, ao ampliar as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, optou o legislador em inserir dispositivo amplo, permitindo a suspensão tanto em concessão de medidas liminares quanto de tutelas antecipadas em “outras espécies de ação judicial”, sendo despidendo digressionar sobre a reiteração prática da concessão de medidas cautelares ou de urgência em procedimentos arbitrais, diante da dicção do parágrafo único do art. 22-B da LBA que permite aos árbitros, inclusive, “manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”.

Como acima demonstrado, apesar dos efeitos da sentença arbitral já se encontrarem devidamente insculpidos no CTN como hipóteses claras de suspensão e extinção do crédito tributário, natural que os tributaristas reajam instintivamente pretendendo a inserção expressa de previsão da arbitragem tributária no bojo do CTN e não apenas de seus efeitos.

Todavia, esse ímpeto inicial também não se sustenta, por caminhos já percorridos por discussões pretéritas, haja vista que arbitragem é matéria afeita ao processo civil e ao direito civil e tendo sido plenamente veiculada por lei ordinária – LBA – cumpriu o seu papel normativo de forma harmônica, relegando ao CTN apenas prever os efeitos das sentenças arbitrais, sem que essa conclusão imponha qualquer sorte de afronta à previsão do art. 146, inciso II da CF/88”.

Ainda sobre o tema em discussão, não é por demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido em dezembro de 2019, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.405/RS²¹, ao analisar a constitucionalidade da Lei n° 11.475, de 2000, do Estado do Rio Grande do Sul (que criou novas formas de extinção do crédito tributário, dentre outras disposições, e que supostamente afrontaria o artigo 146, III, “b”, da CF/88 que exige a edição de Lei Complementar para tratar de normas gerais em matéria de legislação tributária),

21. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2405. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341354971&ext=.pdf>. Acesso em 19 nov. 2020;

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

reconheceu que a possibilidade da lei ordinária criar novas modalidades de extinção e *suspensão* do crédito tributário.

Do voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, destaco:

“No tocante à edição de leis tributárias, o legislador constituinte distribuiu entre a União, Estados e Distrito Federal a competência legislativa concorrente em matéria de direito tributário, reservando ao ente central (União) o protagonismo necessário para a edição de normas de interesse geral e, aos demais, a possibilidade de suplementarem essa legislação geral. É o que se depreende da leitura do art. 24, inciso I, da Constituição da República.

Assim, coube à Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN) a função de instituir as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

(...)

Com essas premissas, da mesma forma como delineado no julgamento cautelar da presente ação, entendo que a *Constituição Federal não reservou à lei complementar o tratamento das modalidades de extinção e suspensão dos créditos tributários, à exceção da prescrição e decadência, previstos no art. 146, III, b, da CF*” (grifei).

Ora, se os Estados podem editar leis ordinárias para tratar sobre outras formas de extinção e *suspensão* do crédito tributário, ainda mais pode ser editada uma lei ordinária, de amplitude nacional, que ao direcionar a análise dos Embargos à Execução Fiscal para um Tribunal Arbitral, venha também incluir essa hipótese como uma das formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (ficando, aqui, até uma sugestão de emenda para o projeto de lei, não obstante, como já demonstrado, sequer há essa necessidade).

Fica comprovada, portanto, a desnecessidade de legislação complementar para as situações constantes neste estudo, para que ocorra a suspensão da exigibilidade do crédito tributário a ser decretada por uma árbitro de emergência ou por um Tribunal Arbitral, caso o projeto de lei venha a ser aprovado na redação inicialmente mencionada.

E apenas para que não parem dúvidas, não custa lembrar que a Lei Brasileira de Arbitragem *não é exclusiva para aplicação em questões comerciais ou societárias*, sendo plenamente viável sua aplicação ao Direito Tributário de forma subsidiária.

Isto porque, da simples leitura da Lei Brasileira de Arbitragem já é possível afirmar, com muita tranquilidade, que ela não faz qualquer vinculação a ramos específicos do Direito.

Partindo de uma análise das disposições gerais aplicáveis à arbitragem (arbitrabilidade objetiva e subjetiva), regras e princípios e a formação e procedimentos da arbitragem (convenção de arbitragem, procedimento arbitral, instauração, tutelas e carta arbitral), posteriormente tratando da qualidade subjetiva de quem pode ser árbitro e encerrando com as disposições necessárias na prolação da sentença arbitral e do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, ainda que a Lei Brasileira de Arbitragem tenha sido pensada e elaborada visando questões contratuais e societárias (com o largamente se alega), *jamaiz trouxe qualquer limite temático nesse sentido*, podendo (*e devendo*) ser aplicada a qualquer ramo do Direito (inclusive o Tributário), desde que visando a solução de conflitos e seja decorrente da vontade das partes.

ESCOBAR²², em artigo inédito até a data da conclusão deste estudo, trouxe o mesmo entendimento:

“Da constatação do final do tópico anterior, outra que parece óbvia, faz-se necessária, qual seja, a de que a LBA não é um diploma que dispõe sobre arbitragem comercial, mas sim sobre arbitragem *lato sensu*, tanto que define, entre outras questões, a convenção de arbitragem e seus efeitos, o mesmo fazendo em relação aos árbitros, ao procedimento de arbitragem e à sentença arbitral e suas hipóteses de anulação.

A LBA não restringe sua utilização às arbitragens comerciais, de forma que outros segmentos do Direito que não a utilizavam até recentes alterações legislativas, quando inseridas as devidas

22. ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. *Viabilização da Arbitragem Tributária por ato administrativo: indissociáveis lições da experiência internacional do regulamento UNCITRAL e a latência do papel protagonista da AGU e da CCAF*. Artigo inédito.

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

autorizações legais, passaram a fazê-lo como forma de dirimir suas controvérsias, haja vista o acréscimo do art. 507-A na CLT. Ressaltamos o exemplo trabalhista, posto que não vacilou – e para que arbitragem fosse, não poderia fazê-lo de outra maneira –, ao prever na legislação base (CLT) a permissão pela adoção do instituto, que evidentemente remete as diretrizes já sedimentadas da LBA, visto que o procedimento, por causa de suas peculiaridades, foi customizado pelas instituições.

A prática demonstra que as instituições arbitrais recebem pedidos de instauração de procedimentos nos termos da LBA, e como há a possibilidade da mesma instituição ostentar regulamentos diferentes para tipos diversos de arbitragens (comercial, trabalhista), com base na vinculação constante na convenção arbitral, direciona-se o conflito para o regulamento correspondente, ou seja, utiliza-se o regulamento UNCITRAL em casos de disputas comerciais, ou lança-se mão do regulamento específico para demandas trabalhistas, para causas dessa natureza.

E os motivos pelos quais as grandes Câmaras de todo o globo utilizam o regulamento da UNCITRAL merece um parêntese, pois será desta excelência que retiraremos o exemplo histórico para o advento da arbitragem tributária no Brasil”.

Superada a proposta de redação dada ao artigo 16-A, da Lei de Execuções Fiscais (que, a meu ver, causa a controvérsia anteriormente mencionada e exige uma atenção mais especial), os demais artigos tratam de procedimentos da arbitragem, permitindo um diálogo entre a Lei Brasileira de Arbitragem com a realidade do Direito Tributário.

Inclusive, estabelece e limita a fixação de honorários advocatícios, previsão pouco comum em arbitragens societárias e comerciais.

A proposta de redação ao artigo 16-F apresenta, ainda, a necessidade de a sentença arbitral ser passível de nulidade se 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.

Tema de grande discussão na arbitragem, entendo ser perfeitamente (e necessariamente) aplicado na arbitragem

direcionada ao Direito Tributário, principalmente em face da grande judicialização de normas tributárias dessa seara.

Mas esse não é o tema do nosso estudo, que ficará para uma nova oportunidade.

CONCLUSÃO

Como tive a oportunidade de expor neste estudo, para a instituição da arbitragem no âmbito do Direito Tributário não há necessidade de qualquer lei complementar para suspender a exigibilidade do crédito tributário, já que existe previsão expressa no Código Tributário Nacional nesse sentido.

Ainda que assim não o fosse, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a Constituição Federal não reservou a matéria de extinção e suspensão do crédito tributário à lei complementar.

A lei ordinária, em sentido estrito, por si só já é suficiente para que situações fáticas e de direito sejam submetidas à arbitragem.

Além disso, a Lei nº 9.307/96 não é aplicável apenas a questões contratuais ou societárias, já que trata apenas sobre os requisitos necessários para a instituição de uma arbitragem.

Portanto, diante da sua generalidade, deve ser usada subsidiariamente em qualquer outro ramo do Direito onde se pretenda instituir uma arbitragem, inclusive no Direito Tributário.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugênio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México. Distribuciones Fontamara, 1997, p. 62.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 72.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em 12/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21102020-Juizo-arbitral-pode-reanalisa-merito-de-sentenca-judicial-em-cautelar-pre-arbitral-inclusive-quanto-a-honorarios.aspx#:~:text=2020%2019%3A37,-,Ju%C3%ADzo%20arbitral%20pode%20reanalisa%20m%C3%A9rito%20de%20senten%C3%A7a%20judicial%20em%20cautelar,arbitral%2C%20inclusive%20quanto%20a%20honor%C3%A1rios&text=Considerando%2Dse%20incompetente%20para%20apreciar,ao%20ju%C3%ADzo%20arbitral%20rec%C3%A9m%2Dinstalado.>>. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17112020-Presidente-do-STJ-defende-incentivo-a-metodos-alternativos-para-conflitos-em-meio-a-cri-se-do-coronaviru.aspx>>. Acesso em 18 de nov. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2405. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341354971&ext=.pdf>. Acesso em 19 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira (SE) nº 5.206. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Relator para acórdão Min. Nelson Jobim. DJ 30.04.2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13633/false>. Acesso em 17 nov. 2020.

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

CARVALHO, Paulo de Barros. *Algo sobre o Constructivimos Lógico-Semântico*. Carvalho. Paulo de Barros (coord).

CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Constructivismo Lógico-Semântico*. Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 6.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19 ed. São Paulo: Saraiva. p. 11.

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

ESCOBAR, Marcelo Ricardo Wydra. *Viabilização da Arbitragem Tributária por ato administrativo: indissociáveis lições da experiência internacional do regulamento UNCITRAL e a latência do papel protagonista da AGU e da CCAF*. Artigo inédito.

ROBLES, Gregorio. *Teoria del Derecho - Fundamentos de La Teoria Comunicacional del Derecho*. Vol. I. Navarra: Thomson, Civitas. p. 123.

SCAVINO, Dardo. *A Filosofia Atual: Pensar sem certezas*. São Paulo: Noeses, 2014.

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