

Primeiras considerações sobre a arbitragem especial tributária do projeto de lei 4.468/20

Há ambiente institucional favorável à criação da arbitragem tributária no Brasil. Isto foi comprovado, em 2019, pela propositura do projeto de lei 4.257/19¹, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que pretende alterar a lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) para, entre outras medidas, autorizar a resolução, via arbitragem tributária, de litígios materializados em embargos à execução fiscal, ação anulatória de ato declarativo da dívida fiscal e ação consignatória (desde que o respectivo débito fiscal seja objeto de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia)².

A existência deste ambiente favorável foi confirmada pela recente propositura do projeto de lei 4.468/20, de autoria da Senadora Daniella Ribeiro e que teve origem, como mostra sua Justificação, em proposta apresentada por Heleno Taveira Torres, Selma Maria Ferreira Lemes e Priscila Faricelli de Mendonça³.

O novo PL pretende criar uma arbitragem especial tributária para - no curso da fiscalização e, portanto, antes da formalização do lançamento - prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato⁴ (art. 1º). Além disto, a arbitragem especial tributária do novo PL tem por objetivo solucionar conflitos anteriormente à constituição do crédito tributário nas hipóteses de “consultas que envolvam questões fáticas e sua qualificação jurídica” (art. 12). E pode servir de meio, ainda, para quantificação de crédito do sujeito passivo da obrigação tributária decorrente de decisão judicial transitada em julgado e não liquidado judicialmente (art. 12)⁵.

¹ O PL 4.257/19 estava, por ocasião da elaboração deste texto, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Aguardava-se a apresentação de relatório pelo Senador Tasso Jereissati (Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 16/10/20).

² Trata-se de projeto que, em essência, tem por finalidade submeter à arbitragem tributária a discussão de litígios que digam respeito a crédito tributário já constituído, e desde que garantido o juízo. Tal PL já foi objeto de diversos artigos dos autores, produzidos no âmbito do Grupo de Pesquisa “Métodos Alternativos de Resolução de Disputa em Matéria Tributária” do Núcleo de Direito Tributário da FGV Direito SP e publicados na coluna Pauta Fiscal do Jota. Por isto, não será objeto de análise específica neste artigo.

³ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>. Acesso em: 16/10/20.

⁴ A Justificação do PL salienta que: «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. Deixar para o processo administrativo ou judicial esta tarefa somente prejudica todo o sistema de resolução de conflitos, além de onerar as partes, com expectativas de passivos ou ativos que somente após longos embates chega-se a uma solução, nem sempre adequada.» (Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1600369695007&disposition=inline>. Acesso em: 16/10/20).

⁵ Nesta última hipótese, pode-se dizer que há arbitramento, e não arbitragem. Por isto, ela não será objeto de maiores comentários neste artigo.

Apesar da Justificação do novo PL afirmar que ele contempla “*um procedimento diferenciado daquele previsto na Lei 9.307/96, diante da especificidade da medida, assim como em vista dos necessários ajustes em decorrência da particularidade da relação fisco e contribuinte, que foram adaptados para o sucesso do instituto*”, a Justificação também explicita que o procedimento arbitral especial entre a administração tributária e o sujeito passivo da obrigação tributária terá lugar nas “*(...) câmaras arbitrais institucionais já existentes e atuantes (inclusive em arbitragens envolvendo o poder público)*.”⁶ E a semelhança entre tal procedimento e aquele previsto na lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem – LA) é grande, como evidenciam as disposições (e o próprio nome) do novo PL.

Logo, é de arbitragem que trata o novo PL, ainda que de uma arbitragem um pouco diferente daquela disciplinada pela LA. A essência da mencionada arbitragem especial tributária pode ser resumida do seguinte modo: espera-se que ela “*(...) possa prevenir controvérsias tributárias, para evitar questionamentos antes mesmo dos lançamentos tributários e aplicações de multas.*”⁷

Os modelos de arbitragem tributária do PL 4.257/19 e do PL 4.468/20 estão limitados, assim, a hipóteses restritas e distintas. Em ambos os casos, a cautela relacionada à constituição do crédito tributário norteia as suas disposições; porém, em momentos diametralmente opostos: o primeiro e mais antigo envolve litígios que digam respeito a crédito tributário já constituído (isto é, o foco é o momento pós-constituição do crédito tributário), e desde que garantido o juízo; o segundo está voltado à prevenção de controvérsias tributárias, antes da constituição do crédito tributário (ou seja, o momento é de pré-constituição do crédito tributário).

É clara a intenção de testar o instituto da arbitragem na seara tributária e de dar passos mais comedidos para tentar desenvolver, gradualmente, um cenário “*multiportas*” de solução de disputas tributárias, sem provocar uma forte reação contrária.

Ressalte-se, contudo, que os PLs abrangem situações que não podem ser vistas como excludentes, mas sim como complementares⁸. Uma arbitragem tributária mais ampla, que conjugasse as disposições dos dois PLs, e até as ampliasse, constituiria algo próximo de um modelo ideal: promoveria maior justiça fiscal e, certamente, impulsionaria o desenvolvimento do instituto de modo mais contundente.

⁶ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1600369695007&disposition=inline>. Acesso em: 16/10/20.

⁷ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886181&ts=1600369695007&disposition=inline>. Acesso em: 16/10/20.

⁸ OKUMA, Alessandra. **A Importância da Arbitragem Tributária**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-25/alessandra-okuma-importancia-arbitragem-tributaria>. Acesso em: 17/10/20.

Estas e outras questões sobre os PLs serão, porém, abordadas de forma pormenorizada em futuro artigo dos autores. O que se pretende aqui é indicar alguns pontos importantes do PL 4.468/20 (a saber: momento e limites da arbitragem tributária, matérias arbitráveis e regras de aplicação subsidiária), de modo a chamar a atenção para as iniciativas meritórias nele contidas e, ao mesmo tempo, demonstrar a necessidade de revisitação de alguns de seus dispositivos, tudo com a finalidade de apresentar subsídios à construção de uma arbitragem tributária factível – ainda que não ideal – no país.

Neste sentido, é certamente digna de elogios a preocupação do PL 4.468/20 com a prevenção de controvérsias tributárias. Trata-se de objetivo que está em consonância com a natureza jurídica da própria arbitragem.

Tal natureza jurídica foi – e continua a ser - objeto de grande celeuma doutrinária. Há, em resumo, 4 (quatro) correntes principais sobre o tema: (I) a corrente privatista ou contratualista vê na arbitragem um negócio jurídico contratual mediante o qual as partes se comprometem a aceitar a solução dada à controvérsia pelo árbitro, que disporia de poderes contratuais, e não jurisdicionais; (II) a corrente publicista ou jurisdicionalista revisita e atualiza o conceito de jurisdição e entende que, assim como os juízes estatais, os árbitros exercem jurisdição e sua decisão substitui definitivamente a vontade das partes; (III) a corrente intermediária ou mista concilia as correntes anteriores e assinala que a origem da arbitragem é contratual e, seu conteúdo, jurisdicional; e (IV) a corrente autônoma sustenta que a arbitragem não é contratual, jurisdicional ou mista, mas sim autônoma, desenvolvendo-se com base nas suas próprias regras, sem ligação com o sistema jurídico nacional⁹.

O entendimento doutrinário que tem prevalecido no Brasil salienta que o árbitro exerce jurisdição. Como diz Fredie Didier Jr. sobre a arbitragem: “*é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada).*”¹⁰

A releitura e atualização do conceito de jurisdição efetuada pela teoria publicista ou jurisdicionalista mostra que a atividade do árbitro tem natureza jurisdicional, na medida em que “*(I) a jurisdição não é mais monopólio estatal; (II) a lei pode legitimamente delegar o exercício da função pública jurisdicional a árbitros quando compatível com a Constituição; (III) a arbitragem detém as mesmas características da jurisdição estatal; (IV) a sentença arbitral adquire a qualidade de coisa julgada; (V) a sentença arbitral produz os mesmos efeitos*

⁹ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: Fundamentos Teóricos e Soluções Práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 44 a 48 e FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson e MONTEIRO, André Luiz. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 34 a 45.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. V. 1. 22ª ed. rev., atual. e amp. Salvador: Jus Podivm, 2020. pp. 217/218.

da sentença judicial; (VI) a sentença arbitral doméstica independe de homologação judicial; e (VII) a decisão arbitral não está sujeita a revisão de fundo pelo Poder Judiciário.”¹¹

Na jurisprudência, a posição é a mesma. A edição 122 (*Da Arbitragem*) da *Jurisprudência em Teses* do STJ, composta por acórdãos daquele tribunal publicados até 22/3/19, revela, no tema 9, que é pacífico no STJ o entendimento de que: “*A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que torna possível a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça - STJ o seu julgamento.*”¹²

A natureza jurisdicional da arbitragem evidencia que o juízo arbitral envolve um processo, no qual há exercício do direito de ação pelo autor (requerente) e exercício do direito de defesa pelo réu (requerido)¹³. “*Tanto quanto o processo estatal*”, explicitam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, “*tudo quanto no arbitral se faz visa à oferta de uma tutela jurisdicional ou, por outras palavras, de acesso à justiça. E, por ser um processo e nele se exercer a jurisdição, a arbitragem está sujeita aos superiores ditames do direito processual constitucional, sem cuja observância nenhuma decisão arbitral seria*

¹¹ FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson e MONTEIRO, André Luiz. *Ibidem*. p. 47. No mesmo sentido, Paulo Magalhães Nasser aduz que há exercício de jurisdição na arbitragem, uma vez que esta última (I) é incentivada pelo art. 3º, § 1º do Código de Processo Civil de 2015; (II) está sujeita aos princípios constitucionais que regem a resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito; (III) tem aptidão para criar título executivo judicial, assim como a sentença judicial; e (IV) está apta a formar coisa julgada material (NASSER, Paulo Magalhães. **Vinculações Arbitrais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 24).

¹² Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 17/10/20. No ano de 2020, isto foi confirmado, por exemplo, pelo acórdão oriundo do julgamento do REsp 1.735.538/SP, Terceira Turma do STJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 6/10/20. Após transcrever o art. 31 da LA (“*A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.*”), o voto vencedor afirma o seguinte: “*Sobressai evidente o propósito legislativo de a tudo equiparar, mormente em relação aos efeitos, a sentença arbitral à sentença judicial, o que decorre, naturalmente, do reconhecimento de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui a natureza jurisdicional, conforme já reconheceu a 2ª seção do STJ, por reiteradas vezes (ut CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2ª seção, julgado em 8/5/13, DJe 3/4/14; (CC 146.939/PA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 2ª seção, julgado em 23/11/16, DJe 30/11/16).*”

¹³ Evidentemente, isto não significa que o processo estatal e o processo arbitral devam ser idênticos. No acima referido julgamento do REsp 1.735.538/SP, o voto vencedor do Min. Marco Aurélio Bellizze destacou este ponto: “*Não se olvida, tampouco se afastam as vantagens de se traçar um paralelo entre o processo judicial e a arbitragem, notadamente por tratarem efetivamente de ramos do Direito Processual. Desse modo, natural que do processo judicial se extraiam as principais noções e, muitas vezes, elementos seguros para solver relevantes indagações surgidas no âmbito da arbitragem, de forma a conceder às partes tratamento isonômico e a propiciar-lhes o pleno contraditório e a ampla defesa. Por consectário, vislumbra-se, em certa medida, a salutar harmonia dos institutos processuais incidentes no processo judicial com aqueles aplicáveis à arbitragem. Essa circunstância, todavia, não autoriza o intérprete a compreender que a arbitragem – regida por princípios próprios – deva observar necessária e detidamente os regramentos disciplinadores do processo judicial, sob pena de desnaturar esse importante modo de heterocomposição.*”

legítima, nem a própria inclusão da arbitragem entre os meios de solução de conflitos.”¹⁴

De fato, como mostra Ada Pellegrini Grinover, “a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça (*‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’* – Const., art. 5º, inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas como espécies de exercício jurisdicional.”¹⁵

Esta visão atualizada do princípio constitucional de acesso à justiça foi reiterada pelo art. 3º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15)¹⁶. Se o *caput* deste dispositivo contém a ratificação do princípio, o § 1º alude expressamente à permissão à arbitragem, na forma da lei. “*Isso demonstra*”, nas palavras de Paulo Magalhães Nasser, “*que a própria lei processual trata a arbitragem como uma alternativa concreta à jurisdição estatal, como método adequado à resolução de certos conflitos, inclusive quando reitera no texto legal o amplo acesso à jurisdição para tutelar ameaça ou lesão a direitos.*”¹⁷

O art. 3º do CPC/15 reconhece, assim, que o amplo acesso à jurisdição para tutelar ameaça ou lesão a direitos diz respeito não apenas à jurisdição estatal, mas também à jurisdição arbitral. Equiparada a sentença arbitral à sentença judicial (art. 31 da LA), isto significa que, seja na jurisdição estatal, seja na jurisdição arbitral, a tutela da ameaça ou da lesão a direitos pode se dar por meio de sentença meramente declaratória, constitutiva (positiva ou negativa) ou condenatória¹⁸.

Para os fins deste artigo, importa destacar a sentença meramente declaratória, que se destina a eliminar uma dúvida objetiva a respeito de determinada situação jurídica (o autor se limita a pedir uma declaração jurisdicional acerca

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 150/151.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade: Fundamentos para uma Nova Teoria Geral do Processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 62. O STF teve grande participação nesta releitura do princípio constitucional de acesso à justiça. Tal tribunal apreciou, e reconheceu, a constitucionalidade da LA – especificamente, sua compatibilidade com o art. 5º, inciso XXXV da CF/88 - no julgamento da Sentença Estrangeira 5.206 (Agravo Regimental), Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/01, DJ 30/4/04. A partir de então, reconhecida a compatibilidade da citada lei com a destacada norma constitucional, isto significou, na visão do STF, uma “(...) *feição menos reducionista ao direito fundamental à proteção efetiva do Poder Judiciário.*” (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 435).

¹⁶ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

¹⁷ NASSER, Paulo Magalhães. *Ibidem*. p. 24.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Ibidem*. p. 152.

da existência, inexistência ou modo de ser de determinada situação ou relação jurídica, ou a respeito da autenticidade ou da falsidade de um documento)¹⁹.

No âmbito da arbitragem, os árbitros podem outorgar tutela jurisdicional plena na forma de sentença arbitral declaratória; *“a realização do direito material de quem tem razão se exaure com a prolação de sentença de mérito, não havendo necessidade de uma fase posterior de execução forçada da decisão.”*²⁰

Na seara da arbitragem especial tributária, na forma do PL 4.468/20, será uma sentença arbitral declaratória – buscada para tutelar ameaça a direito, tal como autorizado pelo art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e pelo art. 3º do CPC/15, de modo a eliminar dúvida objetiva a respeito de determinada relação jurídica tributária - que irá prevenir a ocorrência de controvérsia tributária, antes da constituição do respectivo crédito.

Não se pode esquecer que o art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e o art. 3º do CPC/15 pressupõem a efetividade da tutela jurisdicional – inclusive da jurisdição arbitral - em relação a lesão ou ameaça a direito. Ou seja: a existência de ameaça a direito, de um litígio latente ou potencial²¹, seria suficiente para autorizar, com base nas normas de que se cuida, a instauração de arbitragem especial tributária para prevenir a ocorrência de disputas tributárias.

Porém, será que é realmente possível isolar o momento da arbitragem especial tributária para controvérsias delimitadas, sem a constituição prévia do crédito tributário? O que será necessário para tanto? Será que essa parcela não será pouco para a amplitude de discussões atuais entre a administração tributária e o sujeito passivo da obrigação tributária?

Esse “isolamento” quanto ao momento da arbitragem especial tributária não apenas parece ser pouco recomendável, mas também é de difícil contorno prático e atratividade às partes, porque a administração tributária se preocupa, com razão, com a decadência e a prescrição. E a arbitragem do PL 4.468/20 não afeta esses institutos, como não poderia deixar de ser em razão da trava estipulada pelo art. 146 da CF/88.

¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. V. 1. 19ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 252.

²⁰ FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson e MONTEIRO, André Luiz. *Ibidem*. p. 19. Tais autores esclarecem, na referida página de sua obra, que o mesmo pode ser dito quanto às sentenças arbitrais constitutivas. Ainda na mesma página, e quanto à sentença arbitral condenatória, *“a tutela jurisdicional plena somente será alcançada com o cumprimento espontâneo da sentença arbitral pelo vencido ou com a colaboração do Poder Judiciário na fase de execução do julgado arbitral.”*

²¹ Neste ponto, os autores agradecem ao Instituto Brasileiro de Arbitragem Tributária (IBAT) pela possibilidade de participação em preciosas discussões sobre o tema. A posição de Júlia de Menezes Nogueira nestas discussões foi de fundamental importância para a conclusão exposta neste parágrafo.

Ou seja, o desafio quanto ao momento da arbitragem é real e muito difícil de ser contornado, a despeito dos esforços do citado PL - e também do PL 4.257/19 - já que, em ambos os casos, o que se tem são projetos de lei ordinária.

Também é digna de nota a vedação, contida no art. 2º, inciso II do PL 4.468/20, de discussão sobre lei em tese em arbitragem especial tributária. Tal discussão implicaria a inexistência de demonstração de efeito concreto e direto suportado pelo sujeito passivo da obrigação tributária em decorrência de determinada norma. Sem esta demonstração, não haveria, efetivamente, delimitação da controvérsia a ser dirimida no bojo da arbitragem.

Outra questão importante abrange os limites das matérias arbitráveis. A proibição de “*discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas*” fixada pelo art. 2º, inciso I do mencionado PL merece ser revista. O Direito Tributário brasileiro tem forte matriz constitucional, e descartar de antemão a possibilidade de discussão constitucional na arbitragem especial tributária implicaria enfraquecer a tutela jurisdicional ínsita ao juízo arbitral, reduzindo sua eficácia na prevenção de conflitos tributários.

Não se quer dizer com isto, é claro, que o juízo arbitral deveria exercer o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade. Consoante o art. 97 da CF/88 (“*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*”), tal controle somente pode ser exercido pelo Poder Judiciário.

Em relação ao controle difuso ou concreto de constitucionalidade, porém, a questão é diferente. Como destacam Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam, uma vez que a atividade do árbitro é de cunho jurisdicional, não pode ele “*ignorar a supremacia da Constituição e permitir que a sua decisão seja construída a partir de leis ou atos normativos eivados de inconstitucionalidade.*” Segundo eles, “*a incorporação de preceitos tidos por inconstitucionais equivaleria a aceitar a alteração de preceito constitucional por norma infraconstitucional.*”²²

Como o art. 97 da CF/88 e os arts. 948 e 949 do CPC/15²³ obstam ao árbitro a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma – porque esta

²² OLIVEIRA, Gustavo Justino de e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 138.

²³ “Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

declaração exige pronunciamento específico de um órgão colegiado estatal, respeitada a regra da reserva de plenário²⁴ - uma solução seria a de reconhecer que o árbitro não é titular da competência de efetuar tal declaração, mas sim de afastar a aplicação de leis e atos normativos inconstitucionais²⁵.

Afinal, como se lê no art. 4º, § 3º do PL 4.468/20: “O árbitro é juiz de fato e de direito e do laudo arbitral proferido não cabe homologação ou recurso ao Poder Judiciário.”²⁶ Se um órgão julgador de primeira instância do Poder Judiciário, um juiz de fato e de direito, pode afastar a aplicação de um ato normativo por entendê-lo incompatível com a CF/88, a mesma competência pode e deve ser reconhecida ao árbitro no bojo da arbitragem especial tributária, de modo a conferir coerência ao sistema, evitar o enfraquecimento da tutela jurisdicional arbitral tributária e acentuar sua eficácia na prevenção de litígios tributários.

Aliás, a coerência do sistema também recomenda que o art. 13 do PL 4.468/20 seja revisitado. De acordo com este dispositivo: “*Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020.*”

A aplicação subsidiária da lei 13.988/20 - a lei que rege a transação resolutiva de litígios relativos à cobrança de créditos da Fazenda Pública federal, de natureza tributária ou não tributária – à arbitragem especial tributária somente pode ser entendida como uma tentativa de afastar esta última do regime da LA.

Mas esta é uma tentativa que não parece adequada e que pode prejudicar a instauração e a consolidação da arbitragem tributária no país. Como se viu, é de arbitragem que trata o PL 4.468/20, uma arbitragem que não é idêntica àquela disciplinada pela LA (até em razão das peculiaridades do direito tributário). Isto é demonstrado pelo próprio nome, pela Justificação e pelos dispositivos do citado PL. Sendo assim, a coerência do sistema demanda a aplicação subsidiária da LA à arbitragem especial tributária, de modo que toda a construção doutrinária e jurisprudencial que diz respeito à LA – claramente levada em consideração no desenho do referido PL - possa facilitar a efetiva criação e consolidação da tutela arbitral tributária.

Além disto, a aplicação subsidiária das regras de um método autocompositivo de solução de conflitos²⁷ como a transação da lei 13.988/20 a um método

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

²⁴ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3ª ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 956.

²⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Ibidem*. p. 139.

²⁶ O que é praticamente uma transcrição do art. 18 da LA (“O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”)

²⁷ Um método autocompositivo de solução de conflitos envolve apenas as partes interessadas (podendo haver participação de um terceiro facilitador, como se dá na conciliação e na mediação, ou não, como se dá na transação), sem que haja delegação da solução do conflito a um terceiro.

heterocompositivo de resolução de disputas²⁸ como a arbitragem especial tributária tem o potencial de criar complexidades que não são desejáveis no nascimento da arbitragem tributária. Por exemplo: somente poderiam ser objeto de arbitragem especial tributária aquelas hipóteses de prevenção de disputas que digam respeito a conflitos que podem ser transacionados (contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica e contencioso tributário de pequeno valor – arts. 16 a 27 da lei 13.988/20)? Ou os conflitos que podem ser transacionados constituem hipóteses nas quais não seria cabível a arbitragem especial tributária?

Quanto aos contribuintes com transação rescindida e que não podem, pelo prazo de dois anos a contar da data da rescisão da transação, celebrar nova transação (art. 4º, § 4º da lei 13.988/20), a eles também seria vedada a via da arbitragem especial tributária? Mas, se assim for, este entendimento não implicaria ofensa ao art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e ao art. 3º do CPC/15?

E o que fazer em relação ao devedor contumaz? Esta espécie de devedor não pode, na forma da lei (ainda não editada), transacionar (art. 5º, inciso III da lei 13.988/20). Será que ele também não poderia participar de arbitragem especial tributária? Não haveria, novamente, violação ao art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e ao art. 3º do CPC/15?

Estas são algumas das iniciativas que merecem elogios e alguns dos pontos que demandam maior reflexão no PL 4.468/20. É necessário maior debate público sobre o tema, que será, inclusive, abordado em futuro artigo dos autores, sempre com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento do desenho normativo da arbitragem tributária que se pretende criar no Brasil.

***André Luiz Fonseca Fernandes** é doutorando em Direito Constitucional pelo IDP – Brasília. Coordenador do Comitê Temático de Transação Tributária e Negócio Jurídico Processual do **Instituto Brasileiro de Arbitragem Tributária – IBAT**. Sócio de Alcides Jorge Costa Advogados Associados.

***Andréa Mascitto** é professora da FGV Direito SP. Membro do **Instituto Brasileiro de Arbitragem Tributária – IBAT**. Sócia da área tributária de **Pinheiro Neto Advogados**.

²⁸ Um método heterocompositivo de solução de conflitos implica a solução do litígio por um terceiro imparcial (o árbitro ou o juiz), cuja decisão é imposta às partes.