

A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E O SISTEMA BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

TAX ARBITRATION AND THE BRAZILIAN DISPUTE RESOLUTION SYSTEM

Agenor Lima Bento¹

Demetrius Nichele Macei²

RESUMO:

O presente trabalho visa trabalhar o instituto da arbitragem na execução fiscal no Brasil e as formas de resolução de conflitos existentes, com a possibilidade ou não de adoção de outras medidas. No Brasil, a tutela jurisdicional é realizada pelo Poder Judiciário, que está dividido em níveis federal e estaduais. As execuções fiscais são os tipos processuais que mais ocupam o sistema judiciário brasileiro, de forma que abarrotam o Poder Judiciário, dificultando a célere resolução de outros conflitos sociais.

Palavras-chave: arbitragem; tutela jurisdicional; Poder Judiciário; conflitos sociais.

ABSTRACT:

The present work aims to work on the institution of arbitration in tax enforcement in Brazil and the forms of resolving existing conflicts, with the possibility or not of adopting other measures. In Brazil, judicial protection is carried out by the Judiciary, which is divided into federal and state levels. Tax executions are the procedural types that most occupy the Brazilian judicial system, in a way that overflows the Judiciary, making it difficult to quickly resolve other social conflicts.

Keywords: arbitration; judicial protection; Judicial power; social conflicts.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método de composição de conflitos, realizado por terceiro imparcial, regulamentada em solo brasileiro pela Lei 9307/96, conhecida como Lei da Arbitragem. A lei, apesar de antiga no Brasil (1996), não é muito utilizada pela sociedade brasileira.

¹ Mestrando na UNICURITIBA, professor universitário na UNISUL, Advogado, <http://lattes.cnpq.br/3203315724168162>, e-mail: agenordelima@msn.com

² Doutor pela PUC/SP. Professor do Corpo Permanente do PPGD do UNICURITIBA. <http://lattes.cnpq.br/8913796337992460>, e-mail: demetriusmacei@gmail.com



No Brasil, a tutela jurisdicional é realizada pelo Poder Judiciário, que está dividido em níveis federal e estaduais. As execuções fiscais são os tipos processuais que mais ocupam o sistema judiciário brasileiro, de forma que abarrotam o Poder Judiciário, dificultando a célere resolução de outros conflitos sociais.

O presente ensaio visa trabalhar o instituto da arbitragem na execução fiscal no Brasil e as formas de resolução de conflitos existentes, com a possibilidade ou não de adoção de outras medidas.

Esta pesquisa, quanto ao nível, é classificada como de natureza exploratória. De acordo com Leonel e Marcomim (2015) entende-se como estudo exploratório aquele que tem o intuito de aproximar o pesquisador de um problema do qual se tenha pouca familiaridade ou seja pouco conhecido.

No que se refere à abordagem, trata-se de natureza qualitativa, afinal, conforme Minayo (2007), classificam-se como qualitativas as pesquisas que têm a finalidade de analisar o significado e se aprofundam nos aspectos da realidade não visíveis e que precisam ser expostas pelo próprio pesquisador.

Para os liberais iluministas, as diferenças ocorriam quando não havia razão, de forma que, pelos pensamentos liberais, os homens, antes mesmo da criação dos códigos de conduta, possuíam regras internas nas comunidades, necessárias para o cumprimento e seguimento de todos.

A vida social, para sua correta e cordial existência, necessita de certa regulação, pois sem ela, os atores sociais seguem, cada qual o seu próprio desejo e caminho. A vida social, tal como lançada entre nós, é uma constante resolução de conflitos, de forma que devemos utilizar as técnicas necessárias no cotidiano para a sua solução pacífica e tranquila.

Para aprofundarmos o tema, devemos conceituar o que é conflito e as formas de resolvê-lo. Contudo, quem tenta conceituar conflito, acaba encontrando óbice natural no seu próprio significado.

Ao utilizar o conceito popular, podemos classificar conflito como uma falta de entendimento entre duas ou mais pessoas. Luciana Aboim Machado Gonçalves Silva (2013) disserta:

Não existe um, nem apenas um fenômeno que comporte, com propriedade, ser denominado conflito.

Assim os dilemas intrapsíquicos; as diferenças no plano exclusivo das ideias ou doutrinas, as competições e disputas esportivas, econômicas ou políticas, as manifestações violentas infensas ao limite físico da autoridade ou da autocontinência; apenas para dar alguns exemplos mais próximos.

No campo do direito e das investigações judiciais em geral, é muito comum empregar o termo conflito com referência na projeção judiciária a que são submetidas às controvérsias. Para esses casos o tratamento judiciário constitui a regra na maioria das sociedades do Ocidente.

Vale salientar, por oportuno, que o conceito de conflito pode ser diferente de acordo com a área em estudo. Ainda dos ensinamentos de Silva (2013), colhemos:

Entre os juristas que enfatizam a associação de conflito e jurisdição, há os que se inclinam por um olhar pré ou paraprocessual do problema intersubjetivo, e para esses torna-se central a ideia de “lide” ou pretensão resistida. Outros, por sua vez, reservam o emprego do termo conflito para designar mais especificamente a ação (processo, demanda, litígio, controvérsia ou disputa) judiciária. Por esses dois olhares, todavia, o importante na caracterização do conflito é apreendê-lo como um fenômeno susceptível a alguma intervenção da justiça estatal.

Não há por que sustentar que o termo conflito deva ser prisioneiro de qualquer dessas ou mesmo de outras apropriações. De igual modo, não há também motivo que valide a conceituação arbitrária do conflito exclusivamente por uma de suas diversas acepções ou campos de utilização.

Isso não autoriza, por outro lado, que em cada uma das regiões específicas do conhecimento a noção de conflito possa ser empregada de modo impreciso e mediante acepções não explicitamente delimitadas. A generalidade ou a heterogeneidade com que a noção de conflito é empregada, antes que dispensar, muito ao contrário, impõe um redobrado esforço de rigorosa conceituação. Até para que, nas pesquisas e interlocuções interdisciplinares possa ficar claro com que exata acepção, a cada momento e em cada circunstância, o termo conflito é utilizado.

No mesmo sentido, falando sobre conflito, trazemos ao debate seu conceito sociológico que, nas lições de SIMMEL (1964), explica:

Conflito é admitido por causar ou modificar grupos de interesse, unificações, organizações. Por outro lado, pode parecer paradoxal na visão comum se alguém pergunta se independentemente de quaisquer fenômenos que resultam de condenar ou que a acompanham, o conflito é uma forma de socição. À primeira vista, isso soa como uma pergunta retórica. Se todas as interações entre homens é uma socição, o conflito, - afinal uma das interações mais vivas, que, além disso não pode ser exercida por um indivíduo sozinho, - deve certamente ser considerados como socição.

Com a criação de Estados democráticos, os cidadãos devem passar a obedecer àquilo que o Poder Judiciário determina, com base nas leis aprovadas pelo Parlamento. Importante frisar que, na atualidade, as sociedades alcançaram um alto grau de complexidade e litígio. Na sociedade hodierna, o litígio passou a fazer parte do cotidiano das pessoas. Colhemos das lições de Luiz Fernando do Vale Almeida (2022):



Dessa forma, em virtude do medo, o homem teria entendido por bem abdicar de certas liberdades, criando um ente superior ao indivíduo em si e fazendo concessões a tal ente, para que este pudesse cuidar de criar limites, normas e punições para os abusos, a fim de se manter a paz social. Portanto, para Hobbes, o Estado teria nascido da necessidade do homem de criar regras para que o indivíduo, em seu estado de natureza, não atentasse contra si mesmo.

Ainda de Vale Almeida (2022):

Por outro lado, John Locke, contemporâneo e partidário de Hobbes, reformulou a visão do chamado estado de natureza, principalmente em sua obra *Dois tratados sobre o governo civil* (1690), de onde reservou a visão de que o indivíduo seria mais importante e preexistente à própria sociedade, sendo certo que este autor se opunha à figura belicosa do homem a que aludia o *Leviatã*.

Para Locke, mesmo na aparente harmonia, o estado de natureza não estava isento de certos conflitos e disputas que somente a criação de uma sociedade política normatizada poderia resolver. Isso se deu com a celebração de um contrato social.

Sabemos que é "difícil definir o conflito (que se reveste de múltiplas formas em diferentes contextos), pode-se dizer que ele é um desacordo, uma contradição ou uma incompatibilidade entre posições apresentadas a partir da incompatibilidade entre objetivos, cognição e emoções" (Tartuce, 2020).

Dissertando sobre conflito, colhemos da doutrina de Messa (2021):

O tema dos conflitos na teoria social tem sido objeto de amplo debate doutrinário, com abordagem em diversas disciplinas, desde a Sociologia até a Ciência Política. O estudo dos conflitos que surgem nas relações humanas é questão controversa, pois não há na doutrina critérios coordenados e seguros para identificar num denominador comum seus elementos característicos.

Continua Messa (2021), dizendo:

Apesar da existência de opiniões díspares sobre os elementos que integram os conflitos presentes em todas as relações humanas, há consenso nas contribuições doutrinárias de que a gênese do conflito reside na sociabilidade inerente à condição humana. Um conflito pode ser definido como a diferença entre dois objetivos que são buscados por parte de uma sociedade, ou seja, o conflito existe quando duas ou mais pessoas entram em desacordo porque as suas opiniões, desejos, valores e/ou necessidades são incompatíveis.

Messa (2021) ensina:

Neste quadro, verificamos que na sua feição positiva, o conflito é desenvolvido por teorias e modelos de administração dos conflitos para criar aptidão de lidar e resolver com as divergências em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis. Já a feição negativa é extraída do reconhecimento de que jamais será possível suprimir o conflito da vida em sociedade, e que é revelado pela combinação do seu potencial desagregador.

Vale dizer que, na época primitiva, os conflitos eram resolvidos por meio da autotutela ou autodefesa, quando se fazia justiça com as próprias mãos. A autotutela permite ao particular utilizar-se da coerção para alcançar o seu direito, havendo a prevalência do mais forte sobre o mais fraco, em que havia a solução do conflito pela utilização da força.

Não duvidamos, contudo, que no Brasil há a cultura da sentença, ou seja, a parte necessita ser condenada por um juiz, como se este fosse um genitor, alguém que pode dizer o sim e o não com relação à vida privada das pessoas.

Há de se lembrar, também, o mito de que ambas as partes desejam um processo célere e em tempo razoável. Não é demais lembrar que no processo, sempre uma das partes não tem o desejo da rápida solução do conflito. Esta parte pode ser o autor, que tem a seu favor uma decisão interlocutória que o beneficia ou o réu, que é devedor, sabe que deve, mas que enquanto o juiz não certificar o Direito do autor, aquele nada pode fazer para satisfazer seu Direito.

Por isso, necessário é que métodos alternativos de resolução de conflitos façam parte do dia-a-dia da vida em sociedade, de forma a utilizar não apenas o Poder Judiciário como resolutor de conflitos sociais, mas também a criação e utilização de mecanismos outros aptos a aproximar as partes em litígio, de modo que possam chegar a um consenso justo sobre a pendência que os aflige.

O Direito existe para evitar os conflitos sociais ou, caso existam, que estes possam ser resolvidos de forma mais justa possível, dentro daquilo que determina a lei e as condições básicas da humanidade.

A arbitragem não é nova no Brasil, com registros nas Ordenações Filipinas, e no Regulamento 737 de 1850 sendo, contudo, atualmente regulamentada pela Lei 9307/1996. No Regulamento 737/1850, a previsão dizia, no Título VII, Capítulo I, na sua versão original:

Art. 411. O Juízo arbitral ou é voluntario ou necessario:

§ 1.º E' voluntario, quando é instituido por compromisso das partes.

§ 2.º E' necessario, nos casos dos [arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Código Commercial](#), e em todos os mais, em que esta fórmula de Juízo é pelo mesmo Código determinada.

Atualmente, a Lei da Arbitragem está dividida em sete capítulos, quais sejam: disposições gerais, da convenção de arbitragem e seus efeitos, dos árbitros, do procedimento arbitral, da sentença arbitral, do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e, por último, das disposições finais.

A "novel" legislação trouxe duas excelentes novidades: a primeira é a dispensa da necessidade de homologação da sentença arbitral pelo juiz de Direito, indicando uma excepcional independência ao juízo arbitral, que agora dispõe de executoriedade das suas decisões. A segunda é o caráter vinculante da cláusula compromissória de arbitragem, de forma que, se uma das partes não desejar submeter o litígio ao juízo arbitral, pode a outra exigir que se proceda da forma entabulada, deslocando a competência do juízo comum para o arbitral.

Inclusive, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe importante novidade, dizendo:

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

X - convenção de arbitragem;

§ 5º Excetuada a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

Com o novo Código, pode o réu, em preliminar de contestação, arguir a convenção de arbitragem e, com isso, deslocar a competência do juízo estatal para o juízo arbitral. A legislação processual, inclusive, proíbe o magistrado de reconhecer a convenção de arbitragem de ofício (mantendo o que havia no vetusto Código de 1973). Vale lembrar, por oportuno, que a convenção de arbitragem é matéria que, se não for arguida em preliminar de contestação, preclui, não podendo ser arguida no futuro pelo réu.

2 AS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Atualmente, há em tramitação no Congresso Nacional, duas propostas das mais importantes que pretendem regulamentar e criar a arbitragem tributária no sistema legislativo brasileiro.

O objetivo deste capítulo é analisar cada uma das propostas, com críticas objetivas e sugestões que possam melhorar cada um dos textos legislativos indicados.

Importante consignar que é possível a alteração e criação da arbitragem tributária mediante sugestão legislativa ordinária, com a alteração das leis vigentes atualmente no País. Corrente há que discute a necessidade de alteração mediante lei complementar, tendo em vista, nessa visão, ser necessário alterar o Código Tributário Nacional, lei nacional recepcionada como lei complementar pela Constituição Federal de 1988. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADI 2405, sob a relatoria do ministro Alexandre de Moraes, entendeu 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".

Por isso, então, as propostas legislativas ordinárias, entendemos, são suficientes para a inclusão da arbitragem tributária no sistema legal brasileiro, sem a necessidade de alteração por lei complementar ou emendas constitucionais.

Que as execuções fiscais são o maior gargalo do Poder Judiciário, isso não é novidade para o operador do Direito. No relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2021 (último disponível na data da escrita deste artigo), as execuções fiscais eram responsáveis por 36% dos casos pendentes de julgamento, conforme abaixo transcrito do relatório:

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 36% do total de casos pendentes e 68% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2020, apenas 13 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 6,1 pontos percentuais, passando de 73% para 66,9% em 2020.

Desta forma, urge a necessidade de se deslocar a competência de julgamento das execuções fiscais do Poder Judiciário para órgão imparcial e célere de julgamento, como no caso dos tribunais arbitrais, que utilizarão a sua celeridade para decidir, de forma justa, os litígios entre o Estado e o Cidadão.

Poder-se-ia argumentar que já há uma espécie de arbitragem na constituição do crédito tributário, pois na fase do lançamento, deve o poder público notificar o cidadão para, se desejar, apresentar defesa administrativa tributária, que suspenderá o crédito tributário. Contudo, o julgamento da defesa apresentada é realizada pelos próprios servidores fiscais, de forma que não traz, ao nosso sentir, imparcialidade no julgamento do feito, que deve ser analisado por um órgão isonômico.

Desta forma, é de se pensar na necessidade de se criar alternativas ao uso do Poder Judiciário como solucionador dos conflitos no Brasil, em especial àqueles vinculados ao sistema tributário.

Importante mencionar, ainda antes de entrarmos especificamente no tema da arbitragem, outras formas de solução de conflito, como a mediação e a conciliação.

O atual Código de Processo Civil, de forma inovadora, traz importantes menções às formas alternativas de resolução de conflitos, explicando e traduzindo o desejo do legislador pátrio na criação de sistemas outros de pacificação social que não o Poder Judiciário.

Diz a nova codificação processual civil brasileira:

Art. 165. Os tribunais criarão 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.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Analisando os métodos de resolução de conflitos, podemos perceber que há a mediação que, nas palavras de Salles (2021):

pode ser definida como um processo em que um terceiro imparcial e independente coordena reuniões separadas ou conjuntas com as pessoas envolvidas em conflitos, sejam elas físicas ou jurídicas, com o objetivo de promover uma reflexão sobre a inter-relação existente, a fim de alcançar uma solução, que atenda a todos os envolvidos. E como solução quase sempre resulta no cumprimento espontâneo das obrigações nela assumidas.

Mais recentemente, o legislador pátrio introduziu no sistema brasileiro a lei da Mediação (Lei 13.140/2015), objetivando regulamentar e disciplinar o tão importante sistema de solução de conflitos na sociedade nacional.

Por isso, mediação é "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" (Brasil, 2015).

Quando se fala em conciliação, esta, diferente da mediação, pode ser compulsória, nos termos do que prevê o artigo 334 do Código de Processo Civil. Assim, a conciliação pode ser conceituada como a "atividade do conciliador, que atua na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado."

Feitas estas breves digressões acerca dos institutos, é necessário agora adentrar ao tema proposto, qual seja, a arbitragem no campo tributário.

Fato é que a arbitragem pode, conforme já rapidamente exposto, resolver um dos maiores gargalos no sistema judicial brasileiro: as execuções fiscais.

Tributo, nos dizeres do Código Tributário Nacional (Lei Nacional 5172/1966), é "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Desta forma, o Cidadão só será devedor do tributo se este for instituído em lei, pois esta é a única fonte possível de criação dos tributos. De igual forma, deverá o tributo ser pago em moeda corrente, ou seja, em real. Vale lembrar que em alguns casos é permitida a dação em pagamento de bens imóveis, possibilitando a quitação do tributo com a entrega de bens imóveis ao Fisco (desde que seja do interesse deste, mediante prévia avaliação por perito). Ainda do conceito de tributo, importa lembrar que este é compulsório, ou seja, não há opção do contribuinte em pagar ou não o que lançado, este deve quitar o devido se houver a necessária previsão em lei e cumpridos os demais requisitos legislativos. Não pode o tributo, também, ser devido por ato ilícito pois, se o for, não será considerado tributo. Mais, a atividade de cobrança é plenamente vinculada, então, ocorrido o fato gerador, o fisco é obrigado a lançar o crédito tributário e a proceder a cobrança dos valores do devedor fiscal devidamente constituído.

Trazidos os dados do Conselho Nacional de Justiça, percebemos que os maiores gargalos da Justiça nacional, seja em âmbito estadual ou federal (aqui incluída a Justiça comum ou especializada), são as execuções fiscais, normalmente muito difíceis de serem resolvidas.

Para tentar resolver o problema da morosidade do Poder Judiciário no trato das execuções fiscais e dos processos em geral há, em tramitação no Senado Federal, o PL 4257/2019, proposta de alteração legislativa que pretende que o executado, em execução fiscal, possa optar pela arbitragem tributária se, e somente se, garantir o Juízo estatal por meio de depósito em dinheiro,

fiança bancária ou seguro garantia. A proposta também permite que a Fazenda Pública opte pela execução na via extrajudicial, levando o caso para um tribunal arbitral.

Nas razões do projeto de lei, o autor da proposta, senador Antonio Anastasia, expõe:

É certo que as execuções fiscais correspondem a percentual relevante desse custo. Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), feito em 2011, concluiu que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de apenas 25,8%.

Outro importante projeto em tramitação no Senado Federal é o PL 4468/2020, de autoria da senadora Daniella Ribeiro (Paráíba). Referido projeto institui a arbitragem para momento anterior à constituição do crédito tributário.

Diz a proposta legislativa:

Art. 1º A arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, observando o disposto nesta lei.

Parágrafo único. Este procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.

A proposta cria a arbitragem especial tributária, previamente ao ato de constituir o crédito tributário e, por isso, trará maior isonomia ao referido ato de constituição, atividade de competência exclusiva da autoridade fiscal e que poderá desafogar o Poder Judiciário, ao impedir a rediscussão do que decidido na esfera arbitral.

Da justificativa do texto proposto, colhemos:

O espaço da arbitragem, como medida de decisão de conflitos preventiva do lançamento tributário, é de expressivo alcance. Basta pensar naqueles casos que implicam inversão do ônus da prova, por presunções e similares, nas hipóteses de bases de cálculo presumidas ou dependentes de arbitramento, como “preço de mercado”, “valor venal”, valor da terra nua”, pautas de valores, definição de preços de transferência, qualificações de intangíveis, hipóteses de cabimento de analogia e equidade etc.

Formas alternativas para resolução de conflitos em matéria tributária podem ser desenvolvidas e aplicadas tanto de um modo preventivo, para aquelas situações antecedentes a contenciosos formalmente qualificados.

O que importa é que, ao final, tenha-se um ato administrativo, unilateral, constitutivo de certeza jurídica para a Fazenda Pública e contribuintes.

É de se dizer, dessa forma, que o projeto de lei proposto pela senadora Daniella Ribeiro, apesar de muito importante, precisa de alguns ajustes, que não abordaremos neste trabalho por não ser o seu objetivo. Entendemos, contudo, que o Congresso Nacional saberá, no momento oportuno, adequar os projetos para a realidade brasileira.

Tratando da arbitragem tributária, verifica-se que não há qualquer impedimento legislativo para a sua adoção antes, durante ou depois da constituição do crédito tributário. Referida medida, inclusive, é salutar para evitar a discussão no Judiciário acerca da existência dos pressupostos de constituição do crédito tributário. Inclusive, como dito, seria positivo e benéfico ao sistema da Justiça que a discussão fosse travada antes do início da fiscalização ou, até mesmo, logo após o término do procedimento administrativo fiscal que visa a cobrança do tributo pois, assim, evitaria a submissão da referida discussão ao Poder Judiciário, sendo que a este caberia tão somente a execução forçada do título emanado da arbitragem, caso a parte perdedora não cumpra voluntariamente a obrigação declarada pelo tribunal arbitral.

De toda sorte, vale consignar, seria importante a criação de uma plataforma única que vise a unificação das decisões, possibilitando, assim, a criação de uma sólida jurisprudência arbitral, evitando-se, desta forma, decisões conflitantes ou até mesmo a pulverização das sentenças arbitrais.

Assim, um sistema de arbitragem tributária para períodos antes, durante e/ou depois da constituição do crédito tributário facilitaria e traria maior celeridade ao procedimento executivo, pois dispensaria a oposição de embargos do devedor, reduzindo sensivelmente o problema do Judiciário.

Ainda, haveria a possibilidade de o devedor cumprir com a obrigação, caso saia perdedor no sistema arbitral, de forma a valorizar ainda mais a arbitragem existente.

Não é demais dizer que as decisões arbitrais são céleres e técnicas, sendo que o processo será resolvido em prazo muito menor do que aquele que o Judiciário atualmente leva para decidir (hoje, segundo o relatório Justiça em Números, do CNJ, os processos de execução fiscal levam 6 anos e 7 meses para serem resolvidos, em média, tempo demasiado para a busca do crédito tributário).

Outro ponto de destaque na questão dos projetos de lei é que estes exigem, como regra, a garantia do Juízo, o que pode inviabilizar a utilização da arbitragem por devedores desprovidos de



bens passíveis de indicação, de forma que, se prevalecer esta tese, isso pode levar ao desuso da arbitragem tributária.

A melhor tese seria a utilização dos tribunais arbitrais já existentes, possibilitando a arbitragem como forma de resolver o conflito tributário, já que a arbitragem tem se mostrado um importante meio de solução de conflitos complexos, notadamente no âmbito empresarial e dos grandes contratos administrativos, que já utilizam esta técnica em seus acordos.

Além-mar, em Portugal, o exemplo vem de forma inspiradora. O tempo médio de duração do procedimento arbitral por lá é de aproximadamente quatro meses e meio, ou seja, um prazo muito rápido para o julgamento do processo, liberando, logo em seguida, a sentença arbitral (Gonçalves, 2021).

Por lá, se criou o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que é responsável por unificar os procedimentos arbitrais e os tribunais arbitrais em várias matérias, inclusive na área tributária.

Sem dúvidas, a especialização do CAAD fez com que o Poder Judiciário português tivesse um alívio, já que as demandas tributárias são levadas a um tribunal arbitral especializado, que julga o caso de forma célere e sem recursos.

Um sério problema a ser enfrentado, infelizmente, é o alto custo da arbitragem, não só aqui, mas também em Portugal.

A título de exemplo, uma demanda de aproximadamente 100 mil euros, com designação de árbitro, alça, de custas, 12 mil euros: um valor bastante elevado para resolver o litígio.

Ponto importante também a ser analisado é a questão de quais matérias podem ser levadas ao conhecimento do árbitro. Defendemos que todas as matérias devem ser passíveis de conhecimento, sem limitações, já que o árbitro é pessoa gabaritada na questão e poderá resolver, com celeridade e acurácia, todas as matérias a ele postas.

Contudo, no PL 4468/2020 há uma limitação objetiva de matérias de fato, sendo vedada a discussão sobre lei em tese ou constitucionalidade de normas. Também, por lógico, é proibido o julgamento contrário a entendimentos consolidados pelo Judiciário ou que já houve decisão em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao tema da constitucionalidade, entendemos justa a proibição, já que não seria de bom alvitre que um órgão privado decida sobre constitucionalidade ou não de lei ou de ato normativo. Da mesma forma, entendemos justa a necessidade do árbitro em seguir julgamentos

consolidados pelos Tribunais pátrios, com uma ressalva: essa consolidação seria apenas para os tribunais superiores ou também para os tribunais de segunda instância.

Dizemos isso, pois, pode haver diversas regras dos Estados e os tribunais estaduais podem ter entendimentos consolidados diversos daqueles exarados em tribunais de outros Estados, levando o árbitro a não saber qual entendimento consolidado seguir.

Ainda, importa lembrar que com a adoção da arbitragem tributária, muitos casos, notadamente os maiores e mais importantes, deixarão de chegar ao Judiciário e, com isso, não teremos uma jurisprudência nacional unificada sobre os temas tributários colocados à julgamento.

De igual sorte, é importante falarmos acerca da possibilidade de declaração de nulidade da sentença arbitral em matéria tributária, tema deste ensaio. O PL 4257/2019 prevê, em seu artigo 16-F, que as partes podem requerer judicialmente a declaração de nulidade da sentença arbitral se a sentença 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, incidente de assunção de competência, recurso extraordinário com repercussão geral ou recurso especial repetitivo.

Também no texto do PL 4257/2019, este diz que se aplica, no que couber, os artigos 32 e 33 da Lei 9307/96 (Lei da Arbitragem), que dizem:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; ([Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015](#)) ([Vigência](#))

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

~~V - não decidir todo o litúgio submetido à arbitragem;~~ ([Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015](#)) ([Vigência](#))

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Por esta razão, se houver quaisquer das hipóteses mencionadas nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem, poderá a parte prejudicada requerer, perante o Poder Judiciário, a declaração de nulidade da sentença arbitral proferida.

Vale ressaltar que o controle judicial das decisões arbitrais constitui exceção à regra, pois somente pode haver referido controle se houver as hipóteses previstas na legislação, conforme expressamente disposto no artigo 33 da Lei de Arbitragem, acima indicado.

Isso demonstra que o instituto da arbitragem é autônomo com relação ao Poder Judiciário e, por isso, não deve ser por este validado ou cancelado, salvo nas restritas hipóteses legais, cabendo à parte que alega, a prova daquilo que diz, conforme expressa disposição do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Há de se estudar, também, a forma pela qual as partes optarão pela via arbitral. Por ser um método que decide, tal qual o Poder Judiciário, as propostas legislativas referem-se que deve haver clara opção pela arbitragem, o que, como dito, discordamos, já que entendemos que a arbitragem tributária deve ser a regra do sistema brasileiro, desafogando o Poder Judiciário dos casos tributários.

Aqui, entendemos, a arbitragem deveria ser compulsória, de forma que as partes não pudessem optar pelo Judiciário, para auxiliar na redução da carga processual existente nos tribunais.

Sabe-se que, conforme dispõe a Lei de Arbitragem, há duas formas básicas de optar pela arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória, por ser cláusula existente dentro de um contrato, está afastada de aplicação no Direito Tributário, pois pressupõe prévio acordo existente entre as partes, o que não cabe nessa hipótese.

Contudo, seria possível incorporar o compromisso arbitral, já que representativo de um ato, que pode ser judicial ou extrajudicial e revela o desejo das partes envolvidas em solucionar o conflito pela via arbitral. O compromisso pode ser, inclusive, o pontapé inicial da arbitragem tributária.

Em grandes contratos de concessão a arbitragem já é utilizada pelo Estado, não sem grande resistência por parte de alguns administradores. Recentemente, o Tribunal de Contas da União, em acórdão da lavra do ministro Vital do Rêgo, entendeu que caberia ao TCU analisar a razoabilidade

e a adequação do cumprimento arbitral, de um modo compatível com as disponibilidades e limites orçamentários (Acórdão 3160/2020, relator ministro Vital do Rêgo).

Tema também importante e que deve ser tratado neste ensaio é com relação aos honorários advocatícios sucumbenciais. Quando a divergência tem como parte o Estado, o Código de Processo Civil, ao tratar o tema dos honorários advocatícios sucumbenciais, prevê uma série de regras a serem cumpridas pelo julgador na quantificação da verba honorária.

Não diferente, quando se trata da arbitragem, estas regras devem seguir no mesmo caminho, ou seja, a fixação dos honorários deve seguir aquilo que previsto no Código de Processo Civil, que diz:

- Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
- § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
- § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
- I - o grau de zelo do profissional;
 - II - o lugar de prestação do serviço;
 - III - a natureza e a importância da causa;
 - IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
- § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:
- I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;
 - II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;
 - III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;
 - IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;
 - V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.
- § 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º :
- I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;
 - II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;
 - III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;
 - IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

Contudo, no PL 4468/2020 a proposta é que cada parte arque com os honorários de seu próprio advogado, dizendo:

Art. 3º A arbitragem especial de que trata esta lei observará as seguintes condições:

IX – cada parte arcará com os honorários de seus próprios advogados e eventuais assistentes técnicos ou outros profissionais indicados pelas partes para auxiliar em sua defesa perante o juízo arbitral, independentemente do resultado final;

Por isso, entendemos, há a necessidade de adequação do projeto, incluindo os honorários de sucumbência tal qual decidido pelo legislador ordinário quando da decretação do Código de Processo Civil.

3 CONCLUSÃO

Neste breve ensaio, abordamos os projetos de lei 4468/2020 e 4257/2019, ambos em tramitação no Congresso Nacional. Referidos projetos trazem benefícios para desafogar o Poder Judiciário, criando e positivando a arbitragem tributária no Brasil.

De extrema importância, a arbitragem tributária poderá trazer maior celeridade ao julgamento dos casos tributários e das execuções fiscais no sistema judicial brasileiro, evitando discussões e análise de embargos à execução pelo Judiciário, retirando do devedor fiscal a possibilidade de discutir no Judiciário o débito existente.

Trouxemos exemplos de Portugal, que utiliza, há muito, a arbitragem tributária por meio do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que teve uma sensível redução dos julgamentos nos Tribunais daquele país.

Ainda na análise dos projetos de lei em tramitação aqui no Brasil, abordamos a necessidade de legislar acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais no microsistema da arbitragem tributária.

A criação de câmaras de arbitragem específicas para arbitragem tributária poderia especializar a matéria e facilitar a resolução desta chaga que assola o Judiciário brasileiro.

Percebe-se que a arbitragem tributária será muito eficaz para o sistema judicial brasileiro, possibilitando o desafogamento do Poder Judiciário e trazendo maior celeridade ao julgamento dos casos postos sob a análise dos árbitros.



BIBLIOGRAFIA

BERALDO, Leonardo de F. Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2405/RS, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 20.09.2019, Processo eletrônico *DJe-215*, Divulg. 02.10.2019, Public. 03.10.2019.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. SENADO FEDERAL. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1650302080988&disposition=inline>>. Acesso em 20 jul. 2022.

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. CAAD. Disponível em <<https://www.caad.org.pt/tributario>>. Acesso em 20 jul. 2022.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. Meios extrajudiciais de solução de conflitos: manual dos MESC's. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Editora Manole, 2022.

JR., Luiz Antonio S. Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação. Disponível em: Minha Biblioteca, 10ª edição. Grupo GEN, 2020.

MESSA, Ana, F. e Armando Luiz Rovai. Manual de Arbitragem. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2021.

SALLES, Carlos Alberto, D. et al. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Disponível em: Minha Biblioteca, 4ª edição. Grupo GEN, 2021.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves D. *Mediação de conflitos*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2013.

SIMMEL, Georg. O conflito como sociação (Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury). RBSE - Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 10, n. 30, pp. 568-573. ISSN 1676-8965, 1964.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. Disponível em: Minha Biblioteca, 6ª edição. Grupo GEN, 2020.