

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA

JOÃO HENRIQUE GONÇALVES DOMINGOS

**A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DAS ASSOCIAÇÕES DE DIREITO
PRIVADO COMO REQUISITO PARA INGRESSO DA ARBITRAGEM
TRIBUTÁRIA COLETIVA**

RIBEIRÃO PRETO

2023

JOÃO HENRIQUE GONÇALVES DOMINGOS

**A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DAS ASSOCIAÇÕES DE DIREITO
PRIVADO COMO REQUISITO PARA INGRESSO DA ARBITRAGEM
TRIBUTÁRIA COLETIVA**

Dissertação apresentada para defesa final no Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto/SP para obtenção do título de Mestre em Direito – área de concentração Direitos Coletivos e Cidadania.

Orientador: Professor Doutor Olavo Augusto Vianna
Alves Ferreira

RIBEIRÃO PRETO

2023

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

D671r DOMINGOS, João Henrique Gonçalves, 1978-
A representatividade adequada das associações de direito privado
como requisito para ingresso da arbitragem / João Henrique Gonçalves
Domingos. – Ribeirão Preto, 2024.
162 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Olavo Augusto Vianna.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Mestrado em Direito, 2024.

1. Arbitragem. 2. Associações de Direito Privado. 3. Legitimidade
(Direito). 4. Crédito tributário. 5. Acesso à Justiça. II. Título.

CDD 340

JOÃO HENRIQUE GONÇALVES DOMINGOS

**A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DAS ASSOCIAÇÕES DE DIREITO
PRIVADO COMO REQUISITO PARA INGRESSO DA ARBITRAGEM
TRIBUTÁRIA COLETIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 01 de março de 2023

Resultado: Aprovado

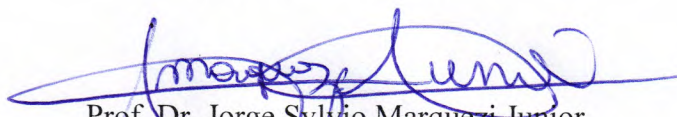
BANCA EXAMINADORA

01/03/2023

X 

Assinado por: OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA

Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Presidente/UNAERP



Prof. Dr. Jorge Sylvio Marquezi Junior
IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

Prof. Dr. Carlos Eduardo Montes Netto
UNAERP

RIBEIRÃO PRETO

2023

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, que é a minha base.

Pai, de onde estiver, obrigado por tudo. Mãe, todas as memórias, mesmo as mais antigas, jamais serão esquecidas. Talita, sem seu amor, auxílio e compreensão, sobretudo pelos grandes momentos de ausência e cuidando de nossos filhos, nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, pela dedicação e imensa contribuição. Ao Dr. Carlos Eduardo Montes Netto, amigo, de longa data, pela paciência e leitura do trabalho. Danilo Nunes, obrigado por tudo, sempre. A todos os membros do escritório Brasil Salomão e Matthes Advocacia, extensão da minha casa, em especial à minha equipe da área tributária. Dr. Brasil Salomão, o Senhor fez a diferença na minha vida - a minha eterna gratidão e admiração.

“Há pessoas que choram por saber que as rosas têm espinho. Há outras que sorriem por saber que os espinhos têm rosas!”.

(Machado de Assis)

RESUMO

O presente trabalho investiga a representatividade das associações de direito privado como requisito para ingresso na arbitragem tributária coletiva uma vez que, a arbitragem em matéria tributária e coletiva, pode colaborar como meio heterocompositivo a obter possíveis soluções, em regra, mais céleres e eficientes, fora do âmbito do Poder Judiciário. O objetivo geral é demonstrar que tal instrumento processual, qual seja, a arbitragem na modalidade coletiva, quando proposta por associação de direito privado, tem representatividade adequada para este fim, atendendo aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, além, claro, da duração razoável do processo. A justificativa parte da análise do princípio da autonomia da vontade, da observância aos princípios processuais constitucionais e o papel do árbitro, inclusive em decorrência da escassez de doutrinas específicas sobre a representatividade adequada na arbitragem coletiva. À vista disso, o estudo também repousou atenção especial na possibilidade da arbitragem e sua aplicabilidade no direito tributário, não ferindo, nesse sentido, a disposição acerca da indisponibilidade do crédito tributário. A presente pesquisa analisa, também, as questões que versam acerca da legalidade da arbitragem no âmbito tributário, de forma a efetivá-la no Brasil como instrumento de pacificação de conflitos e, por óbvio, com a participação e legitimidade das associações e, sobretudo, ante a necessidade da representatividade adequada, como forma de se respeitar o princípio do devido processo legal. Analisou, ainda, sob a metodologia qualitativa por meio dos métodos de revisão de literatura, hipotético-dedutivo e dedutivo, os parâmetros de legitimidade e representatividade adequada das associações de direito privado que poderá servir na concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à justiça e à materialização da eficiência administrativa, nos termos do art. 37, caput, da CRFB/88. Tal tarefa permitiria, em tese, ao Poder Público agilidade e eficiência no recebimento dos débitos decorrentes de obrigações tributárias, bem como o aprimoramento da respectiva legislação e, com a verificação da representatividade adequada, conferindo segurança jurídica. Não obstante, a fim de corroborar e alcançar o objetivo geral foram realizadas análises conceituais e históricas acerca dos aspectos inerentes à arbitragem coletiva no ordenamento jurídico. Ao final, conclui-se que, a partir da análise acima citada e também por meio estudos jurisprudenciais, o fato de que, havendo representatividade adequada, a participação das associações e a utilização da arbitragem coletiva também trará benefícios a todos, inclusive à própria Administração Pública que, caso seja consagrada vencedora da lide, receberá seus direitos antes da solução no Poder Judiciário, podendo buscar a satisfação de seus créditos de forma mais célere e tempestiva.

Palavras-chave: Arbitragem; Associações de Direito Privado; Legitimidade; Indisponibilidade do crédito tributário; Acesso à justiça.

ABSTRACT

This paper investigates the representativeness of private law associations as a requirement for joining the collective tax arbitration, since arbitration in tax and collective matters can collaborate as a heterocompositive method to obtain possible solutions, as a rule, faster and more efficient, outside the Judiciary. The main objective is to demonstrate that this procedural instrument, i.e. collective arbitration, when proposed by a private law association, has adequate representation for this purpose, meeting the constitutional postulates of due process of law, ample defense and contradictory principle, besides, of course, the reasonable duration of the process. The justification is based on the analysis of the principle of will autonomy, the compliance with constitutional procedural principles and the role of the arbitrator, also as a result of the scarcity of specific doctrines on the adequate representation in collective arbitration. In this light, the study also paid special attention to the possibility of arbitration and its applicability in tax law, not violating, in this sense, the provision about the unavailability of the tax credit. This research also analyzes the issues that are concerned with the arbitration legality in the tax sphere, in order to make it effective in Brazil as an instrument of conflict pacification and, of course, with the participation and legitimacy of the associations and, above all, considering the adequate representation required, as a way to respect the principle of due legal process. It also analyzed, under the qualitative methodology through the methods of literature review, hypothetical-deductive and deductive, the parameters of legitimacy and adequate representativeness of private law associations that could contribute to the concretization of the fundamental rights of broad access to justice and the materialization of administrative efficiency, under the terms of art. 37, caput, of CRFB/88. Such task would allow, in theory, the Public Power agility and efficiency in the receipt of debts arising from tax obligations, as well as the improvement of the respective legislation and, with the verification of the adequate representativeness, conferring legal security. Nevertheless, in order to corroborate and achieve the main objective, a conceptual and historical analysis was conducted on the aspects inherent to collective arbitration in the legal system. At the end, it is concluded that, from the aforementioned analysis and also by means of jurisprudential studies, the fact that, if there is adequate representation, the participation of associations and the use of collective arbitration will also bring benefits to all, including to the Public Administration itself which, if it is found to be the winner of the dispute, will receive its rights before the solution in the Judiciary, being able to seek the satisfaction of its credits in a faster and more timely manner.

Keywords: Arbitration; Private Law Associations; Legitimacy; Unavailability of tax credit; Access to Justice.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	DA ARBITRAGEM.....	22
	2.1. Do Acesso à justiça.....	22
	2.2. Da Justiça multiportas.....	25
	2.3. O Poder Judiciário e os meios adequados de resolução de conflitos: a Resolução nº 125/210 do CNJ.....	27
	2.4. Dos Meios Autocompositivos: Conciliação e Mediação.....	29
	2.5. Da Arbitragem: Das noções históricas à contemporaneidade.....	32
	2.5.1. Histórico.....	32
	2.5.2. Conceito, natureza jurídica e constitucionalidade.....	37
	2.5.3. Vantagens do instituto.....	44
	2.5.4. Princípios aplicáveis ao instituto da arbitragem.....	48
	2.5.5. Autonomia da arbitragem.....	51
	2.5.6. Arbitragem nas diversas searas do direito.....	53
3.	DA ARBITRABILIDADE DAS LIDES TRIBUTÁRIAS.....	58
	3.1. Tributo como sendo uma fonte de receita derivada.....	58
	3.2. Características do crédito tributário.....	59
	3.3. Indisponibilidade.....	62
	3.4. Interesse público primário e secundário.....	64
	3.5. Transação em matéria tributária.....	68
	3.6. A experiência portuguesa.....	73
	3.7. A implantação da arbitragem tributária no Brasil.....	79
4.	REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES NA ARBITRAGEM COLETIVA TRIBUTÁRIA PARA A REDUÇÃO DA ALTA LETIGIOSIDADE ESTATAL.....	88
	4.1. Da litigiosidade estatal e as vantagens da arbitragem tributária coletiva.....	89
	4.2. Direitos coletivos.....	97
	4.3. Da arbitrabilidade dos direitos coletivos e a arbitragem como instrumento adequado para resolução de conflitos.....	101
	4.4. Arbitragem coletiva tributária.....	108
	4.5. Da arbitragem coletiva e o papel das associações.....	117
	4.6. Representatividade adequada.....	121

5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	143
6.	REFERÊNCIAS.....	146

1. INTRODUÇÃO

Como é amplamente debatido pela sociedade o Brasil tem uma elevada e complexa carga tributária e, também ostenta as primeiras posições quanto à dificuldade para o cumprimento de todas as obrigações tributárias, sejam elas principais ou acessórias. Tal assertiva se confirma, inclusive, por meio de tramitação de Proposta de Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sob o nº 46/2022¹ de propositura do Senador da República Oriovisto Guimarães, que altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Em decorrência desses dois fatores, têm-se discussões quanto à legalidade e à constitucionalidade dos tributos, que encerram considerável volume de ações nos tribunais e também na instância administrativa, conforme o 15º Relatório Justiça em Números de 2022², que congrega informações dos processos em tramite nos noventa órgãos do Poder Judiciário, elencados no art. 92 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, excluídos o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, que possuem relatórios à parte. Assim, o Justiça em Números inclui: os 27 Tribunais de Justiça Estaduais (TJs); os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs); os 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs); os 27 Tribunais Regionais Eleitorais (TREs); os três Tribunais de Justiça Militar Estaduais (TJMs); o Superior Tribunal de Justiça (STJ); o Tribunal Superior do Trabalho (TST); o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM)..

Nesse contexto, há que se dar uma resposta quanto à necessidade da prestação de tutela jurisdicional com qualidade decisória, celeridade nas decisões em atendimento ao princípio constitucional da Razoável Duração do Processo, conforme art. 5º, LXXVIII, inserido pela EC nº 45/2004 e diante do agravamento da situação fiscal do país, que necessitará de um aprimoramento do aparato estatal, com vistas à satisfação do estoque de dívida existente.

Por outro lado, a legislação brasileira contempla os Meios Adequados de Solução de Conflitos seja na modalidade heterocompositiva ou autocompositiva, a saber, sem a pretensão de esgotamento das mesmas:

a) Lei federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996³ que dispõe sobre a arbitragem;

b) Lei federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015⁴ que altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de

¹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155612> Acesso em: 21.fev.2023

² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/justica-em-numeros-2022.pdf> Acesso em: 21.fev.2023.

³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm Acesso em: 21.fev.2023.

aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996;

c) Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015⁵, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997;

d) Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125, de 29 de novembro de 2010⁶, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, dentre outras.

Logo, um dos possíveis instrumentos de solução para o volume de demandas pode consistir na Arbitragem, inclusive naquela de modalidade coletiva, que é um meio adequado de resolução de conflitos, com ampla utilização em outras searas do Direito e, ainda, apenas incipiente no âmbito do Direito Tributário. Neste tocante, há possibilidade de aplicação em parcelamentos especiais, programas de regularização de dívidas e agora, a chamada transação, contudo, não têm se revelado totalmente suficientes para o equacionamento do problema – carga tributária, alto grau de litigiosidade e estoque da dívida pública.

A experiência da arbitragem, em outras áreas do direito permite aplicá-la ao Direito Tributário, elencando as suas principais vantagens como é o caso da celeridade, quando comparada ao processo judicial; a estruturação do procedimento arbitral, em comparação ao estatal, que cuida de numerário de processos na casa de milhões; a especialização do árbitro, apto a julgar apenas questões tributárias em comparação ao emaranhado de normas jurídicas existentes (alto grau de especialização); a flexibilidade dos procedimentos, a serem escolhidos pelas próprias partes; a confidencialidade e a possibilidade de redução de custos, considerando que na esfera federal, estão embutidos, taxas e os encargos do Decreto-lei nº 1.025/69, a imposição de multas punitivas que podem chegar a 225%, o custo para a manutenção da máquina estatal, inclusive os seus advogados e os

⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm Acesso em: 21.fev.2023

⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm Acesso em: 23.fev.2023

⁶ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156#:~:text=CONFLITOS%20DE%20INTERESSES-Art.,%C3%A0%20sua%20natureza%20e%20peculiaridade.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico>. Acesso em: 21.fev.2023

eventuais honorários de sucumbência. No mais, a sentença proferida pelo árbitro pode ser executada.

Destaca-se que, nos termos defendidos por Cappelletti e Garth (1988, p. 127), a chamada terceira onda de acesso à justiça está embasada no acesso amplo e irrestrito à justiça, focadas nos procedimentos para prevenir disputas judiciais e, ainda, com a utilização de meios adequados à solução de conflitos, que não os tradicionais, em juízo, devendo existir diversos mecanismos para o acesso à justiça. Nesse sentido, ainda, a participação das associações de direito privado, como legitimados à participação na arbitragem tributária, poderá garantir o acesso de todos às discussões existentes, facilitando, simplificando, reduzindo custos e reduzindo a demanda perante o Poder Judiciário.

Feita a justificativa e relevância do tema, o objetivo geral é investigar a representatividade das associações de direito privado como requisito para ingresso na arbitragem tributária coletiva uma vez que, a arbitragem em matéria tributária e coletiva, pode colaborar como meio heterocompositivo a obter possíveis soluções, em regra, mais céleres e eficientes, fora do âmbito do Poder Judiciário, além de demonstrar que tal instrumento processual, qual seja, a arbitragem na modalidade coletiva, quando proposta por associação de direito privado, tem representatividade adequada para este fim, atendendo aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, além, claro, da duração razoável do processo.

A representatividade adequada, que está intimamente ligada à questão da legitimidade ainda, poderá garantir que o processo siga o seu curso com o respeito a todos os princípios constitucionais, como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, de forma a atender os interesses do grupo representado. Analisa-se, no caso, a necessidade, ou não, da avaliação, pelo juízo arbitral, da representatividade adequada.

Em outra perspectiva, vale ressaltar o fato de que já existe em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de transação no direito tributário, o que vem a demonstrar a ruptura ao entendimento de que, a figura do crédito tributário, tida como intocável, por representar o legítimo interesse público, possa ser objeto de convenção entre as partes, como legítima forma de se assegurar uma justa arrecadação, justiça social e fiscal, primando pela obediência aos princípios da moralidade, eficiência e boa-fé.

A transação no direito tributário, conforme será abordado no decorrer no trabalho, encontra-se prevista no Código Tributário Nacional, Lei federal nº 5.172, de 25 de outubro de

1966⁷, sem seu artigo 156, como forma de extinção do crédito tributário. Em sequência, o artigo 171, do mesmo diploma legal, conceitua o instituto da transação como uma faculdade aos sujeitos da obrigação tributária, estipulada pela legislação, de realizarem concessões mútuas que importe em determinação de litígio e, conseqüentemente, extinção de crédito tributário.

Desta forma, a Lei nº 9.307/96 não traz nenhuma vedação à utilização da arbitragem para a solução de conflitos onde a Administração Pública seja parte, inclusive com disposição expressa para que a administração pública estipule a arbitragem nos contratos que firmar, como disposto no art 1º, § 3º, que leciona que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

No âmbito federal, o instituto da Arbitragem tem previsão em inúmeros diplomas específicos dada à sua relevância como meio de solução consensual de conflitos, como:

a) o Decreto Federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019⁸, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do *caput* do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017;

b) Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021⁹, que dispõe sobre Licitações e Contratos Administrativos, dos arts. 151 a 154;

c) Lei federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a Proteção de Dados¹⁰; dentre outras como na legislação que regula as Parcerias Público Privadas – PPP e Parcerias para Públicas de Investimentos – PPI.

Mais do que isso, o parágrafo primeiro do artigo primeiro da Lei nº 9.307/96 é expresso ao possibilitar à administração pública direta e indireta a utilização da arbitragem para se dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ante as particularidades do direito tributário, notadamente a indisponibilidade do interesse público, assim entendido como o crédito tributário, devem ser superados alguns

⁷ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm Acesso em: 21.fev.2023

⁸ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm Acesso em: 21.fev.2023

⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm Acesso em: 21.fev.2023.

¹⁰ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 21.fev.2023

preconceitos e problemas de fácil superação, com a regulação da arbitragem em matéria tributária, em lei ordinária específica, conferindo segurança à sua aplicação.

Diante desse caos tributário, com milhares de discussões sobre questões afins em nossos tribunais judiciais e administrativos, a arbitragem coletiva pode ajudar na pacificação e redução dos conflitos, bem como pela possibilidade de ganhar agilidade nas discussões sobre a legalidade das exações e até mesmo na recuperação do crédito tributário, sabidamente a principal fonte de recursos para que o Estado possa fazer frente às suas despesas constitucionais.

A arrecadação de tributos possui diferentes finalidades, desde a geração de receita primária aos entes públicos, ou, como forma de interferir na atividade econômica, estimulando ou não, determinada atividade, ajudando, ainda, a concretização de políticas sociais, sendo necessária a simplificação e agilidade na resolução das demandas.

Há que se observar e questionar se, diante do modelo, até então adotado, há necessidade de ajustes ou, se depende de uma profunda reformulação constitucional, considerando inclusive que existem, mecanismos mais modernos, já existentes em nosso ordenamento jurídico, inclusive com a chamada “justiça multiportas”, encaixando-se, nesse contexto, a arbitragem coletiva, com a participação das associações de direito privado com representatividade adequada.

Paulo de Barros Carvalho enfatiza que o sistema do direito, notadamente no que tange ao direito tributário, possui uma estrutura hierarquizada de normas, que se opera no campo formal e material, sendo que, cada uma das normas se encontra fundada em outras normas superiores, sendo que a Carta Magna encontra esse papel de fundamental importância (CARVALHO, 2011, p. 218).

Desta forma, nota-se que a atividade financeira estatal se estabelece em três bases, sendo elas a arrecadação, a gestão e o dispêndio público. Assim, além de uma correta e justa arrecadação de tributos, é imprescindível, também, que o Estado seja dotado de mecanismos para sua aplicação, atendendo, portanto, os interesses da coletividade e às necessidades públicas. Salienta-se que atender os interesses e às necessidades públicas da sociedade significa garantir e prover a coletividade de uma série de bens e serviços públicos.

A obtenção de recursos para garantir e prover os interesses sociais, se dá através da aquisição pelo Estado dos meios imprescindíveis para cumprir suas funções via exploração dos seus bens e rendas ou o faz por intermédio da arrecadação de recursos financeiros derivados do patrimônio da população, seja pela aplicação de multas, seja pela tributação, entre outros.

Assim, há que se debater como devem ser definidas e realizadas as políticas públicas, bem como a escolha feita pelo Estado sobre o que fazer com os recursos financeiros arrecadados devem seguir sempre o interesse social e coletivo, pautando-se, desta forma, nas necessidades mais urgentes da sociedade e, também, devem ser conduzidas a partir dos valores constitucionais voltados para a consecução e o atendimento dos direitos fundamentais e sociais.

O Estado Democrático de Direito tem como objetivo satisfazer as necessidades públicas da sociedade. Necessidades as quais devem ser entendidas como necessidades individuais dos indivíduos, como alimentação e moradia; as necessidades coletivas, como os transportes públicos, educação e segurança, bem como as necessidades transindividuais, as quais vão desde a manutenção da ordem interna à defesa nacional, o fomento e o desenvolvimento econômico e social, a tutela dos direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. À vista disso, para que os entes públicos consigam realizar esta tarefa, o Estado depende de recursos financeiros, nas diversas modalidades de receitas públicas e a tributação tem papel fundamental e deve ser facilitado o acesso e às decisões, pondo fim de forma célere aos litígios.

Quando observamos a realidade de nosso sistema tributário, é fácil perceber que há uma imensa dificuldade entre os intervenientes, que se iniciam com a instituição, passam pela fiscalização e se encerram com a efetiva arrecadação dos tributos. Soma-se a isso, uma infinidade de regras, para cada um dos tributos e entes tributantes, que somente faz crescer a litigiosidade, tanto na esfera judicial, como na administrativa. Essa litigiosidade, se de um lado diminui a arrecadação, de outro lado, contribui para um ambiente de incerteza jurídica, pois, atrelado a um poder judiciário instável em suas decisões, o que aumenta a contingência fiscal, que em determinado momento, precisa ser resolvida, em prol da arrecadação e da regularidade fiscal dos contribuintes.

Os mecanismos judiciais de discussão tributária não se mostram totalmente adequados ao atingimento de um sistema tributário justo, eficaz e que permita a rápida e adequada solução de conflitos, com eficiência na arrecadação, o que abriria margem para uma redução da carga tributária e facilitação no cumprimento das suas regras.

Assim, o presente trabalho pretende estudar e responder as seguintes questões: no atual contexto do direito tributário, a arbitragem coletiva com a participação das associações e com representatividade adequada pode constituir em um meio adequado para a resolução e mitigação de conflitos na área tributária? Em caso positivo, seriam as associações

privadas legitimadas para participarem da arbitragem coletiva tributária? Como tratar da representatividade adequada?

Sob a metodologia qualitativa e fazendo uso dos métodos de revisão de literatura, hipotético-dedutivo e dedutivo, a pesquisa fora dividido em três capítulos.

A saber, o primeiro deles possui como objetivo conceituar e analisar o instituto da arbitragem de forma geral e, em sequência, no segundo capítulo, o instituto da arbitragem dentro do sistema tributário, com enfoque na questão da arbitrabilidade das lides tributárias. O terceiro capítulo é dedicado ao papel das associações de direito privado e à representatividade adequada, passando por conceitos, como da arbitragem tributária, arbitragem coletiva e das associações de direito privado.

Para tanto, buscaremos examinar, no capítulo inicial, o instituto da arbitragem, como forma adequada de resolução de conflitos tributários, avaliando as vantagens e desvantagens, dentro de um contexto de atendimento ao interesse público e modernização de procedimentos.

A arbitragem, conforme demonstrado, está normatizada pela Lei nº 9.307/1996, a qual trouxe muitos benefícios à sociedade brasileira, visto que colocou à disposição dos indivíduos, desde que respeitados os requisitos legais, um meio ágil e alternativo para resolução de controvérsias. Fora demonstrado que a arbitragem possui como aspectos importantes a celeridade e informalidade no julgamento; a possibilidade de contar com árbitros especializados em matérias pouco conhecidas; a garantia de imparcialidade. No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem possui uma grande perspectiva de crescimento, na medida em que seus resultados se revelem satisfatórios.

À vista disso, nota-se que a arbitragem se caracteriza como um sistema especial de resolução de litígios, ou seja, julgamento, com procedimentos, técnicas e princípios informativos próprios e com força executiva reconhecida pelo direito comum, por intermédio do qual as partes, em virtude de um conflito de interesses, escolhem de comum acordo e por livre e espontânea vontade, contratualmente, um terceiro denominado como árbitro, a quem confiam o papel de solucionar o litígio, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

A arbitragem tem, como principal fundamento, a autonomia da vontade privada e garante aos indivíduos o acesso à justiça, o qual pode ser considerado como o requisito fundamental de um sistema jurídico, moderno e igualitário que pretenda proclamar e garantir os direitos de todos. O Poder Judiciário tem, exponencialmente, aumentado o número de litígios e, desta forma, o descontrole sobre a alta litigiosidade, associado à ineficácia e

morosidade da resolução das demandas, acabam constituindo, portanto, notória afronta à fidedignidade do próprio Poder Judiciário e da própria democracia.

Assim, a aplicação de técnicas adequadas à resolução de conflitos, conforme aqui demonstrado e defendido, se mostra muito válido e adequado, visto que garantirá, se aplicado de forma correta, celeridade, amplo acesso à justiça e informalidade na aplicação dos procedimentos.

A busca pela celeridade, dentro do ordenamento jurídico, gera inúmeros benefícios em diversas áreas da sociedade, visto que possibilita e garante o regular desenvolvimento do setor econômico, de atividades empresariais e, também, da gestão pública, implicando, diretamente, no sistema tributário brasileiro.

Em consonância com o direito fundamental de acesso à justiça, este trabalho objetivou tecer considerações acerca do importante advento do sistema Multiportas no Brasil, o qual trouxe algumas inovações normativas por intermédio da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça e na Lei nº 13.105/15.

O sistema Multiportas coopera para o aumento exponencial da pacificação social, posto que o modelo em questão se propõe a ajudar os litigantes a encontrarem a melhor forma para resolver os seus conflitos, com o objetivo primordial de estabelecer um consenso, celeridade e o baixo custo. Desta feita, referido sistema contribui, efetivamente, por via reflexa, para a eliminação da cultura social da litigiosidade, posto que desincentiva a judicialização das lides.

Desta forma, o sistema Multiportas representa uma legítima amplificação do acesso à justiça, contribuindo, conseqüentemente, para a tutela tempestiva e eficaz de direitos, bem como para o combate à crise e morosidade do Poder Judiciário.

Ainda no primeiro capítulo, tivemos por objetivo demonstrar que a implementação de um sistema Multiportas no Brasil, por exemplo, dependia de iniciativas legislativas. Nesse sentido, o marco inicial para integração dos métodos adequados de resolução alternativas de conflitos no Brasil fora a resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça, nessa perspectiva, promulgou a Resolução nº 125 no ano de 2010, implementando de forma definitiva os métodos consensuais e adequados de resolução de litígios no Brasil. A Resolução nº 125/2010, conforme demonstrado no capítulo inicial deste trabalho foi essencial para atribuir ao Poder Judiciário a responsabilidade não só pelo incentivo, mas também, pela imperiosa execução de medidas imprescindíveis para implementação dos métodos consensuais e adequados.

Em sequência, após ser feita essa análise preliminar e conceitual dos meios adequados de resolução de conflitos, em especial a arbitragem, objetivamos analisar no segundo capítulo, a arbitralidade das lides tributárias.

A arbitragem tributária, conforme buscamos demonstrar, representa uma forma alternativa de resolução de conflitos, a qual objetiva reduzir as pendências judiciais no âmbito da jurisdição estatal, administrativa e judicial. Inicialmente, salientamos que, no Brasil, o principal obstáculo e discussão acerca da possibilidade da aplicação da arbitragem como forma de solução de conflitos em matéria tributária se encontra na questão da indisponibilidade do crédito tributário, atraindo-se a aplicação do princípio da legalidade.

A indisponibilidade do crédito tributário tem constituído para alguns um argumento para afastar a arbitragem do campo das relações tributárias, sob o fundamento de a arbitragem se constitui como um método heterocompositivo de resolução de conflitos, cujo fundamento primordial é a autonomia de vontade das partes e, conseqüentemente, submeter essas questões controvertidas ao procedimento arbitral implicaria dispor de elementos da obrigação tributária.

Nesse contexto, demonstramos neste segundo capítulo que, ao nosso entendimento, submeter uma lide que verse sobre matéria tributária ao instituto da arbitragem não ofende o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, visto que somente após da atuação unilateral da Administração Pública é que o contribuinte decidirá se resolverá seu litígio pela via arbitral, sendo que a figura da transação, por exemplo, indica que existe disponibilidade dos créditos tributários.

Em sequência, demonstrando a existência de alta litigiosidade, é tratada a questão da legitimidade das associações de direito privado como legitimados à participação na arbitragem coletiva e, por fim, o foco principal que é a análise da necessidade da representatividade adequada e a verificação (se necessária e possível) pelo árbitro.

A importância de se buscar meios adequados de resolução de conflitos em matéria tributária, sobretudo de forma coletiva e com segurança jurídica, respeitando o princípio do devido processo legal é causa, mais que suficiente a justificar o enfoque na representatividade adequada das associações civis de direito privado.

Resta lembrar que, de acordo com os dados abarcados no trabalho, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio da Justiça em Números, já supracitado, do Conselho Nacional de Justiça, vem demonstrando a alta litigiosidade em lides envolvendo a matéria tributária, principalmente no que tange a execução fiscal, demonstrando, desta forma,

que referidas ações não constituem uma boa opção efetiva de recuperação de créditos tributários, ante os inúmeros fatores, como por exemplo, a morosidade.

Através dos dados disponibilizados por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, os quais encontram-se previstos e explicados no último capítulo deste trabalho, verificou-se que, em 2019, por exemplo, as execuções fiscais representavam 39% dos casos pendentes de julgamento no Brasil, ou seja, de um total de 77 milhões de processos que estavam pendentes de julgamento no final do ano de 2019, aproximadamente 30 milhões consistiam em execuções fiscais.

No mais, em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (2021), fora informado que as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. Referida pesquisa buscou aduzir que o processo de execução fiscal acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela Administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional e, assim, acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas já cobradas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar neste trabalho que a partir de toda teoria, jurisprudência e os próprios dados levantados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio da Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, a arbitragem coletiva com a participação das associações pode ser um meio para resolução de conflitos muito ágil e eficaz, considerando a facilidade em superar a necessidade de representatividade adequada.

Com a introdução da arbitragem tributária coletiva, o ordenamento jurídico contará com maior celeridade na resolução dos litígios tributários, bem como poderá reduzir a pendência de processos nos tribunais, tanto administrativo quanto fiscais. A participação das associações de direito privado, como legitimados à arbitragem coletiva, poderá contribuir para a redução da quantidade de litígios, sempre estabelecendo como premissa a questão da representatividade adequada, como forma de garantia ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório e o efetivo atendimento dos interesses dos substituídos.

Há que se considerar que a doutrina é muito escassa com relação ao tópico específico do presente trabalho, razão pela qual são tratados os temas acerca da tutela coletiva, arbitragem coletiva, legitimidade e representatividade adequada em obras gerais, conjugando os temas e as definições aplicáveis ao que se defende, o que justifica, de forma mais assertiva a importância e o objetivo do presente estudo.

A utilização de meios adequados para resolução de conflitos favorece e muito o ordenamento jurídico tributário. Assim, com relação ao dispositivo constitucional que

assegura o acesso à justiça, verifica-se que o legislador dispõe que será assegurado meios à efetividade do direito ora consagrado, o que pode versar sobre meios de ordem judicial, administrativa ou extrajudicial, razão pela qual, se mostra viável cada vez mais a implementação e utilização da arbitragem, especialmente a coletiva, no ordenamento jurídico tributário, com a participação das associações de direito privado, diante da premissa da representatividade adequada.

2. DA ARBITRAGEM

A arbitragem consiste em adequada modalidade para a resolução de conflitos patrimoniais disponíveis, através da participação de uma ou mais pessoas, que são os árbitros, recebendo poderes por uma convenção de arbitragem, decidindo demandas, sem a participação do Estado, com expressa disposição legal e com os mesmos efeitos de uma sentença judicial (FERREIRA, 2019, p. 28-29). A título ilustrativo, alguns autores sustentam que a arbitragem é uma das mais antigas formas de resolução de conflitos, anterior inclusive ao Estado (JAKUBOWSKI, 1982, p. 175-188). BORN (2014), atenta ao fato de que, no Egito antigo havia exemplos de arbitramento, entre os séculos 2500 e 2300 a.C.

No direito brasileiro, após explanação sobre a história da arbitragem no direito brasileiro, NERY elenca que a Constituição Federal de 1988, não tratou, expressamente, da arbitragem, mas garantiu o direito de ação (artigo 5º, XXXV), sendo que após a criação da lei sobre os Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995), foi criada a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que disciplinou a matéria de forma completa, com a revogação do que até então existia, como o compromisso e o juízo arbitral. (NERY, 2016, pag. 44)

Dessa forma, a arbitragem aparece na qualidade de jurisdição paraestatal voltada a resolução de conflitos, conferida de forma facultativa aos interessados como sendo mais uma porta de acesso à justiça, ofertando ao consumidor do direito, soluções em tempo razoável, compatível com a lide, com segurança, justiça nas decisões e efetividade (FIGUEIRA JUNIOR, 2019, p. 105).

2.1. Do Acesso à justiça

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a abarcar expressamente em seu artigo 5º, incisos XXXV e LIV o acesso à justiça, abrangendo tanto a apreciação de lesão a direito em via repressiva, quanto a proteção em via preventiva, o que significa dizer, diante de qualquer ameaça a direito. No que tange ao acesso à justiça expõe Bedaque:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, correto, justo (BEDAQUE, 2003, p. 71).

Neste sentido, o conceito formal de acesso à justiça, de acordo com o previsto na Constituição Federal de 1988, não é condizente com aquilo que é um conceito adequado de acesso à justiça e a inexistência de restrições.

Assim, além do direito de ingressar no Poder Judiciário, há que se considerar a necessidade da observância de uma série de direitos e garantias que são condicionalmente consagrados e garantidos, como por exemplo, o rol de direitos e garantias fundamentais previsto no artigo 5º, da Constituição Federal, o direito a igualdade, julgamento por juiz imparcial, direito à ampla defesa e ao contraditório. Isso tudo se encontra contemplado em um conceito ainda restrito, visto que vinculado ao Poder Judiciário, mas um pouco mais ampliado do que o conceito citado no primeiro parágrafo.

Consequentemente, o acesso à justiça, em seu sentido material e mais amplo, significa ter acesso a uma ordem de valores, ou seja, a possibilidade que os indivíduos possuem de reivindicar os seus direitos, de buscar a satisfação dos seus interesses, desejos e necessidades sempre que amparado por lei, o que poderá ser realizado no âmbito dos Tribunais de Justiça, em qualquer das suas esferas, bem como por vias extrajudiciais, como é o caso da mediação, da conciliação e da arbitragem.

O acesso à justiça, desta forma, deve ser buscado por todos, objetivando a forma de garantir a efetiva resolução e extinção do conflito existente, sendo imprescindível que o Estado, por via de seus agentes representantes, crie formas de resolução de conflitos adequadas, com o fim de facilitar, bem como tornar mais efetiva a busca por soluções, perante a Justiça.

Em outras palavras, Flávia de Almeida Montigelli Zanferdini (2012, p. 244), argumenta que o acesso à justiça deve demonstrar a oferta de técnicas adequadas, sem perder de vista que o escopo maior da jurisdição é a pacificação social.

Assim sendo, o Direito e todos os seus microssistemas jurídicos encontram-se passando por constantes transformações e, desta forma, a justiça estatal clássica, adjudicada pelo Magistrado, não mais consiste em um único meio adequado para a resolução de conflitos.

Nesse sentido, o incentivo à utilização de técnicas extrajudiciais de resolução adequada de conflitos se verifica no enfoque do acesso à justiça, constituindo, assim, auxílio imprescindível à prestação do serviço estatal de tutela jurisdicional. Desse modo, ao lado da justiça estatal clássica, emergiram novas formas de acesso à justiça, como por exemplo, o sistema de justiça multiportas.

Norberto Bobbio (1992, p. 24) previa a necessidade de proteção dos direitos da chamada terceira geração, sendo, assim, um problema político a ser resolvido. Com a influência dos movimentos sociais, após a Segunda Guerra Mundial, o processo passou por uma ampla reformulação, sendo tratado como instrumento de alcance a justiça (CALAMANDREI, 2003, p. 185).

No que tange ao direito constitucional de acesso à justiça, necessário tecer algumas considerações acerca do Projeto Florença, o qual consistiu em um estudo desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), com a identificação de alguns dos principais obstáculos enfrentados, suas causas e, conseqüentemente, foram apresentadas algumas possíveis soluções para resolver os entraves do acesso à justiça.

O Projeto Florença fora desenvolvido durante um contexto de insatisfação mundial em face dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, causado pelo alto custo processual, demora na resposta jurisdicional, ou seja, morosidade, distanciamento da realidade social, entre outros. O Brasil não participou da pesquisa, todavia, o Relatório Geral foi publicado em 1988 e, desta forma, começou-se a despertar no país, a consciência e relevância do tema, inclusive em razão da Constituição Federal de 1988.

Na introdução do Relatório Geral, Bryant Garth e Mauro Cappelletti afirmam que a expressão acesso à justiça serve para determinar duas precípuas finalidades do ordenamento jurídico. Assim, os autores aduzem que, primeiramente, o sistema deve ser igualmente acessível a todos os indivíduos e, em segundo lugar, que o ordenamento jurídico deve produzir resultados que sejam individuais e, conseqüentemente, socialmente justos (CAPPELLETI e GARTH, 1988).

Destaca-se que o desenvolvimento das formas de prestação jurisdicional se encontra em expansão, precipuamente após os estudos desenvolvidos por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988). Com a análise dos resultados do Projeto Florença, referidos autores destacaram a existência de algumas soluções práticas para solucionar os empecilhos do acesso à justiça. As soluções em questão foram nomeadas de “as três ondas”.

A primeira onda possui enfoque na assistência judiciária para os pobres, objetivando uma solução para um problema social e histórico, agravado pelas visíveis disparidades econômicas e culturais, as quais alargavam o abismo de diferenças entre as classes sociais; a segunda onda possui enfoque na representação judiciária para os interesses difusos e; a terceira onda, almeja tentar atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Nesse sentido, nos termos defendidos por Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), a chamada terceira onda de acesso à justiça está embasada no acesso, amplo e irrestrito à justiça, focadas nos procedimentos para prevenir disputas judiciais e, ainda, com a utilização de meios adequados à solução de conflitos, que não os tradicionais, em juízo, devendo existir diversos mecanismos para o acesso à justiça. Nas palavras de Susana Bruno:

A terceira onda consiste em buscar o novo enfoque de acesso à justiça. As propostas que permeiam a terceira onda, denominadas ondas renovatórias, buscam alternativas plausíveis e efetivas à opção judicial já existente, objetivando, assim, atingir a satisfação do indivíduo com o acesso à justiça, buscando repelir todos os entraves para a efetivação deste direito. Para tanto, apresenta a sugestão de alteração no procedimento judicial, a mudança na estrutura dos tribunais e a criação de novos, a utilização de pessoas leigas e o incentivo de soluções informais de composição de litígios (BRUNO, 2012, p. 41).

Assim, a terceira onda de acesso à justiça busca a ampliação dos acessos, de forma ampla e irrestrita, à justiça, através de meios adequados, além do estatal, como é o caso da arbitragem coletiva tributária.

2.2. Da Justiça multiportas

O sistema de justiça multiportas assumiu um papel de grande importância no ordenamento jurídico, no âmbito dos litígios que permitem a autocomposição e, desta forma, a solução de forma judicial, dentro destes litígios, passou a ser a *ultima ratio*, ganhando maior projeção no Brasil com o advento da resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a qual teceremos considerações no tópico a seguir.

Referido sistema multiportas foi desenvolvido em meados da década de 1970 por Frank Ernest Arnold Sander, o qual vislumbrou a ideia de se introduzir no âmbito do Poder Judiciário americano a oferta de várias alternativas para a resolução de litígios, conforme explicam Tânia Lobo Muniz e Marcos Claro da Silva:

Sobre o estabelecimento de um sistema multiportas de solução de conflitos, Frank Sander³² levanta quatro pilares para a sua instituição efetiva, a saber: (i) a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos; (ii) a escolha do método a partir de uma triagem feita por um expert; (iii) adequada formação dos profissionais que irão manejar o conflito a partir destes métodos, incluindo advogados e mediadores/conciliadores; (iv) existência de uma política pública de conscientização sobre os benefícios de adotar os meios alternativos, além da adequação da destinação de recursos bem como sobre a economia a ser gerada no sistema judiciário com o incentivo à utilização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos – MASC (SILVA, 2018, p. 296).

Conforme demonstrado acima, havia a concepção de que é imprescindível avaliar, a partir das peculiaridades de cada litígio, a adequação dos variados meios para solução de controvérsias, como por exemplo a conciliação, mediação e arbitragem. Desta forma, feita a análise pormenorizada de cada um dos meios aptos à solução de conflitos, prosseguir-se-á verificação de seus procedimentos, com o único fim de aferir os meios que seriam adequados à resolução de cada um dos litígios que nasçam das relações sociais.

No Brasil, podemos verificar a implementação do sistema de justiça multiportas através dos chamados centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (Cejusc). Esses centros foram criados por advento da resolução 125/2010 do CNJ e, posteriormente, incorporados no Código de Processo Civil.

Cabe, portanto, a estes centros, enquanto unidades do Poder Judiciário, atender indivíduos em situação de conflitos em diferentes âmbitos de intervenção. Assim, insta salientar que o Cejusc deve ser estruturado em um setor pré-processual, um setor judicial e um setor de cidadania.

O sistema de justiça multiportas é, portanto, o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo, desta forma, diferentes meios, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar resolver um conflito. Conseqüentemente, o sistema multiportas, pode ser articulado ou não pelo Estado, envolvendo meios heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado.

Conforme assevera Watanabe (2005, p. 684/690) a adoção de mecanismos consensuais de solução de conflitos tem como finalidade proporcionar resolução adequada de conflitos, com a participação das partes, preservando o seu bom relacionamento, representando a redução de processos judiciais, como consequência da pacificação social, relevando que o acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, garante o acesso à “uma ordem jurídica justa”, cabendo ao estado a organização do acesso formal à Justiça Estatal, mas o socorro aos cidadãos de forma mais abrangente, com outros meios adequados de solução de conflitos, como é a arbitragem tributária coletiva.

No mais, cabe ressaltar que além da expressão justiça multiportas, existem outras, como por exemplo “meios de resolução de conflitos”, empregada por Monteiro, Fichtner e Mannheimer (2019, p. 12). Referidos autores, ao utilizarem-se dessa expressão asseveram que para a resolução de lides que abarcam direitos acentuadamente patrimoniais, o ordenamento jurídico assegura diversos meios para a solução da demanda.

No mesmo sentido, tem-se a utilização da expressão “meios alternativos de resolução de conflitos” (LUZ e SAPIO, 2017, p. 9-22), entre outras. Desta forma, verifica-se

que a utilização da expressão “justiça multiportas” se refere aos meios adequados de resolução de litígios que as partes dispõem para tanto.

2.3. O Poder Judiciário e os meios adequados de resolução de conflitos: A Resolução nº 125/2010 do CNJ

Os conflitos existentes no seio da sociedade moderna consistem em um resultado de diversos fatores que englobam essa própria sociedade e que, geralmente, nascem da complexidade de suas relações.

À vista disso, em outras palavras, pode-se dizer que os conflitos consistem em um processo ou estado em que dois ou mais indivíduos divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais, percebidos como mutuamente incompatíveis.

Desta feita, o Direito possui como função precípua formular e aplicar princípios e regras de ordem social, pacificando a sociedade, ao lado de garantir os direitos fundamentais e o acesso à justiça. Nas lições de Fábio Pallaretti Calcini (2016), temos os direitos fundamentais como obrigação de prestação e que consiste na imposição ao Estado de promover determinadas ações em benefício do cidadão, como forma de assegurar os direitos consagrados no texto constitucional.

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça é um marco no que diz respeito aos meios adequados de resolução de conflitos, sendo criada ante o grande acúmulo de lides no Poder Judiciário, conforme se verifica dos dados constantes do Conselho Nacional de Justiça (2022) assunto que será tratado em capítulo específico deste trabalho.

A resolução em questão estabelece importantes diretrizes para a promoção de políticas públicas para fomentar o uso de meios adequados de resolução de conflitos, como forma de redução de lides judiciais.

Um dos fundamentos da edição da Resolução 125/2010 foi que cabe ao Poder Judiciário estabelecer a criação e a promoção de políticas públicas de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesse, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação, o que se verifica através do disposto no artigo 1º:

Art. 1º. Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade;

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, fundamentou-se, ainda, a criação da Resolução sob a ótica da relevância e necessidade de se organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e demais meios consensuais de solução de conflitos, para que se possa evitar disparidades de orientações e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.

Destarte, nota-se, também, como justificativa da edição da Resolução, o princípio fundamental de acesso à justiça pleno, previsto na Constituição Federal de 1988, haja vista que o Estado tem o dever de proporcionar meios para este acesso à toda população, para que se tenha resolução e pacificação do litígio de modo resolutivo e célere. Com relação aos objetivos da Resolução, César Peluso aduz:

Em primeiro lugar, firmar entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios, do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplica-se, senão a frustrar expectativas legítimas. Em segundo lugar, oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes (PELUSO, 2011, p. 17).

Todavia, insta salientar que a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010 trata mais acerca dos conflitos judicializados, não apresentando, assim, uma forma efetiva de como será operada a resolução dos litígios antes que cheguem a juízo.

A norma elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça integra dezenove artigos divididos em quatro capítulos com o fim introduzir meios adequados de resoluções de conflitos do Poder Judiciário através de políticas públicas, dispondo, conjuntamente, acerca da forma de efetivar estas políticas através de conciliadores, mediadores e núcleos permanentes de soluções alternativas de controvérsias.

Não obstante, o artigo 4º da Resolução nº 125/2010 reitera uma das atribuições do Conselho Nacional de Justiça, sendo esta, de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por intermédio da conciliação e mediação, prevendo expressamente, ainda, a implementação do programa com a participação efetiva de uma rede

de todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como pelas entidades públicas e privadas parceiras e as entidades de ensino.

Ao tratar dos objetivos instituídos pela política do CNJ, como forma de garantir aos cidadãos direito à solução dos conflitos, por meios adequados, assim pontuam Cleide Aparecida Gomes Rodrigues e Ana Elisa Silva Fernandes:

Para se alcançar os objetivos instituídos da política do CNJ e assegurar aos cidadãos direito à solução dos conflitos por meios adequados à natureza e a peculiaridade do conflito, o art. 7º da Resolução n.º 125 atribuiu aos Tribunais a incumbência de criar os Núcleos Permanentes de Métodos de Solução de Conflitos de Interesses (NUPEMEC) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) para a realização das audiências de mediação ou conciliação. Nada obstante, o CEJUSCs demonstrou-se em crescimento, com o percentual de “66,4% em três anos - em 2015 eram 654 e em 2018, 1.088 (RODRIGUES e FERNANDES, 2020, p.71).

A Resolução 125/2010, portanto, tem como objetivo dar efetividade ao direito de acesso à justiça garantido pela Constituição Federal, objetivando buscar uma ordem jurídica justa. Nas palavras de Brito:

A Resolução foi objeto de atualização em 31 de janeiro de 2013. Assim, na vigente configuração, a política judiciária objetiva expressamente assegurar a todos o direito à solução das controvérsias por meios adequados à respectiva natureza e peculiaridade, devendo os órgãos judiciais, no prazo de 12 (doze) meses, ofertar instrumentos de composição, em especial os chamados meios consensuais como a mediação e a conciliação, bem como atendimento e orientação ao cidadão (BRITO, 2014, p. 12).

Denota-se, portanto, da Resolução 125/2010, a busca por meios mais pacíficos de solução dos conflitos, visto que, em virtude dos grandes números de litígios existentes no país, com o aumento exponencial de demandas judiciais, exige-se do Estado, como garantidor dos direitos fundamentais, assegurar a todos o princípio de ordem constitucional de acesso à justiça, tendo em vista que a concepção desse mesmo acesso à justiça corresponde à uma ordem jurídica justa.

2.4. Dos Meios Autocompositivos: Conciliação e Mediação

No ano de 1998, o Congresso Nacional iniciou determinada discussão sobre a mediação no âmbito do processo civil brasileiro, o que se findou com a criação do Conselho Nacional de Justiça e a consequente edição da Resolução nº 125/2010, anteriormente citada

neste trabalho, a qual estabelece a “Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”.

Posteriormente, com a promulgação do Código de Processo Civil, no ano de 2015, estabeleceu nos seus artigos 165 a 175 o regramento mínimo conferido à mediação e à conciliação, bem como a devida atuação do conciliador e mediador nos casos envolvendo estas resoluções adequadas de conflito.

Desta forma, o Código de Processo Civil, expressamente, ingressou na tentativa de inserir e incentivar as técnicas de autocomposição, com o intuito de diminuir a alta demanda do Poder Judiciário.

A valorização das formas consensuais de solução de conflitos vem sendo demonstrada, como por exemplo, no artigo 3º, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

A conciliação e a mediação consistem, portanto, em formas consensuais de solução de conflitos, onde um terceiro conduz as pessoas envolvidas em determinada lide, para uma situação de diálogo, buscando que as mesmas, cheguem a um acordo. Ambas as modalidades tratam de instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, objetivando-se, desta forma, reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesse, bem como a quantidade de recursos e de execução de sentenças. Podemos observar nas palavras de Fernanda Tartuce:

A conciliação é aquela na qual o terceiro imparcial, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliará as partes a celebrarem um acordo, até mesmo expondo pontos fortes e fracos de suas posições e propondo acordo. A mediação, por sua vez, conta com a participação de terceiros que auxiliarão as partes no conhecimento das origens multifacetadas do litígio fazendo com que elas próprias, após esse conhecimento ampliado, proponham soluções para os seus litígios (TARTUCE, 2020, n.p.).

Desta forma, cabe salientar que existem algumas diferenças entre estas duas modalidades de resolução alternativa de conflitos. Assim, na conciliação, existe uma atuação mais efetiva do terceiro, o qual pode propor soluções para a resolução do conflito, atuando, preferencialmente, nos casos em que não se tem prévio vínculo jurídico entre as partes, nos termos do artigo 165, § 2º, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, no que tange a atuação do terceiro na mediação, esta se dá de forma mais reservada, estando sua atividade limitada a instruir as partes para auxiliar qual é o objeto do litígio e para que se estabeleça um diálogo a fim de lograr a autocomposição. Na mediação, o terceiro atuará em casos em que já exista prévia relação jurídica entre as partes,

conforme dispõe o artigo 165, 3º, do Código de Processo Civil. Assim explicam Carlos Alberto de Salles, Marco Lorencini e Paulo da Silva:

Além de ajudar as partes a pensar a controvérsia sob diferentes ângulos, tirando-as de posições preconcebidas, o mediador visa dar objetividade ao diálogo, a incentivar os mediados a exercitar o ouvir, o falar e o refletir, para que não haja discussões estéreis e agressividade. Cabe a ele também encontrar o local mais adequado para o desenvolvimento dos trabalhos e zelar por um clima que convide à mediação. É sua atribuição, ainda, definir o procedimento, as regras e combinações em que a mediação vai se desenrolar. Mas, sobretudo, é sua tarefa identificar a pretensão das partes (SALLES, LORENCINI e SILVA, 2019, p. 76).

Há que se considerar, portanto, que a atuação do conciliador é mais incisiva, visto que, o mesmo, apresenta diversas soluções potenciais para o litígio, enquanto na mediação tem-se, tão somente, a abertura de caminho para a comunicação entre as partes envolvidas. Montans afirma que:

A vantagem de se permitir que a presidência da audiência se dê por um conciliador ou mediador é que estes podem manifestar-se sobre o litígio (de forma mais ou menos ativa, conforme sua condição) sem que isso constitua um pré-julgamento já que, caso infrutífera a tentativa de acordo, o processo será julgado por quem não participou da audiência: o juiz. É possível que haja conciliação ou mediação parcial que verse apenas sobre um fragmento do conflito e as demais possivelmente levadas ao Poder Judiciário (MONTANS, 2020, p. 751).

Neste sentido, verifica-se que a conciliação consiste em um ato restrito à obtenção do acordo para resolução do litígio apresentado pelas partes da relação jurídica e, por outro lado, a mediação se verifica por intermédio de uma prática realizada fora do âmbito e do controle do Poder Judiciário e que, diferentemente do que ocorre na conciliação, o mediador deverá se abster de aconselhar, emitir opiniões ou apresentar propostas de acordo durante o trâmite processual.

Segundo Tartuce (2008), a diferença entre a mediação e a conciliação residiria, no fato desta, buscar essencialmente o acordo, o que permitiria ao conciliador, inclusive, sugerir propostas com intuito de estimular as partes a transacionarem e extinguirem o litígio, ao passo que a mediação objetivaria o restabelecimento da comunicação para que os próprios envolvidos busquem soluções para suas questões conflituosas.

Verifica-se, desta forma, que a ideia da mediação é que ela restabeleça o diálogo entre os envolvidos, de modo que eles verifiquem, por si mesmos, outros aspectos do impasse, de modo a chegar em uma solução. A respeito do papel do mediador argumenta Vargas:

O mediador tem o papel primordial de restaurar o diálogo entre as partes, sem impor decisões ou expressar sua opinião sobre o resultado do pleito, a fim de que os próprios mediandos possam construir a resolução consensual da disputa. Trata-se de profissional que atua como facilitador da comunicação entre os envolvidos, especialmente para fazer com que as partes deixem de focar apenas suas próprias posições e possam ser reconduzidas aos reais interesses envolvidos na disputa. Em que pese a atuação do mediador, a responsabilidade pela construção do consenso é apenas das partes em disputa (VARGAS, 2012, p. 44).

Assim, pode-se pontuar que a mediação é, por essência, um método multidisciplinar, o que exige dos mediadores familiaridade com diferentes áreas do conhecimento humano e sensibilidade.

No mais, a mediação, demonstra-se como um procedimento mais demorado do que a conciliação, visto que na mediação, via-de-regra, exige a elaboração de várias sessões para que se atinja o resultado almejado. Conseqüentemente, nota-se que a mediação se mostra como um mecanismo de resolução de conflitos mais indicado para pessoas que mantenham relações interpessoais duradouras, como por exemplo, os familiares.

Por fim, importante salientar que o Código de Processo Civil dispõe, de forma expressa, acerca da importância da resolução de conflitos pela conciliação e pela mediação. No mais, o Código de Processo Civil, em seu artigo 166, dispõe acerca dos princípios pelos quais referidas formas de resolução alternativas de conflitos devem ser pautadas, em especial a imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e independência.

2.5. Da Arbitragem: Das Noções históricas à contemporaneidade

2.5.1. Histórico

A história humana é marcada por infindáveis conflitos, e junto deles, o desenvolvimento de ferramentas necessárias a fim de mitigá-los. Tais metodologias de solução de impasses foram, no decorrer da evolução histórica da sociedade, pautadas nos institutos da autocomposição, da autotutela, da arbitragem e pela própria judicialização da questão a ser resolvida.

Em especial, verifica-se a presença do instituto da arbitragem em antigas civilizações, com desenvolvimento no direito romano. Cada modo de processamento de arbitragem, que já existiu nos demais ordenamentos jurídicos, atentaram-se a especificidades relativas ao momento histórico e jurídico das sociedades e, assim, sendo responsável por responder e suprir questões presentes. Ensina Mujalli, (1997, p. 40) que tal mecanismo de

solução de litígios teve um papel importante no decorrer da Idade Média, por conta de alguns fatores:

A ausência de leis ou a sua excessiva rigidez e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; uma variedade de ordenamentos; falta de garantias jurisdicionais; uma variedade de ordenamentos; a fraqueza do Estado, e finalmente, os conflitos existentes entre o Estado da época e a Igreja (MUJALLI, 1997, p. 40).

Em sequência, convém destacar as disposições de Moreira Junior:

A partir do séc. XII, a Idade Média está repleta de casos de arbitragem entre cavaleiros, entre barões, entre proprietários feudais e entre soberanos distintos, além de ter surgido nesta mesma época a arbitragem comercial, à medida que os comerciantes preferiam que seus conflitos fossem dirimidos por árbitros que eles indicassem, porquanto mais rápidos e eficientes em relação aos tribunais oficiais. Merece ainda registro a prática da arbitragem no seio da Igreja medieval, que representava não só a força espiritual de toda uma época, como era ainda mais coerente, mais extensa organização social e que apresentava a ordem jurídica interna mais poderosa (FIGUEIRA JUNIOR, 1999).

A arbitragem no Brasil tem sido adotada desde os tempos da colonização portuguesa, nas Ordenações Filipinas. Desta forma, a arbitragem consiste em um método antigo de composição, o qual é consistente na escolha pelas partes de uma terceira pessoa para solucionar a controvérsia.

Dito isto, a arbitragem, no Brasil, surgiu pela primeira vez, na Constituição do Império do ano de 1824, em seu artigo 160, ao prever que as partes poderiam nomear juízes árbitros para que conflitos pudessem ser solucionados e que suas decisões fossem executadas sem recurso, se as partes, assim convencionassem.

A Constituição Brasileira de 1826 já admitia a resolução de controvérsias pela via arbitral tanto no âmbito cível quanto no âmbito criminal. E, nas palavras de Ferreira, Montes Netto e Santos Filho (2021, p. 03), no ano de 1850 fora adotado o sistema arbitral para os assuntos que versavam sobre a relação contratual de locação mercantil. Nesse seguimento, no que tange a história da arbitragem no Brasil, Giandoso expõe:

A Constituição da República de 1891 limitou sua utilização, dispondo que somente nas hipóteses de se evitar a guerra, poderia ser tal dispositivo utilizado. Com o Código Civil de 1916, a esfera cível absorveu o juízo arbitral, delineando o instituto nos artigos 1037 a 1048, prevendo que as pessoas capazes de contratar poderiam firmar compromisso para solucionar suas pendências jurídicas referentes a direitos patrimoniais disponíveis mediante tribunal arbitral. [...] A Constituição de 1967, de acordo com a Emenda nº 1 de 1969, passou a prever em seu artigo 7º, que os conflitos internacionais deveriam ser resolvidos por negociação direta, arbitragem e outros meios pacíficos. (GIANDOSO, 2014, p. 04).

No mais, após a Constituição Federal de 1988, a Lei de Arbitragem, de nº 9.307/96, constitui-se como um meio de resolver os litígios das partes, trazendo rapidez e informalidade no julgamento, dentre outros benefícios, adiante tratados. Todavia, a dificuldade da arbitragem se denota na possibilidade de criarem-se Tribunais Arbitrais sem o necessário hábito do brasileiro em recorrer ao Poder Judiciário. À vista disso, pontua Piske:

No Brasil, há uma perspectiva de crescimento da arbitragem, na medida em que seus resultados se revelem satisfatórios. Todavia, seu alcance ainda é restrito às empresas ou pessoas físicas de maior poder aquisitivo, sendo praticamente desconhecida da população mais carente. Os seus processos exigem pagamento dos árbitros e isto inviabiliza a procura pelos que não dispõem de recursos. Assim, tende a ficar restrita a conflitos empresariais (PISKE, 2012, s.p.).

E o mesmo autor continua, ao defender que houve o patrocínio, por parte do Estado brasileiro, para a criação do Juízo Arbitral, com o objetivo, dentre outros, de facilitar o acesso à justiça e agilizar os processos:

O Estado brasileiro atento à necessidade de desenvolver outros foros para a pacificação social e para a solução de controvérsias, patrocinou, a criação do Juízo Arbitral, tendo como escopo agilizar os processos e facilitar o acesso à Justiça, criando um foro adequado às causas envolvendo questões de direito comercial, negócios internacionais ou matérias de alta complexidade, para as quais o Poder Judiciário não está aparelhado. É neste contexto que a arbitragem surge como excelente e insuperável alternativa para a solução de litígios, funcionando ainda para descongestionar os órgãos jurisdicionais estatais, excessivamente sobrecarregados, na esteira do que vem ocorrendo nos mais diversos países, especialmente europeus e sul-americanos (PISKE, 2012, s.p.).

Nesse seguimento, importante salientar que a Lei de nº 13.129/2015 entrou em vigor, alterando e acrescentando alguns dispositivos, previstos na Lei nº 9.307/1996, adotando, desta feita, o que já vinha sendo frutífero e incluiu os entendimentos consolidados na jurisprudência dos Tribunais, assim como expressamente previu a arbitragem com a administração pública com relação a direitos patrimoniais disponíveis.

À vista disso, verifica-se que a arbitragem sempre esteve presente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tanto em nossas Constituições bem como em Leis específicas, razão pela qual é evidente a importância dada ao instituto da arbitragem como forma de solução de conflitos no Brasil. Ferreira, Montes Netto e Santos Filho (2021, p. 03) afirmam que:

Embora a arbitragem seja uma das modalidades mais antigas de resolução de disputas, no Brasil, somente em 1996, ganhou novos traços e se tornou uma

modalidade adequada de solução de controvérsias com a possibilidade concreta de ofertar maior celeridade e especialidade.

Antes da entrada em vigor da atual Lei de Arbitragem, nas palavras de Ferreira, Netto e Castro (2020, p. 249), o instituto da arbitragem não era muito utilizado, em virtude de determinação contida no Código de Processo Civil de 1973, o qual impunha a homologação do denominado “laudo arbitral”, por sentença judicial, ensejando a possibilidade da interposição de recursos, o que acabava de converter o Judiciário numa espécie de segunda instância da arbitragem.

No mesmo sentido, Figueira Júnior (1999, p. 101-102) aduz que a atual Lei de Arbitragem, apesar de ter sido aprovada tardiamente, representou um avanço, especialmente em comparação com o que dispunha o Código de Processo Civil de 1973, inserindo o Brasil no grupo dos países que possuem a mais moderna e atualizada legislação sobre o tema (2021, p. 03).

A Lei de Arbitragem nº 9.307/96, desta forma, estabeleceu a via arbitral como um meio adequado para a resolução de litígios, trazendo inúmeras vantagens, como por exemplo, celeridade, liberdade na escolha de árbitros, confidencialidade no procedimento e, conforme Ferreira, Montes Netto e Santos Filho (2021, p. 04), trouxe, ainda, uma provável redução de custos, em comparação com a justiça estatal, considerando os custos totais para a manutenção de uma demanda judicial, visto que na justiça estatal não existe uma previsão de duração do processo, havendo a possibilidade, conseqüentemente, de interposição de diversos recursos, podendo a solução definitiva da disputa se arrastar por anos. Carmona enfatiza que:

Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência no Poder Judiciário, mesmo que a posteriori. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para exequatur retirava vária das vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado a possibilidade de recurso especial junto ao Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos (CARMONA, 2009, p. 05).

Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente do direito, tem-se observado uma grande ampliação da resolução dos conflitos pela via arbitral, e aumento do seu campo de atuação para abranger os mais diversos ramos do direito, conforme abordaremos neste trabalho, trazendo a incidência da arbitragem no âmbito tributário coletivo.

Assim, o artigo 1º da Lei de Arbitragem, dispõe que a resolução de controvérsias pela via arbitral somente deverá ser utilizada para dirimir litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, existindo um grupo de matérias absolutamente inarbitráveis, que abrangem os direitos relativos à capacidade e ao estado civil das pessoas e famílias, litígios referentes a direitos personalíssimos, sobre bens fora do comércio, determinados créditos da Fazenda Pública, matérias criminais, execuções de sentença e de títulos executivos

extrajudiciais, dentre outros (FERREIRA; MONTES NETTO; SANTOS FILHO, 2021, p. 05).

Desta forma, na concepção, de Ferreira, Montes Netto e Santos Filho, é notório que a arbitragem poderá ser utilizada para a solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis ou aspectos exclusivamente patrimoniais de questões que, a princípio, escapariam de eleição da via arbitral, possibilitando a sua utilização, por exemplo, em conflitos envolvendo direito do consumidor, direitos coletivos, locações de imóveis urbanos, direito empresarial, direito de família, direito das sucessões e do trabalho, direito tributário, dentre outros.

No mais, insta pontuar, até mesmo, a possibilidade da utilização da arbitragem em conflitos envolvendo a Administração Pública, considerando que embora a Lei n. 9.307/96 não tenha previsto, na sua redação original, é possível a sua aplicação, uma vez que, também não houve imposição de nenhuma proibição (FERREIRA, MONTES NETTO e SANTOS FILHO, 2021, p. 06).

Ademais, com a publicação da Lei n. 13.129/2015, ficou expresso que a administração pública direta e indireta pode valer-se do instituto da arbitragem para a resolução de conflitos patrimoniais disponíveis, o que engloba, questões tributárias.

Desta forma, a utilização da arbitragem na resolução de conflitos patrimoniais disponíveis representa uma tendência a ser observada ainda no direito tributário, matéria objeto deste trabalho. À vista disso, embora a arbitragem esteja presente no nosso ordenamento jurídico desde os primórdios, com a aprovação da atual Lei de Arbitragem, tem-se verificado a sua expansão e aplicação aos mais diversos ramos do direito para a resolução de conflitos patrimoniais disponíveis. No mais, imperioso salientar que a arbitragem teve sua origem com base nos costumes e segundo Silva:

No Brasil, a arbitragem foi sendo tratada ao longo do tempo por diferentes instrumentos normativos, dos quais se tem registro o Assento de 10/11/1644, o Decreto nº 353, de 12/07/1845, o Regulamento nº 737, de 1.850, e o Decreto nº 3.900, de 26/07/1867, que aboliu a obrigatoriedade do Juízo Arbitral. Além destes, no plano internacional, tem-se a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 30/01/1975, a qual foi ratificada pelo nosso país em 09/05/1996, através do Decreto nº 1.902 (SILVA, 2006, p. 03).

Assim, pode-se afirmar, ao final, conforme afirma Silva (2006), com o advento do Código Civil e a regulamentação do compromisso, somente a partir de 1.996, com o advento da Lei de Arbitragem nº 9.307, que o ordenamento jurídico recebeu profundas alterações no que diz respeito a matéria, como por exemplo a autonomia da decisão arbitral, reconhecida

pelo Poder Judiciário e aceita como título executivo, que o instituto se firmou perante a realidade brasileira.

2.5.2. Conceito, natureza jurídica e constitucionalidade

A arbitragem se configura como um mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos em que os árbitros recebem poderes para solucionar o litígio, seja ele futuro ou presente. Gonçalves (2010, p. 583) destaca que a arbitragem é um acordo de vontades, por meio do qual as partes, preferindo não se submeterem à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos de interesses. No mesmo sentido, expõe Mujalli:

É uma convenção privada, celebrada entre duas ou mais pessoas, para solução de suas controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas (árbitros), que recebem os seus poderes dos seus convenientes, para com base nesta convenção, decidirem os seus conflitos, sem a intervenção do Estado, sendo que a decisão destinada às partes tem a eficácia da sentença judicial (MUJALLI, 1997, p. 52).

Desta forma, a arbitragem pode ser definida como um mecanismo privado de resolução de conflitos, ou seja, não vai transcorrer dentro do Poder Judiciário. Lee e Valença Filho valem-se da questão quando lecionam que:

O árbitro, ao ser designado pelas partes para exercer essa função, assume a posição de juiz da causa, cumprindo sua missão jurisdicional ao proferir a sentença que decide a controvérsia. Desta forma, como a sentença judicial, a sentença arbitral se impõe às partes e é obrigatória, tendo força de coisa julgada. A sentença arbitral tem, ainda, valor de título executivo extrajudicial (LEE e VALENÇA FILHO, 2002, p. 24).

A decisão no processo arbitral será imposta por um terceiro, o qual será escolhido pelas partes litigantes, razão pela qual consiste em um método heterocompositivo. Giandoso destaca:

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos pelo qual pessoas capazes de contratar submetem litígios relativos a direitos patrimoniais, acerca dos quais os litigantes possam livremente dispor, ao julgamento de um ou mais árbitros, os quais recebem poderes de uma convenção arbitral privada, decidindo o litígio com base na mesma, sem intervenção estatal, proferindo-se uma sentença arbitral com a mesma eficácia da sentença judicial (GIANDOSO, 2014, p. 2).

Em outros termos, mas também asseverando que a arbitragem é uma técnica adequada para a solução de controvérsias, através de uma instituição privada, em intervenção do Estado, afirma Carmona:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial (CARMONA, 2009, p. 15).

Nesse sentido, importante salientar que a arbitragem é, pois, um instituto de exceção contido no ordenamento jurídico. A tradicionalidade impõe que as resoluções de conflitos existentes entre os indivíduos demandem o Poder Judiciário para saná-los. Assim sendo, por seu caráter de excepcionalidade, não se pode confundi-la com um tribunal de exceção. Venosa enfatiza tais aspectos:

O conteúdo contratual do compromisso arbitral é acentuado. O juízo arbitral que se instala pelo compromisso é exceção à regra geral tradicional segundo a qual nenhuma causa pode ser suprimida do Poder Judiciário. Não se confunde, porém com um tribunal de exceção, cujo conceito refoge às garantias do pleno direito. Ninguém é obrigado a pactuar o juízo arbitral, tanto que somente as pessoas capazes de contratar podem fazê-lo sobre direitos disponíveis (VENOSA, 2017, n.p.).

Desta forma, a arbitragem consiste em um instituto autônomo dentro do ordenamento jurídico, visto que, disponibilizam as partes, dentro da sua autonomia da vontade, a possibilidade e o direito de solucionar os litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis pela via da arbitragem. Conforme elucida Caetano (2002, p. 17 e 57), a arbitragem abrange todos os direitos dos quais o indivíduo pode dispor. Vejamos seu ensinamento:

Todos os direitos que têm conteúdo de ordem patrimonial ou econômica dos quais se pode dispor. Isto é, dar, usar, gozar, negociar, fornecer, comercializar, ceder, emprestar, mesmo renunciar. Simplesmente todo ato ou fato entre as pessoas, firmas ou empresas particulares que possam ser objeto de qualquer contrato, seja por instrumentos particulares ou públicos, verbais, por cartas, e-mail etc. (CAETANO, 2002, p.17 e 57).

Neste sentido, a liberdade e a autonomia da vontade das partes encontram-se previstas, expressamente, na Lei de Arbitragem nº 9.307 de 1996, visto que seu artigo 1º dispõe que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativamente a direitos patrimoniais disponíveis, os quais se tratam de direitos sobre os quais não se tem normas cogentes impondo o cumprimento do preceito sob pena de nulidade ou anulabilidade de ato que infrinja tal regra, podendo ser ou não exercido de forma livre pelo seu titular.

O compromisso arbitral, portanto, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir. Nas lições de Scavone Junior:

A arbitragem pode ser definida como meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controversada, que apresentará uma sentença arbitral (SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 15).

À vista disso, será vedada, a princípio, a arbitragem no que tange a direitos de família, como a fixação de alimentos, direito sucessório, obrigações naturais e direito penal, visto que tratam de direitos patrimoniais indisponíveis. Todavia, as consequências patrimoniais dos direitos indisponíveis podem ser submetidas à arbitragem, a exemplo do *quantum* da pensão alimentícia, desde que se trate de partes maiores e capazes, constituindo, desta forma, na arbitralidade subjetiva. Assim a capacidade de contratar consiste, portanto, em uma condição *sine qua non* para se firmar validamente a convenção de arbitragem.

Contudo, Oliveira (2004, n.p.) expõe que nem todos os direitos são suscetíveis de serem classificados como disponíveis ou indisponíveis. Alguns destes aderem outras formas de classificações que não estas, e, conseqüentemente, também ocupam o rol dos direitos que não podem ser objeto da discussão arbitral, juntamente aos indisponíveis. Assim, referido autor destaca que há direitos que não se encaixam na classificação de disponível ou indisponível, porém por serem indivisíveis também estão excluídos de jurisdição privada, tais como os difusos e coletivos.

Ficam, portanto, junto aos direitos indisponíveis, excluídos da apreciação privada, os direitos que versam sobre direito penal, direito constitucional, direito administrativo, direitos da personalidade, como o nome, a vida, a integridade física, entre outros. Mesmo considerados direitos patrimoniais, ficam igualmente excluídos do rol da arbitragem, por exemplo, o direito de herança, uma vez que o ordenamento jurídico exige a realização de inventário por meio do Poder Judiciário ou ainda, extrajudicialmente.

Com relação à cláusula compromissória, de acordo com Lei nº 9.307/1996, se trata da convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato, conforme dispõe o artigo 4º do referido dispositivo legal. Pinto (2004), afirma que:

No entanto, em face do teor do art. 5º, vimos insistindo em dois pontos fundamentais para a consolidação da arbitragem no Brasil, a saber: (i) que a cláusula

compromissória seja redigida com o cuidado que ela merece de maneira a torna-la uma cláusula completa (“cláusula cheia”) a permitir a instituição da arbitragem e (ii) que se adote, nesta fase de consolidação do instituto no Brasil, a arbitragem institucional, fundada esta em regras claras e bem definidas, evitando-se o uso da arbitragem “ad hoc”, com a criação de regras desenhadas pelas partes.

A razão é bastante simples. Devemos evitar, a qualquer custo, que venhamos a incidir na criação de “cláusulas vazias” ou “cláusulas patológicas” que, além de frustrarem o interesse e expectativa das partes signatárias, levam à instauração de um “contencioso parasita”, ao amparo do art. 7º, da Lei (PINTO, 2004, n.p.).

Nesse sentido, é imprescindível pontuar que cláusula compromissória é totalmente diferente de compromisso arbitral, visto que este último necessita de certos elementos constitutivos para ter validade, sendo, por exemplo, partes devidamente qualificadas; os árbitros; o objeto concernente à arbitragem, entre outros.

A cláusula compromissória, no mais, deve estabelecer se a arbitragem será o meio utilizado para solucionar todas as controvérsias que versem o contrato, por exemplo, ou se irá determinar que somente certas questões que serão objeto do mecanismo de arbitragem, assim como elenca Figueira Junior:

Ocorrendo a controvérsia, era exigido das partes acordarem quanto aos termos e condições da arbitragem e firmarem o compromisso arbitral, no qual se configuraria a estrutura procedimental da arbitragem, seriam nomeados os árbitros, circunscrito o objeto da disputa e o seu valor, etc. No entanto, como o compromisso arbitral era considerado um documento de natureza contratual, se a parte apontada como faltosa não comparecesse para firmá-lo, não havia meios de compeli-la a tanto, com o que somente restava à parte prejudicada a via judicial para resolver a questão, normalmente por perdas e danos. Ademais, a lei exigia a homologação judicial do laudo arbitral, sob a perspectiva de que, não sendo o juízo arbitral um órgão jurisdicional, não poderiam os laudos que proferisse gozar de eficácia similar a uma sentença judicial (daí que somente quando homologados pelo juiz competente estaria lhe sendo outorgada a força cogente da autoridade judicante). Esta ausência de coercitividade judicial na decisão do árbitro, por consequência também impedia a execução dos próprios laudos ou a imposição de medidas coercitivas ou cautelares (CPC, art. 1.086, I e II) (FIGUEIRA JUNIOR, 1999).

Inicialmente, no que tange as suas particularidades, a cláusula compromissória deve ser elaborada por escrito e, conforme fora pontuado, inserida no contrato ou em um documento apartado a este vinculado, visando submeter o processo arbitral aos litígios futuros decorrentes da relação contratual. Oliveira é claro quando elucida tal questão, como podemos observar:

Cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) é aquela constante no contrato realizado entre as partes, no intuito de encerrarem as divergências existentes entre elas, ficando a questão submetida à arbitragem, que se realizará pelos árbitros escolhidos pelas mesmas. *Como foi dito anteriormente*, a cláusula compromissória diz respeito a uma controvérsia futura. A lei determina que ela deve

ser escrita, no próprio documento, ou em separado, desde que haja referência expressa ao contrato firmado (OLIVEIRA, 2004, n.p.).

No que tange ao objeto da controvérsia, caberá à cláusula mencionar a forma pela qual será integrada, ou seja, de que forma será manifestado seu conteúdo, seja por escrito, seja verbalmente.

À vista disso, verifica-se que a cláusula compromissória é de suma importância para a arbitragem e esta deve ser clara e precisa em todos os seus termos. A ausência, bem como a recusa da parte contrária em assinar o compromisso dará o direito à parte frustrada de recorrer ao Poder Judiciário para obter êxito da obrigação contraída e representada pela cláusula compromissória. Assim, explica Almeida:

Além disso, a existência, o objetivo e a aplicabilidade de uma cláusula arbitral são questões de interpretação contratual, de modo que os tribunais judiciais devem considerar os termos da referida cláusula no contexto em que surge o acordo, inclusive se a linguagem é permissiva ou obrigatória.

Uma linguagem clara revela-se necessária, por exemplo, para vincular uma terceira parte nos casos de cláusula arbitral por referência. Para ilustrar, cita-se a hipótese do conhecimento de embarque, que geralmente contém, por referência, os termos do contrato de afretamento que o originou (ALMEIDA, 2013, p. 163-164).

Desta feita, a cláusula compromissória pode ser uma cláusula vazia, cheia, patológica ou escalonada. Em se tratando de cláusula vazia está restará caracterizada quando estiver ausente a indicação da forma de nomeação do juízo arbitral, cabendo a parte interessada comunicar a parte contrária de seu interesse de iniciar o procedimento arbitral, convocando-a para firmar o compromisso, conforme pontua Giandoso:

Nesse caso não é estipulado o juízo arbitral, ou seja, o árbitro ou os árbitros que participarão da arbitragem. A cláusula vazia afasta o juízo estatal para a solução do conflito, mas não possui a capacidade de instituir o juízo arbitral, sendo necessário a intervenção do juízo estatal com o objetivo deste determinar a nomeação do árbitro ou dos árbitros e assim institua a arbitragem (GIANDOSO, 2014, p. 08).

Por outro lado, a cláusula cheia consiste naquela que está completa, razão pela qual se encontra apta ao início do procedimento arbitral. Já a cláusula patológica, consiste em uma cláusula eivada de falhas e distorções, razão pela qual deve-se evitá-la a qualquer custo, visto que frustra o interesse e as expectativas das partes contratantes. Por outro lado, no que tange a cláusula escalonada, a qual deve ser escrita de forma clara e objetiva, explica Giandoso:

Consiste na previsão expressa que a solução do conflito será primeiramente buscada através da mediação e conciliação, para somente após ser instituída a arbitragem. Nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.307/96, havendo resistência por uma das partes em instituir a arbitragem, poderá ser interessada se socorrer ao Poder Judiciário, para que por meio de ação própria, seja suprida tal falta (GIANDOSO, 2014, p. 09).

Assim, na cláusula escalonada as partes irão delimitar um lapso temporal para tentar uma composição amigável do litígio suscitado a partir da avença celebrada. O objetivo desta cláusula é atribuir certa eficiência e um baixo custo à resolução da controvérsia contratual de uma modalidade de resolução flexível e adaptável à relação negocial das partes.

Salienta-se, ademais, que a cláusula compromissória deve ser elaborada com clareza e exatidão, encontrando o equilíbrio do que pode e o que deve estar contido na cláusula, utilizando-a, desta forma, como um mecanismo eficaz para garantir o pleno desenvolvimento de todo o processo de arbitragem de acordo com a vontade das partes.

A cláusula compromissória, portanto, possui natureza de negócio jurídico processual, gerando, assim, efeitos na esfera jurídica dos contratantes. Conforme mencionado anteriormente, o efeito positivo da cláusula compromissória é fundado no princípio *pacta sunt servanda*, tendo em vista que é determinado a obrigatoriedade dos contratos, ou seja, uma vez celebrados devem estes ser integralmente cumpridos pelas partes.

Por outro lado, a cláusula compromissória possui, também, um efeito negativo, o qual consiste na medida de retirar do Poder Judiciário a jurisdição para conhecer das questões que se encontram abarcadas pela cláusula compromissória.

Salienta-se que o Poder Judiciário terá jurisdição limitada, visto que será dele a competência para processar e julgar eventual ação anulatória advinda de uma sentença arbitral, conforme dispõe o artigo 32, da Lei de Arbitragem. Competirá, também, ao Poder Judiciário a execução forçada da cláusula compromissória, de acordo com o artigo 7º, da mesma Lei.

A elaboração de uma cláusula compromissória com precisão dos termos irá agregar diversos benefícios a todo o procedimento arbitral, bem como, como praxe, irá produzir seu efeito vinculativo entre as partes, razão pela qual a efetividade e a celeridade da arbitragem estão vinculadas à clareza e exatidão da cláusula compromissória.

Destarte, no que tange a constitucionalidade da Lei de Arbitragem nº 9.307/96, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que os mecanismos da referida lei são constitucionais, o que, para FERREIRA, ROCHA e FERREIRA (2019, p. 39), permitiu que a partir do ano de 2001 fosse a mesma utilizada com maior intensidade.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi firmado no julgamento do recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira de nº 5.206-7. O caso em questão consistia em uma ação, onde, uma empresa estrangeira pretendia homologar um laudo de sentença arbitral em 1995, dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil.

Todavia, em 1996 foi promulgada a Lei de Arbitragem nº 9.307, o que, conseqüentemente, dispensaria a homologação do laudo discutido na justiça do país de origem e, desta forma, durante o julgamento do recurso, o Ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Nesse sentido, apesar dos votos pelo deferimento do recurso, com o fim de homologar o laudo arbitral, houve discordância quando ao incidente de inconstitucionalidade.

O Ministro relator, afirmou que a questão da constitucionalidade do juízo arbitral é aventada sobretudo a partir de 1946, quando a Constituição – seguida por todos os textos fundamentais subsequentes – erigiu em garantia constitucional expressa que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída pela lei à apreciação do Poder Judiciário. Assim, afirma ainda que a resposta afirmativa da constitucionalidade do juízo arbitral tem sido quase acorde entre os doutos.

Nas palavras do Ministro, durante o julgamento do Agrse nº 5.206-7, o compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só poderá ter por objeto a solução de conflitos que versem sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir (BRASIL, 1997). Assim expõe o Ministro Sepúlveda Pertence:

Como visto, vale sintetizar, a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação.

A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a Constituição (BRASIL, 1997, p. 41).

Desta forma, por sete votos a quatro, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que os mecanismos dispostos na Lei de Arbitragem nº 9.307/96 são efetivamente constitucionais, destacando-se, o reconhecimento quanto à eficácia da cláusula compromissória.

2.5.3. Vantagens do instituto

É comum que a sociedade passe por transformações sociais, as quais podem afetar as relações existentes entre as pessoas, incluindo, assim, as manifestações e necessidade de regulação pelo direito.

Desta forma, no Brasil, as queixas de lentidão do Poder Judiciário é algo recorrente em nossa sociedade e, nesse sentido, o Poder Judiciário vem adotando a informatização dos processos, objetivando celeridade dos procedimentos.

Assim, conforme dados do CNJ, continua sendo crescente a quantidade de reclamações recebidas pela Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça sobre lentidão processual. O Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Assim, o CNJ afirmou em seu relatório que desses, 15,3 milhões, ou seja 19,8%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Desta forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2021, existiam 62 milhões de ações judiciais (BRASIL, 2022).

Mesmo diante de tentativas de melhorias, o Poder Judiciário ainda carece de celeridade e de bom desempenho, e, diante de tal incorrência no sistema jurídico, elenca Marinoni o papel fundamental da arbitragem para evitar tais óbices:

Os vários problemas que marcam a administração da justiça e a tomada de consciência de que o que importa é a pacificação social, e não a forma através da qual ela é obtida, levaram à retomada da arbitragem e da conciliação como forma alternativa à solução dos conflitos. Além disso, o próprio processo, como técnica, passa por uma “desformalização”, procurando-se uma via menos formal e mais rápida e econômica para atender as pessoas que ficam impedidas, pelas razões já expostas, de recorrer ao poder judiciário (MARINONI, 2000, p. 69-70).

Assim, diversos países desenvolveram o instituto da arbitragem, a fim de possibilitar aos indivíduos a resolução de seus conflitos de forma mais célere, porém de forma técnica. Nas palavras de Teixeira:

A realidade social pujante em que vivemos não se contenta mais com o modelo individualista das soluções judiciais de antanho. Desde o final do século passado, vem-se construindo um novo perfil, alicerçado na prevalência do interesse social sobre o individual. Dai exigir-se um Judiciário mais participativo e ativista, na busca de uma sociedade mais justa, humana, solidária, contando para isso com instrumentos processuais mais eficientes, a exemplo da ação civil pública, das ações coletivas, dos juizados especiais, do mandado de segurança coletivo, das ações de controle de constitucionalidade. Mecanismos hábeis e eficazes que suplementem a

atividade estatal, priorizando o social. Se assim é, não há porque excluir desses mecanismos a arbitragem, em atenção aos interesses de importantes segmentos sociais, aos quais a Justiça oficial não tem dado abrigo satisfatório (TEIXEIRA, 1997, p. 48).

Conforme aqui salientado, o legislador brasileiro regulamentou a arbitragem no país por intermédio da criação e aprovação da Lei nº 9.307/1996, onde por meio de quarenta e quatro artigos criou disposições para aplicar a arbitragem como um meio alternativo de resolução de conflitos.

Nesse sentido, conforme já exposto, a arbitragem possui como um de seus princípios fundamentais a autonomia privada, a qual consiste na liberdade que o ordenamento jurídico proporciona aos indivíduos para criar, modificar e extinguir suas relações jurídicas, sempre nos limites fixados pela ordem pública. Nas palavras de Cahali (2012, p. 29), a arbitragem é, pois, uma alternativa na busca da tutela jurisdicional, caracterizada como um dos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsia, também apresentada como “justiça privada”.

Assim, inicialmente, a partir do princípio da autonomia da vontade pode-se notar algumas vantagens que o instituto da arbitragem proporciona.

A primeira vantagem consiste na liberdade da escolha do árbitro, ou seja, a possibilidade de ser utilizada uma determinada instituição de arbitragem ou de um árbitro, sendo permitido às partes integrantes do conflito a indicação de alguém que possua conhecimentos técnicos sobre a matéria que versa o litígio. Ensina Figueira Júnior (1999, p. 197) que o legislador impõe tão somente um requisito subjetivo para a escolha do árbitro. Em suas palavras, o único requisito de caráter subjetivo imposto pelo legislador é que a pessoa, sobre a qual recairá a indicação e exercerá as funções de árbitro, esteja em gozo de sua plena capacidade civil.

À vista disso, essa possibilidade traz confiança para as partes em relação à imparcialidade e a independência do julgador, visto que as partes jamais escolheriam alguém inapto para julgar, bem como jamais escolheriam alguém parcial para atuar em seu litígio. Nas palavras de Santos:

Na arbitragem, a confiança das partes em relação à imparcialidade e independência do árbitro ganha características peculiares próprias com a existência do dever de revelação. Pelo dever de revelação, o árbitro está obrigado a revelar qualquer fato que entenda suscetível de comprometer a sua credibilidade como julgador (SANTOS, 2006, p. 256).

Ou, ainda, conforme traz Figueira Junior, ao identificar as vantagens da arbitragem, como é o caso da liberdade das partes na escolha do árbitro, o que confere neutralidade do julgador e ainda, uma maior segurança de imparcialidade:

Como diferencial vantagem entre um sistema e outro, a liberdade das partes na escolha da pessoa habilitada para julgar a causa (o árbitro), o que confere a neutralidade do julgador escolhido e, por conseguinte, uma maior segurança quanto à sua imparcialidade, podendo se acrescentar ainda a circunstância de que, sendo o árbitro por vezes detentor de conhecimentos especializados, traz à decisão uma maior precisão técnica (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, n.p.).

Em sequência, a liberdade de escolha do procedimento e do direito substancial aplicável. Isso significa dizer que as partes integrantes do litígio que compõe a arbitragem possuem liberdade na adoção do conjunto de regras que deverão regular o processo e o procedimento arbitral, bem como o direito de fundo, o qual fundamentará a decisão de mérito do árbitro. Nesse sentido, Strenger (1998, p. 126) expõe sobre os poderes que o árbitro goza durante o decurso do processo da arbitragem. O referido doutrinador explica que os poderes dos árbitros são aqueles que lhes são conferidos pelas próprias partes nos limites autorizados pelo direito aplicável e aqueles, por efeito da lei (1998, p. 126). É o mesmo pensamento de Juan Luis Colaiácovo (COLAIÁCOVO, 1999, p. 94) que aponta a flexibilidade processual como grande vantagem do instituto.

À vista disso, Ricardo Soares Stersi dos Santos (2006), afirma que essa possibilidade de escolha do direito material aplicável ao caso concreto, possibilita a formulação de sentenças arbitrais fundamentadas em direito e/ou equidade e, ainda, em princípios gerais de direito, em usos e costumes, bem como na *lex mercatória*. Explicita Reinaldo Filho:

Como diferencial vantagem entre um sistema e outro, a liberdade das partes na escolha da pessoa habilitada para julgar a causa (o árbitro), o que confere a neutralidade do julgador escolhido e, por conseguinte, uma maior segurança quanto à sua imparcialidade, podendo se acrescentar ainda a circunstância de que, sendo o árbitro por vezes detentor de conhecimentos especializados, traz à decisão uma maior precisão técnica (REINALDO FILHO, 2002, n.p.).

As partes, ao escolherem o procedimento e o direito substancial aplicável, estarão escolhendo, normas que sejam mais adequadas ao seu conflito, autorizando, ainda, a aplicação de uma norma que se coadune com o mérito a ser enfrentado pelo árbitro em questão. Figueira Júnior explica sobre o tema:

Como as partes ou os árbitros podem definir o procedimento que será imprimido ao processo respectivo (dependerá apenas da convenção arbitral), haverá sempre uma perfeita sintonia entre a tutela pretendida e o instrumento oferecido, o qual, via de regra, prima pelo princípio da oralidade e, por conseguinte, atende aos seus outros subprincípios, tais como a imediatidade, concentração, simplicidade, informalidade e economia (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, p. 37).

No mais, existe na arbitragem a possibilidade de se obter maior celeridade na resolução dos litígios. A celeridade gera, às partes, segurança jurídica, bem como garante acesso à justiça, conforme assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a celeridade pode ser verificada através do conhecimento técnico do árbitro sobre a matéria que envolve o litígio, visto que assim serão reunidas melhores condições para obter um resultado satisfatório. No mais, pode ser verificada a celeridade através da possibilidade de escolha das regras de processo e procedimento, conforme disposto acima, pois isto gera a segurança de que as partes recaiam em normas que não contemplem a possibilidade de recorribilidade das decisões interlocutórias, bem como da sentença arbitral. Pugliese e Salama tratam do o tema, como podemos verificar:

Com efeito, se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, em razão da agilidade com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infundáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez (PUGLIESE e SALAMA, 2008, p. 19)

No mesmo sentido caminha o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari apud Adriana Noemi Pucci. Vejamos:

Um advogado hábil pode provocar delongam quase intermináveis, já tendo havido casos em que o intervalo entre a propositura da ação e a decisão definitiva decorreram mais de vinte anos. A arbitragem elimina esses riscos e possibilita decisões mais rápidas, o que convém, antes de tudo, aquele que tem um direito contestado e obtém uma decisão favorável mas pode-se dizer que é conveniente a qualquer litigante de boa-fé, pois o esclarecimento definitivo de uma situação de conflito põe termo a incertezas e possibilita a utilização dos recursos materiais, do tempo da energia para outros empreendimentos. Também para a sociedade como um todo é conveniente a solução rápida de controvérsias sobre direito, pois um ambiente de harmonia é mais favorável ao desenvolvimento material e, sobretudo, a obtenção da paz social (DALLARI, *apud* PUCCI 2001, p. 104).

Ao final, a confidencialidade. Isso significa dizer que no procedimento arbitral, tudo que disser respeito ao litígio, como os fatos relativos à disputa, as provas produzidas, entre outros aspectos, serão de único e exclusivo conhecimento das partes e do árbitro,

inexistindo, portanto, a publicidade dos atos processuais, como o ocorre, em regra, nos processos judiciais, em virtude do princípio do sigilo do processo arbitral. Observa Mujalli:

Esse procedimento teria vantagem em relação à solução dos litígios resolvidos pelo judiciário, devido a sua total confidencialidade. Isto é, as partes estariam resguardadas pelo sigilo total, da publicidade de fatos e documentos, inclusive até os fiscais (MUJALLI, 1997, n.p.).

Assim, insta salientar que a Lei de Arbitragem prevê que o caráter confidencial se trata de uma regra no procedimento arbitral e, portanto, poderá ser expressamente estabelecido quando da formulação da convenção arbitral. Destacamos, contudo que, para a arbitragem coletiva, veremos que não deve existir a confidencialidade, sendo que este obstáculo (no caso dos processos coletivos) pode ser superado, por não ser uma obrigação, mas uma mera vantagem e aplicada, de forma facultativa.

Quanto à localização geográfica do acontecimento do procedimento arbitral, cabe as partes determinarem em qual câmara arbitral o procedimento ocorrerá. Carmona (CARMONA, 1998, p. 141), nesse sentido, defende que as partes têm ampla liberdade de estipular que os atos relativos à arbitragem sejam praticados em uma ou mais localidades no país, que podem ser inclusive diferentes do local em que a sentença arbitral deverá ser efetivamente proferida.

2.5.4. Princípios aplicáveis ao instituto da arbitragem

A arbitragem possui como um de seus objetivos a garantia efetiva do procedimento arbitral. Desta forma, para que isso realmente ocorra, é imprescindível que a arbitragem se atenha, entre outros, a princípios fundamentais, sendo eles o, princípio da competência-competência, da imparcialidade do árbitro, o do contraditório e igualdade das partes, o da livre convicção do árbitro e o da autonomia da vontade. Bandeira de Mello traz a definição de princípio:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 1991, p. 230).

Os princípios são dotados de normatividade, havendo distinção entre princípios e regras. Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002) e Robert Alexy (ALEXY, 2019) aprofundaram

esse estudo e, para o primeiro, estabeleceu um critério qualitativo (critério do tudo ou nada), enquanto o segundo trata do sopesamento dos princípios.

O primeiro e relevante princípio é o da competência-competência, constante do parágrafo único do artigo 8º e artigo 20 da Lei de Arbitragem, e assevera que é competência do árbitro decidir sobre a sua própria competência e, com isso, deixa de sofrer a influência de tribunais do estado, cabendo ao árbitro avaliar todos os poderes que lhe foram concedidos e, com isso, impede uma decisão judicial, antes do pronunciamento do árbitro. Em síntese, compete ao árbitro determinar e julgar a sua própria jurisdição.

No que tange ao princípio da imparcialidade do árbitro, este se caracteriza como um pressuposto primordial para que o procedimento arbitral se instaure de forma válida, visto que a garantia de um julgamento justo somente se dará quando instaurado um juízo arbitral subtraído de influências estranhas.

O árbitro deve, portanto, deve se encontrar em posição de equidistância entre as partes, ou seja, atuar de forma livre de qualquer viés em relação a uma ou outra, o que garantirá a imparcialidade e a independência na decisão e na condução do processo. Nas palavras de Salles:

A imparcialidade é um atributo presumível a partir de determinadas condições do agente envolvido, seja em funções de decisão ou de simples aproximação das partes em busca de uma solução de consenso. Note-se que a própria disciplina do Código de Processo Civil, acerca da suspeição e do impedimento do Juiz, está pautada em atributos de sua relação com as partes. A imparcialidade se presume da inexistência das relações entre parte e julgador exemplificadas pelo texto legal. Significativa a esse propósito a expressão *party detachment*, a indicar a necessidade básica de a parte estar desvinculada daquele responsável por decidir ou encaminhar uma decisão. (SALLES, LORENCINI e SILVA, 2020, p. 336).

A Lei de Arbitragem nº 9.307/96 criou condições para a neutralidade do árbitro em relação às partes. Assim, estabeleceu, por exemplo, o impedimento de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme prevê o artigo 14, “caput”, da Lei supracitada.

No mais, a Lei de Arbitragem, em seu artigo 14, § 1º, também dispõe que ao árbitro compete o dever de revelação, ou seja, antes da aceitação da função, deve revelar para as partes qualquer fato do qual se possa extrair “dúvida justificada” quanto à sua independência e imparcialidade.

Em sequência, aplica-se ao procedimento arbitral, ainda, o princípio da valoração democrática das provas, onde é permitido ao árbitro a liberdade de apreciação e avaliação de

argumentos e provas disponibilizados ao tribunal arbitral. À vista disso, caso o árbitro não esteja convencido dos fatos, visto que não pode se opor para realizar o julgamento, é facultado ao árbitro a conversão do julgamento em diligência para que se possa ser realizada a produção das provas que se julgarem imprescindíveis para apuração da verdade.

Já no que concerne ao princípio da autonomia privada, pode-se afirmar que as partes possuem liberdade para escolher ou não uma instância arbitral. As partes são livres para optarem pela realização do procedimento arbitral, quando autorizado, o que abordaremos de forma pormenorizada nos tópicos seguintes. Muniz dispõe que:

A arbitragem, tendo sua origem num contrato, também encontra sua base neste princípio: o princípio da autonomia da vontade das partes de compor os conflitos submetendo-os aos árbitros. Princípio este que se manifesta pela liberdade que tem o indivíduo de extinguir o litígio surgido por ato de sua própria vontade, dentro dos casos permitidos e dos limites estabelecidos pela lei. A aplicação do princípio inclui a liberdade de escolher as diversas leis para reger o contrato, inserir as chamadas cláusulas de estabilização, excluir ou afastar qualquer direito nacional e escolher as normas aplicáveis (boa-fé, equidade, princípios gerais de direito, lex mercatória, ou cláusulas de escolha negativa ou parcial de certo direito estatal) (MUNIZ, 2000, p. 68).

O princípio do contraditório é caracterizado pelo binômio informação e possibilidade de manifestação, ou seja, consiste no direito das partes, seja em qual for o procedimento envolvido, terem conhecimento dos atos que ocorrem no processo e, conseqüentemente, a eles contrapor-se.

Isso significa dizer que é imperioso que seja dada as mesmas oportunidades para ambas as partes no procedimento arbitral. A Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes, em processo judicial ou não, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme prevê seu artigo 5º, inciso LV. Acerca do princípio do contraditório leciona Novelino:

O contraditório, entendido como a ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los, é composto por dois elementos: informação e reação, sendo esta meramente possibilitada em se tratando de direitos disponíveis. A audiência bilateral é requisito indispensável para garantir a justiça das decisões, pois somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o Juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético (NOVELINO, 2020, p. 470).

Nesse sentido, insta salientar que, apesar de o princípio da ampla defesa não se encontrar previsto expressamente pela Lei de Arbitragem, é inquestionável que é aplicável ao procedimento arbitral, visto que a questão é constitucional e não há que se falar em

contraditório sem defesa, o que significa dizer, portanto, que a ampla defesa é instrumento do contraditório.

Em sequência, no que tange ao princípio da igualdade das partes, a legislação assegura que todas sejam tratadas de igual modo. A igualdade consiste em premissa para afirmação do princípio, previsto no “caput” do artigo 5º, da Constituição Federal, que dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Vejamos, pois, o que aduzem Cintra, Grinover e Dinamarco:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2004, p. 26).

No procedimento arbitral, o princípio do contraditório e da igualdade de partes se complementam, visto que o árbitro não pode decidir sobre determinada pretensão sem ouvir a outra parte, devendo dar a ambas as mesmas oportunidades para se manifestarem quanto às provas produzidas, bem como, sobre documentos juntados.

Não obstante, insta consignar que o princípio da boa-fé se encontra presente em qualquer seara jurídica e, portanto, é de extrema importância na arbitragem, visto que o árbitro escolhido entre os litigantes deverá agir e se portar de forma correta, pautado na honestidade e lealdade, proferindo um julgamento justo, a fim de causar o menor prejuízo a ambas às partes do conflito.

Com a aplicação dos princípios o legislador tem como finalidade dar à arbitragem a plena garantia da justiça, validade do procedimento e a liberdade de escolha das partes. Assim, respeitando-se e aplicando-se os princípios aqui mencionados, conclui-se que a relação jurídica das partes resultará em algo frutífero e justo, chegando-se, conseqüentemente, a um bom acordo entre as partes do litígio.

2.5.5. Autonomia da arbitragem

A arbitragem é um ramo autônomo, ou seja, pode ser entendida como um ramo do direito, com autonomia científica, inclusive com relação à possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil, desde que convencionalmente pactuado pelas partes.

O procedimento arbitral se funda através da autonomia da liberdade da vontade das partes, que a ela se vinculam por meio da convenção de arbitragem. A autonomia da vontade das partes, conforme aqui salientado, se verifica como um dos principais valores a servir de base para a configuração da arbitragem. Salles explica:

Dois são os elementos da disciplina jurídica da arbitragem contemporânea a dar efetividade à autonomia da vontade: a irrevogabilidade unilateral da convenção arbitral e a possibilidade de se buscar judicialmente a instituição da arbitragem. Assim, no regime brasileiro [...] a tutela específica quanto à efetividade da autonomia da vontade, a tutela específica está disciplinada pelo artigo 7º, da Lei de Arbitragem.

Destaque-se ainda a importância da autonomia da vontade na definição do procedimento arbitral. As partes escolhem não apenas a arbitragem como forma de solução de suas controvérsias, mas também o procedimento pelo qual se desenvolverá, sendo possível fazê-lo, também, por meio da indicação das regras de alguma instituição arbitral ou pela delegação ao árbitro ou painel arbitral da regulamentação do procedimento (SALLES, LORENCINI e SILVA, 2020, p. 331).

No mesmo sentido Irineu Strenger (1968, p. 51) afirma que a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um determinado elemento da liberdade em geral, mas também como suporte da liberdade jurídica que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que este ato tenha objeto lícito. Elenca Gerson José Beneli, que:

Portanto, esta capacidade de pactuar sobre direitos disponíveis alberga a própria ideia de uns dos pilares de sustentação da arbitragem: o princípio da autonomia da vontade, posto que dele decorre requisitos axiológicos do ser humano de quando, como, onde e com quem contratar, limitados aos preceitos legais, em especial, a ordem pública e os bons costumes, como já discorridos anteriormente (BENELI, 2002, p. 117-118).

A arbitragem se demonstra como um instrumento do desenvolvimento como liberdade, posto que tem como um de seus objetivos estimular a capacidade dos indivíduos por intermédio de sua condição de agente. Objetiva-se, assim, preservar o interesse social nos acordos de vontades das partes.

Na lição de Martins-Costa (2002, p. 615) *apud* Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Carlos Eduardo Montes Netto e Ronaldo Fenelon Santos Filho (2021, p. 06), a expressão “autonomia da vontade” não deve ser confundida com a “autonomia privada”, considerando que a primeira representa uma construção ideológica do fim do século passado idealizada em oposição aos excessos do liberalismo econômico, enquanto a segunda diz respeito à possibilidade de os particulares autorregularem os seus interesses, estabelecendo os efeitos dos negócios que celebram.

Nas palavras de Ferreira, Montes Netto e Santos Filho os efeitos dos negócios jurídicos são desejados de forma intencional pela parte, como expressão da autonomia da vontade:

Desta forma, a autonomia privada é considerada uma fonte do direito obrigacional, a qual busca afastar a interferência do Estado, tendo em vista que esse não faz parte do contrato, permitindo que os particulares possam estipular e determinar o conteúdo, bem como os efeitos das suas relações jurídicas (FERREIRA, MONTES NETTO e SANTOS FILHO, 2021, p. 06).

Portanto, nota-se que, na resolução de conflitos pela via arbitral, as partes possuem ampla liberdade para escolher o procedimento e as regras que serão adotadas, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública, conforme estabelece o art. 2º, § 1º da Lei 9.307/96.

Nesse contexto, a limitação imposta pela ordem pública tem a finalidade de evitar que as partes busquem obter vantagens indevidas ou a prática de fraudes, escapando da aplicação de normas obrigatórias, encontrado na autonomia da vontade o seu principal limitador, na ordem pública (FERREIRA, MONTES NETTO e SANTOS FILHO, 2020, p. 07).

Diante de tudo que fora exposto, resta evidente que, na via arbitral a liberdade garantida às partes não se consiste em algo restrito, visto que a Lei de Arbitragem somente faz menção à limitação dessa liberdade no que tange ao respeito aos bons costumes e à ordem pública. Não obstante, insta salientar que a liberdade das partes na escolha da lei aplicável ao procedimento arbitral não irá se estender às regras reguladoras do mérito da causa.

A autonomia da vontade das partes garante aos litigantes, portanto, que nas matérias suscetíveis à arbitragem, os mesmos, possuem a liberdade de instituir o procedimento arbitral ou não, de convencionar livremente com a outra parte sobre as regras aplicáveis, escolha de árbitros, local da arbitragem, entre outras.

2.5.6. Arbitragem nas diversas searas do direito

A arbitragem, conforme será pontuado neste trabalho, vem crescendo no ordenamento jurídico brasileiro, ampliando, conseqüentemente, sua aplicação nas mais diversas e variadas searas do direito, como nas relações de direito da concorrência, no direito do trabalho, no direito ambiental, no direito do consumidor, no direito societário, no direito de família e sucessões, dentre outros.

Inicialmente, teceremos considerações acerca da possibilidade de aplicação do juízo arbitral para solucionar controvérsias em matérias tributárias inclusive de forma

coletiva, com a participação das associações de direito privado, que consiste no assunto principal deste trabalho.

Com relação à arrecadação de tributos, sabe-se, que possui diferentes finalidades, desde a geração de receita aos entes públicos como forma de suprimento de caixa para as despesas, investimentos e objetivos constitucionais, além do custeio da máquina pública e investimentos, ou, como forma de interferir na atividade econômica, estimulando ou não, determinada atividade, ajudando, ainda, a concretização de políticas sociais.

Para Geraldo Ataliba (2005, p. 29), a finalidade última da lei tributária, no caso, é a transferência de dinheiro das pessoas privadas, submetidas ao poder do Estado, para os cofres públicos e por isso, o interesse social.

Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 218) elenca que o sistema do direito tributário possui uma estrutura hierarquizada de normas, operando no campo formal e material, onde, cada uma dessas normas encontra fundamento de validade em uma norma superior, sendo que a Constituição Federal a última relevância e com papel de fundamental importância.

O mesmo entendimento é compartilhado por Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 604), que explica que o sistema do direito positivo tem uma particularidade, pois as normas jurídicas são dispostas em uma estrutura hierarquizada, onde uma norma N1 encontra fundamento de existência jurídica em outra norma N2, que por sua vez encontra fundamento de validade em outra norma N3.

Nesse sentido, a Constituição Federal, no que concerne ao direito tributário, criou inúmeros princípios e preceitos de ordem pública, incumbindo à administração pública observar, sob pena de configurar vício de inconstitucionalidade. Com relação a aplicação da arbitragem nas lides tributárias e sua viabilidade pondera Brito:

Com efeito, do ponto de vista jurídico-pragmático, a arbitragem possui uma força do juízo contencioso judicial, ou mesmo administrativo, eis que em todos eles há um concurso de pretensões entre o fisco e o contribuinte. Dessa maneira, o juízo arbitral é apenas um meio por meio do qual será criada uma norma individual e concreta obtida pela subsunção do fato à hipótese de incidência.

Nesse sentido, a arbitragem não cria, majora ou extingue o crédito tributário, mas apenas serve como um meio por meio do qual o árbitro constata determinado evento (prescrição, decadência, parcelamento, remissão, etc.), vertendo-o em fato jurídico e fazendo-o desencadear consequências da norma tributária (BRITO, 2017, p. 28).

Desta feita, pode-se notar, que as causas jurídicas de extinção do crédito tributário são os eventos, e não a decisão arbitral, que apenas o constata. Assim, é evidente que não é a decisão arbitral que determina as hipóteses e circunstâncias em que ocorrem os eventos, o que determina é a própria legislação tributária. No mais, a decisão arbitral também não interfere

nos critérios de arrecadação tributária e, portanto, não há que se falar em violação dos princípios tributários no juízo arbitral (BRITO, 2017, p. 28).

Nas palavras de Brito (2017, p. 30), partindo da premissa que o procedimento arbitral seria um método mais eficiente que a justiça estatal para a resolução dos conflitos tributários, a arbitragem deixa de ser mais uma medida adequada, passando a ser um dever fundamental e inerente à Administração Pública enquanto Estado Democrático de Direito, visto que torna-se imprescindível que a Administração Pública opte pela via mais eficiente para o cumprimento de todas as suas funções, inclusive arrecadatórias.

Portanto, a arbitragem pode ser considerada para o contribuinte da relação tributária como um direito, deixando de ser uma relação de poder, em prol dos princípios da solidariedade, bem como da justiça fiscal. Assim, poderão ser submetidas ao juízo arbitral lides que versem sobre direito tributário, desde que se refiram a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, de interesse público secundário.

Evidentemente que a utilização da resolução de conflitos pela via arbitral, no âmbito tributário, assegura, dentre outros, a aplicação dos princípios constitucionais da eficiência e da celeridade.

No mais, insta salientar, que desenvolveremos o assunto da aplicação da arbitragem nas lides tributárias de forma pormenorizada no desenrolar dos demais capítulos deste trabalho. Todavia, importante pontuar, neste momento, que a ausência de disposição legal expressa acerca da arbitragem nas lides tributárias não consiste em um entrave para a submissão da Administração Pública à arbitragem, visto que sempre deverá ser observado a aplicação do princípio da proporcionalidade em prol da concretização do interesse público. Nas palavras de Brito:

Embora a ausência de disposição legal expressa não deva consistir em um entrave para a submissão da administração pública à arbitragem, a regulação completa da arbitragem em matéria tributária é de extrema importância para harmonizar seu uso com a necessária segurança jurídica e a indispensável isonomia entre as partes envolvidas, fisco e contribuintes. Entretanto, é preciso que a regulação seja livre de outros interesses envolvidos, diferentes do objetivo de se buscar um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo (BRITO, 2017, p. 44).

A arbitragem, portanto, consiste em um método utilizado, entre pessoas físicas e jurídicas capazes de contratar, no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, sem a tutela do Poder Judiciário. A arbitragem, como demonstrado por Nunes, Ferreira, Montes Netto e Mattos (2020) também pode ser utilizada na resolução de conflitos envolvendo a administração pública, traduzindo-se no zelo com as situações que envolvam interesse público e assegurando o princípio da eficiência.

Em sequência, no que tange ao direito civil, o artigo 1º, da Lei nº 9.307/1996, dispõe que somente os direitos patrimoniais disponíveis poderão ser levados à jurisdição arbitral. Assim, neste mesmo sentido, o Código Civil, por intermédio de seus artigos 851 a 853, determina a possibilidade de se firmar compromisso para a solução de conflitos, proibindo-se, todavia, que o objeto destes compromissos sejam questões de estado, direito pessoal de família e de outras questões que não tenham caráter estritamente patrimonial.

No que tange ao direito de família, insta salientar que, o mesmo, não possui uma única natureza, visto que podem produzir efeitos tanto na esfera pessoal quanto na esfera patrimonial e com relação a aplicação da arbitragem nesse ramo do Direito afirma Cahali:

Por sua vez, restrito o litígio a efeitos meramente patrimoniais, ainda que decorrente de relações familiares, inexistente óbice legal, tanto no direito de família, como na legislação sobre arbitragem para a utilização deste expediente na solução dos conflitos (Arbitralidade objetiva), sempre no pressuposto de se verificar a capacidade das partes (arbitralidade objetiva), sempre no pressuposto de se verificar a capacidade das partes (arbitralidade subjetiva). Situação clara a se sustentar a viabilidade do juízo arbitral é aquela relativa à partilha de bens decorrentes da dissolução do casamento e da união estável. Podem, então, os companheiros, no exercício da autonomia da vontade, de comum acordo, reservar a solução de conflito relativo à partilha de bens à arbitragem (CAHALI, 2009, n.p.).

À vista disso, nota-se que quando de tratar de conflito que envolva direito patrimonial disponível, mesmo que se trate de conflito típico de direito de família, torna-se possível a utilização da arbitragem, como é o caso, por exemplo, do direito de percepção de alimentos pelos cônjuges. Nas palavras de Cahali:

Já a obrigação alimentar decorrente do casamento e da união estável tem certo toque de disponibilidade, uma vez nascido o respectivo direito pelo rompimento da relação, nunca antes da dissolução. Tanto assim é que, embora polêmica a questão, há precedente do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a eficácia da renúncia em acordo de separação consensual, embora a orientação até então prevalecente validasse a disposição do direito apenas com o divórcio. Possível a renúncia aos alimentos – grau máximo de disponibilidade de um direito – mais fácil sustentar a arbitrabilidade da pensão. Porém, a questão deve ser vista, também, sobre outra ótica – a natureza patrimonial decorrente do direito aos alimentos, pois só arbitrável o direito patrimonial disponível. (CAHALI, 2009, n.p.).

Desta forma, o direito de família indica, sim, a possibilidade da aplicação do instituto da arbitragem, desde que envolva partes maiores e capazes, somente no que tange as questões de direitos patrimoniais disponíveis, o que pode assegurar as partes o caráter de pessoalidade, bem como a preservação da intimidade dos envolvidos. No mais, a arbitragem assegura, ainda, a celeridade dos procedimentos, haja vista que o Poder Judiciário atravessa grave crise de morosidade nos procedimentos.

Não obstante, insta salientar que o procedimento arbitral pode ser aplicado, em determinados casos, na seara trabalhista, como é o caso da possibilidade de eleição de árbitros quando frustrada a negociação coletiva (artigo 114 § 1º da Constituição Federal), e da arbitragem individual, conforme previsto no artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho, respeitando alguns requisitos, como o valor da remuneração do empregado e que a cláusula compromissória seja pactuada pelo empregado ou mediante sua concordância expressa. Todavia, por ser algo pouco difundido as partes não demonstram muito interesse em optar por este método na resolução de seus conflitos. Assim pondera Almeida:

A arbitragem na seara trabalhista é algo novo e que provocará ainda muita discussão. A visão de ser transposta para que possa haver aplicação da arbitragem nos dissídios individuais, uma vez que as comissões são permitidas não há razão justificadora para negar que os direitos arbitram poderiam auxiliar e muito a justiça trabalhista, principalmente agora, após a Emenda Constitucional nº 45, que ampliou significativamente a competência da justiça trabalhista (ALMEIDA, 2005, p. 04).

Desse modo, percebe-se a possibilidade de utilização da arbitragem na seara trabalhista, inclusive em questões coletivas, que envolvam direitos patrimoniais e disponíveis, com fundamento na Constituição Federal de 1988 e CLT.

3. DA ARBITRABILIDADE DAS LIDES TRIBUTÁRIAS

A arbitragem, conforme salientado neste trabalho, consiste em um método heterocompositivo de solução de conflitos, de forma extrajudicial, onde um ou mais árbitros *experts* na matéria a ser discutida irão resolver a controvérsia estabelecida entre as partes do litígio.

No Brasil, o principal obstáculo e a discussão acerca da possibilidade da aplicação da arbitragem como forma de solução de conflitos em matéria tributária se encontra na questão da indisponibilidade do crédito tributário, atraindo-se a aplicação do princípio da legalidade.

Em se tratando de direito tributário, há norma de fundamental importância, inclusive recepcionada com *status* de lei complementar, que é o Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966, e que possui a função de coordenação do sistema tributário e trata da estipulação de regras da matéria tributária, como as limitações ao poder de tributar e regras de prescrição e decadência, assim como estabelece as causas de suspensão e extinção da obrigação tributária.

Hugo de Brito Machado, ressalta que lei ordinária e lei complementar são espécies normativas distintas e que as leis ordinárias editadas antes da Constituição Federal e que tratem de matérias reservadas à lei complementar, foram, por esta última, recepcionadas como lei complementar, como é o caso do CTN, ressaltando, ainda, que há hierarquia entre elas, mesmo diante de manifestação do STF em sentido diverso, quando do julgamento da isenção da Cofins, para as sociedades civis de profissão regulamentada (MACHADO, 2017, pág. 81).

Conforme veremos adiante, há discussão relevante sobre a necessidade de edição de lei complementar e de alteração do Código Tributário Nacional, para constar, de forma expressa, a arbitragem como forma de suspensão e extinção do crédito tributário ou, se somente bastaria a edição de lei ordinária e regulamentos específicos, não sendo necessária qualquer modificação no CTN, pois a própria lei de arbitragem seria suficiente por se tratar de norma processual.

3.1. Tributo como sendo uma fonte de receita derivada

O Brasil tem nos tributos a sua principal fonte de receitas públicas. Os tributos constituem em uma cobrança de natureza compulsória, a qual se encontra fundada na

soberania estatal e que nasce em decorrência de uma relação jurídica que se estabelece entre o particular e o Estado, em virtude de uma previsão legal de natureza tributária. Estamos diante de um sistema tributário complexo, distante das formulações de Adam Smith sobre um bom sistema tributário, que seria dotado de segurança, conveniência, economia e equidade (SMITH, 1996).

O tributo deve possuir alguns elementos, sendo eles a generalidade, a qual expressa a obrigação de todos os indivíduos que fazem parte de determinada coletividade a contribuir para o seu custeio, sem exceções ou privilégios e uniformidade, que indica a justa medida que os indivíduos devem pagar, considerando os parâmetros como a contraprestação dos bens e serviços que o Estado coloca a sua disposição, a capacidade contributiva e a igualdade, as quais concretizam o princípio da isonomia como valor ideal da justiça fiscal.

O Código Tributário Nacional define o Tributo, em seu artigo 3º, como sendo 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”.

Nota-se, desta forma, que a prestação pecuniária é obrigatória, em virtude de ser exigida por força de lei, sendo fruto da compulsoriedade imposta pelo ordenamento jurídico e, portanto, não depende da vontade do contribuinte ou à discricionariedade do Estado.

Nesse sentido, no que tange as receitas públicas, as mesmas, consistem em entradas definitivas de todo e qualquer dinheiro nos cofres públicos, podendo ser classificadas em receitas públicas originárias, receitas derivadas e receitas transferidas.

As receitas derivadas versam sobre as receitas que provêm do constrangimento sobre o patrimônio particular, ou seja, são os tributos e as penalidades. As receitas derivadas derivam da exploração, pelo ente federativo, em face do patrimônio do particular, consistindo, portanto, em receitas tributárias.

3.2. Características do crédito tributário

O crédito tributário encontra-se previsto no Código Tributário Nacional do artigo 139 ao 193, o qual decorre da obrigação principal, assim entendida como aquela que determina ao contribuinte levar recursos aos cofres públicos, tendo a mesma natureza desta.

Dentre as características do crédito tributário, tem-se, evidentemente, os sujeitos da relação obrigacional, sendo o sujeito passivo (em regra) o devedor (particular) e o sujeito

ativo o Ente Federativo instituidor do tributo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou seja, o Estado).

A obrigação tributária nasce da ocorrência do fato gerador, nos termos do disposto no artigo 113, § 1º, do Código Tributário Nacional, se fazendo exigível a partir da constituição do crédito tributário, através do lançamento, conforme dispõe o artigo 142, do Código Tributário Nacional. Nas palavras de Abraham:

Ocorrendo o fato gerador previsto na norma tributária, ou seja, a subsunção do fato (concreto) à hipótese de incidência (abstrata), a obrigação tributária é constituída. Entretanto, neste estágio, a obrigação tributária poderá ser validamente adimplida espontaneamente pelo contribuinte, mas ainda não poderá ser exigível por parte da Administração Tributária. Isto porque o respectivo fato gerador do tributo terá ocorrido na órbita do contribuinte, portanto, longe do alcance cognitivo do Fisco, que somente o conhecerá formalmente a partir do lançamento da obrigação tributária, procedimento destinado à constituição do crédito tributário (ABRAHAM, 2018, p. 228).

À vista disso, nota-se que o crédito tributário nasce da obrigação, sendo, portanto, consequência desta, visto que o artigo 139, do Código Tributário Nacional, dispõe que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Desta feita, o direito da Fazenda Pública, originário da obrigação tributária, configura, portanto, o crédito tributário, ficando sua exigência dependente de um procedimento denominado de lançamento tributário.

Vale lembrar que, de acordo com o artigo 142, do Código Tributário Nacional, o lançamento consiste em um procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Assim explica Abraham:

A atividade de lançamento tributário, por ser vinculada à lei- um poder-dever estatal -, deverá seguir os princípios fundamentais que regem a função administrativa, dentre eles o princípio da legalidade. Neste sentido, o parágrafo único do art. 142, do CTN ressalta que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Com isso, também se frisa o interesse público na arrecadação como fonte de recursos para fazer frente aos gastos estatais, não podendo a cobrança deixar de ser feita, salvo autorização legal (ABRAHAM, 2018, p. 229).

O lançamento tributário, portanto, se denota em representar o fato gerador ocorrido e, conseqüentemente, aplicar a norma jurídica tributária que é enquadrada ao mesmo e, posteriormente, sendo possível liquidar o valor do tributo em um documento oficial, o qual

documentará o dever tributário exigido do contribuinte ou, eventualmente, do responsável tributário.

Em outros termos, é através do lançamento do crédito tributário que o ente constitui o crédito tributário. Assim, o lançamento consiste em um procedimento administrativo, que possui como objeto observar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o valor do tributo devido, apontar o sujeito passivo, bem como cominar, eventualmente, determinada penalidade ao caso em questão. Desta forma, observa-se que o lançamento constitui o crédito tributário. Nas palavras da Ministra Denise Arruda (2007, p. 270), sem lançamento não há crédito constituído, fazendo jus o contribuinte à certidão negativa de débitos. No mesmo raciocínio explica Machado:

A constituição do crédito tributário é de competência privativa da autoridade administrativa. Só esta pode fazer o lançamento. Ainda que ela apenas homologue o que o sujeito passivo fez, como acontece nos casos do artigo 150, do CTN, que cuida do lançamento dito por homologação. Sem que esta homologação não existirá, juridicamente, o lançamento, e não estará por isto mesmo constituído o crédito tributário. Ainda quando de fato seja o lançamento feito pelo sujeito passivo, o Código Tributário Nacional, por ficção legal, considera que a sua feitura é privativa da autoridade administrativa, e por isto, no plano jurídico, sua existência fica sempre dependente, quando feito pelo sujeito passivo, de homologação da autoridade competente (MACHADO, 2007, p. 199-200).

Portanto, conforme afirma Nogueira (1995, p. 223), a atividade do Fisco, como agente executor estatal, ao realizar o lançamento para constituir-se o crédito tributário, deverá estar atrelada à legalidade, respeitando tanto o conteúdo quanto à forma e sendo obrigatória, quando constatada a ocorrência do fato gerador.

Nesse sentido, a respeito da vinculação à lei na atuação, com a função de arrecadar os tributos que tenha instituído, a Fazenda Pública não possui nenhum juízo de conveniência, senão os decorrentes da norma e, assim, leciona Seixas Filho:

Cabe ao Fisco, órgão da Administração fazendária, a função de arrecadar os tributos que a legislação tenha instituído, orientar os contribuintes como proceder corretamente para cumprir os seus deveres legais tributários, bem como todos os atos de administração tributária necessários para cumprir, também, os seus respectivos deveres legais. O administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis. [...] A Fazenda Pública arrecada tributos em obediência a um imperativo legal, não porque possua interesse subjetivo a defender. Ao aplicar a lei impositiva, a administração fazendária somente tem o interesse objetivo de exercer a sua função constitucional, não possuindo motivo ou conveniência além do que está objetivamente prescrito nas regras jurídicas pertinentes (SEIXAS FILHO, 1996, p. 3 e 11).

Por conseguinte, tem-se que o crédito tributário consiste em um vínculo jurídico, que possui uma natureza obrigacional, por força da qual o Estado pode exigir do particular, contribuinte ou responsável, o pagamento de determinado tributo ou de penalidade pecuniária, em outras palavras, o objeto da relação obrigacional.

3.3. Indisponibilidade

Inicialmente, antes de tecermos considerações acerca da indisponibilidade do crédito tributário, é importante argumentarmos acerca do princípio do interesse público e da sua supremacia, o qual estabelece que a Administração Pública não pode dispor livremente do interesse geral, nem renunciar a poderes que a lei lhe conferiu para a respectiva tutela.

Desta feita, no âmbito do direito tributário, o agente público e o seu respectivo órgão possuem o poder-dever de agir, não lhes sendo facultado a escolha de realizar ou não o ato tributário. Todavia, como bem argumenta Abraham (2018, p. 112), embora esta seja a regra geral, deve-se estar atento ao fato de que tal princípio não significa que a efetiva cobrança de todos os tributos devidos sempre seja a melhor solução da perspectiva da racionalidade econômica.

Nesse sentido, nos termos da legislação tributária, em regra, o crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária.

O princípio da indisponibilidade do crédito tributário é visto como um dogma no Brasil, posto que ele barra a plena arbitralidade objetiva prevista na Lei de Arbitragem do Brasil. Nas palavras de Domingos e Machado:

A indisponibilidade do crédito tributário tem constituído para alguns um argumento para afastar a arbitragem do campo das relações tributárias. Tal conclusão justificar-se-ia, desde logo, pelo facto de a arbitragem constituir um método heterocompositivo de resolução de controvérsias, cuja base está na autonomia da vontade das partes, que decidem voluntariamente submeter uma questão litigiosa à decisão de árbitros externos à orgânica do Estado. Razão pela qual, submeter essa questão controvertida à arbitragem significaria dispor de elementos da obrigação tributária (DOMINGOS e MACHADO, 2019, p. 387, *apud* FERRARO, 2019).

A arbitralidade objetiva, para que seja reconhecida como preenchida, necessita de dois requisitos, o da disponibilidade e o da patrimonialidade, ou seja, significa dizer que é imprescindível que a lide verse sobre direitos patrimoniais e disponíveis para serem submetidos à arbitragem.

O requisito da patrimonialidade, no que tange ao crédito tributário, encontra-se devidamente preenchido, visto que o crédito tributário é, eminentemente, de natureza patrimonial.

Todavia, no que tange a disponibilidade, ainda se observam diversos empecilhos na legislação tributária, visto que grande parte da doutrina entende ser o crédito tributário indisponível, posto que versa sobre interesse público secundário.

Contudo, a jurisprudência brasileira no julgamento do REsp 303.806/RO (BRASIL, 2005, n.p.), bem como a doutrina é que denominam o crédito tributário como direito disponível. Com relação ao assunto explicam Domingos e Machado:

A definição da obrigação tributária encontra-se a montante do recurso à arbitragem, enquanto meio com aptidão para resolver um conflito emergente da relação tributária. Ou, dito de outro modo, a arbitragem surge quando o conflito já viu a luz do dia e cujo debate as partes desejam que se produza, não perante um tribunal estadual, mas diante de um terceiro por si escolhido. Por conseguinte, a utilização da arbitragem para dirimir controvérsias de natureza tributária apenas pressupõe a substituição da impugnação judicial pela resolução da controvérsia por um terceiro com sólida formação nas matérias tributárias, após a definição em concreto da obrigação tributária, sempre que exista um litígio sobre a atividade de determinação de seus elementos (DOMINGOS e MACHADO, 2019, p. 289, *apud* FERRARO, 2019).

Nota-se, desta forma, que com a resolução da lide pela via arbitral, o Estado não está dispondo do crédito tributário, mas sim está encarregando cidadãos da sua respectiva resolução, com igual responsabilidade em produzir uma decisão final, nos termos do que prevê o ordenamento jurídico tributário.

À vista disso, Domingos e Machado (2019) afirmam que o princípio da indisponibilidade do crédito tributário não impede o recurso dos indivíduos à via arbitral, apenas exige que exista habilitação legal prévia, na qual se estabeleçam com precisão as hipóteses, alcance e limites em que é possível utilizar a arbitragem para resolver a controvérsia já existente com a Administração Tributária.

Nesse sentido, ao submeter uma controvérsia tributária ao instituto da arbitragem não há ofensa ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário, posto que somente após a atuação unilateral da Administração Pública é que o contribuinte decidirá se resolverá seu litígio pela via arbitral. Vejamos o que sustenta Domingos e Machado:

A decisão do conflito tributário pelos Tribunais do Estado, de acordo com o direito constituído, não coloca em causa o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, pelo que também o julgamento do dissídio com os mesmos parâmetros de legalidade nos tribunais arbitrais não o coloca. Aliás, este argumento tem implícita uma desconfiança quanto à possibilidade dos Tribunais arbitrais puderem contornar

os imperativos legais, receio esse que deve ser afastado pela obrigação de decisão com base no direito constituído e nas garantias de independência dos árbitros (DOMINGOS e MACHADO, 2019, p. 290 *apud* FERRARO, 2019).

Não obstante, insta salientar que, com a Constituição Federal de 1988 e a consequente efetivação dos direitos, é imprescindível reconhecer que o direito tributário é suscetível de transformações e, caso a arbitragem tributária venha integrar eventual objeto de iniciativa propositiva do Congresso Nacional, como bem afirmam Domingos e Machado (2019, p. 293), não poderá em absoluto representar um cheque em branco aos tribunais arbitrais, capaz de legitimar toda e qualquer sorte de atuação à margem de uma legislação substancial. Ao contrário – e o aprendizado obtido a partir da experiência comparada é valioso para contribuir nos avanços vindicados pelo ordenamento jurídico brasileiro –, a arbitragem tributária desenvolve-se nas estritas fronteiras da lei e do direito, vinculada e circunscrita ao postulado da legalidade, sob pena de grave abalo, aí sim, para além do princípio da igualdade, também ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

3.4. Interesse Público primário e secundário

Por interesse público primário, tem-se como o interesse da própria sociedade, ou seja, do conjunto social dos indivíduos em ter algo. Por outro lado, no que tange ao interesse público secundário, esse se verifica através do interesse exclusivo do Estado, como é o caso da instituição, arrecadação e fiscalização de seus tributos.

Em termos gerais, por interesse público primário compreende-se a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar), por intermédio de atividades administrativas prestadas à coletividade. O interesse público primário, desta feita, pode ser denominado como aqueles que se referem ao interesse social, ou seja, a vontade da coletividade.

No que tange ao interesse público secundário, entende-se como o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário. À vista disso, o interesse público secundário é entendido como a pretensão de a Administração lograr vantagens para si, ocorrendo internamente, como uma atividade-meio. Nesse sentido, Veiga Netto pontua:

É fundamental diferenciar o interesse público primário do interesse público secundário, ressaltando que o primeiro consiste nas necessidades da sociedade e em

seus íntimos interesses, enquanto o segundo responde aos interesses particulares da figura do Estado

O interesse público primário aparece como sinônimo de interesse público originário, ou seja, aquele que objetiva responder aos interesses da coletividade sem interferência de objetivos particulares.

[...]

Quanto aos interesses secundários, esses são denominados de interesses estatais, ou seja, com sistema em interesses públicos derivados ou interesses públicos adjetivos (VEIGA NETTO, 2021, p. 110).

O interesse público secundário se verifica como uma atividade meio, a qual serve para operacionalizar os interesses institucionais do Estado no que tange a prática dos seus atos, pessoas, serviços, entre outros, destinando-se, assim, à satisfação dos interesses públicos instrumentais e conformam-se ao que denomina de Administração Pública interna. Nesse sentido, segundo Larissa Peixoto Valente (2016, p. 69) os interesses públicos secundários, portanto, são os que se referem ao interesse do Estado, comumente os de cunho patrimonial. Nas palavras de Valente:

Por isso, de acordo com essa classificação, costuma-se dizer que os interesses públicos primários são indisponíveis e os interesses públicos secundários possuem natureza instrumental, existindo para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e que, por esse motivo são disponíveis.

O Estado, para atingir as suas atividades fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, uma vez que estão relacionados ao bem estar, saúde, segurança e que o ordenamento jurídico os classifica de integrantes ao interesse público e, por esse motivo, são considerados supremos e indisponíveis. A indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, todavia, apesar de ser regra, comporta relativização que somente pode ocorrer por vias políticas e na forma legal (VALENTE, 2016, p. 69).

Desta feita, o interesse público primário é considerado indisponível, de regime público indispensável, enquanto o interesse público secundário possui natureza instrumental, ou seja, existe para que o interesse primário seja satisfeito.

No que tange a esta classificação, Lemes (2007, p. 147) argumenta que os interesses da Administração Pública são considerados disponíveis quando se tratar de direitos patrimoniais, os quais se referem aos interesses públicos secundários, que são disponíveis e servem para operacionalizar os interesses públicos originários. À vista disso, a autora aduz que podem ser objeto de acordo todas as questões que versem sobre esses interesses, ou seja, os eminentemente patrimoniais, possuindo, notoriamente, caráter econômico, em que a lide poderia ser resolvida diretamente pelas partes, através de transação, independentemente de ingresso no Poder Judiciário. Nestes termos, conclui Lemes (2007, p. 147) afirmando que seria indisponível por sua vez, o interesse público primário e, por isso, irrenunciável, inegociável e inalienável, face a isso, em regra intransacionável.

No mesmo sentido, Veiga Netto (2021, p. 113) afirma que os interesses públicos secundários são identificados, portanto, como interesses meramente patrimoniais do Estado. Verifica-se, em verdade, que indisponível é a competência tributária (por exemplo, a atividade de cobrança) e não o Crédito Tributário em si. Então, a regra é a de que a Fazenda Pública não pode permitir que seja disponível a atuação de fiscalização dos créditos tributários, das multas, salvo se houver a possibilidade expressa em lei, como exemplo, permitindo a anistia, remissão e/ou isenção. Denota-se, portanto, que os direitos patrimoniais da Fazenda Pública poderão ser considerados disponíveis desde que haja expressa previsão em lei, de acordo com o interesse público e nos termos previstos e limitados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme salientado neste trabalho, o crédito tributário consiste um direito patrimonial, visto que é parte integrante do patrimônio, constituindo, portanto, em um bem patrimonial disponível. À vista disso, pontua Valente:

Assim, o crédito tributário é um bem do Estado, sendo classificado como patrimonial, real e disponível para negociação, estando de acordo com a previsão de sua extinção pela transação no Código Tributário Nacional. É, portanto, um bem público disponível, posto que possível de quantificar monetariamente, dotando a Administração Pública dos meios necessários para satisfazer seus interesses finalísticos que justificam o próprio Estado Democrático de Direito. O crédito tributário estaria dentro da concepção de bem público da Administração Pública, posto que este corresponda a todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, portanto, imóveis, móveis, semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam a qualquer título, à União, Estado, Município, Distrito Federal, respectivas autarquias e fundações de direito público. Configuram esses bens o patrimônio público e se encontram sob o regime de direito público, sendo classificados no Código Civil de 2002 em três espécies: os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais (VALENTE, 2016, p. 71-72).

Quanto a disponibilidade do crédito tributário, nota-se que estamos diante de uma exceção, tendo em vista que, em princípio, todos os bens públicos são indisponíveis. Todavia, insta salientar que a disponibilidade se encontra atrelada ao fato de que um direito pode ou não ser exercido de forma plena e livre pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito.

Assim, segundo Valente (2016, p. 73-74), podem ser classificados como disponíveis os bens que podem ser livremente alienados ou negociados por se encontrarem desembaraçados, tendo o titular e alienante capacidade jurídica plena para tanto, ou seja, são bens disponíveis aqueles que podem ser objeto de transação.

À vista disso, por ser o crédito tributário um direito patrimonial, de interesse público primário, defende-se que, o mesmo, pode ser passível de transação por meio da

arbitragem, visto que a definição do artigo 3º do Código Tributário Nacional em nenhum momento estipulou impeditivo à disposição legal do crédito tributário e, segundo Valente:

O que se deve considerar, portanto, é que, ao se realizar a transação do crédito tributário, está se acordando que há a possibilidade de a Administração Pública solucionar a lide pendente com o abandono total ou parcial do crédito tributário, encontrando-se a solução mais adequada ao litígio e mais benéfica para o erário. A possibilidade de a Administração Tributária e o contribuinte transigirem para fins de solução de controvérsia tributária não só estimularia o diálogo entre os sujeitos envolvidos na relação jurídico-tributária, mas também permitiria que a tributação se desse de forma participativa, o que por certo conferiria segurança, confiabilidade e também reciprocidade nas relações tributárias, as quais são complexas e nada colaborativas para os contribuintes (VALENTE, 2016, p. 76).

Portanto, denota-se que a legislação brasileira e os próprios tribunais não impedem a utilização de soluções extrajudiciais aos denominados direitos patrimoniais disponíveis. Como outra justificativa, tem-se que há, inclusive, mecanismos já utilizados. A transação tributária, por exemplo e destacadas mais adiante, muito embora esteja norteadada pelo princípio da tipicidade, aparece no cenário legislativo com uma abertura quanto à utilização de mecanismos extrajudiciais, permitindo, por exemplo, a redução e o parcelamento dos créditos tributários.

Verifica-se, com o exposto que, em verdade, a instituição da Arbitragem para transformar conflitos na seara tributária não implicaria em suprimir do Estado sua competência para instituir ou arrecadar tributos, sendo esse um interesse público primário e legítimo exercido pelo poder Estatal. Por outro lado, a Arbitragem aparece para atuar no interesse público secundário, ou seja, quanto ao crédito tributário, o qual visa a responder ao interesse patrimonial do Estado, podendo, portanto, sofrer interferência de um Tribunal Arbitral (VEIGA NETTO, 2021).

Nestes termos, salienta-se, novamente, que o crédito tributário é utilizado para arrecadação de pecúnia, sendo imprescindível para investimentos em saúde, educação, meio ambiente, segurança, entre outros e, portanto, se encontram na subespécie de interesse público secundário, visto que corroboram à consecução dos interesses primários da Administração Pública.

Não bastasse isso, insta salientar que a resolução por via de transação permitiria que a Administração Pública defendesse o interesse público primário no que concerne à satisfação dos direitos e garantias fundamentais, desfrutando-se como meio o interesse público secundário pertinente à arrecadação tributária.

3.5. Transação em matéria tributária

Inicialmente cumpre tecer algumas considerações sobre transação, que consiste em um ato jurídico, pelo qual as partes da relação jurídica fazem concessões recíprocas, extinguindo-se obrigações litigiosas ou duvidosas, realizando o pagamento, inclusive com possibilidade de parcelamento e redução do montante principal do tributo.

Nas palavras de Pontes de Miranda (2003, p. 151), a transação consiste um negócio jurídico bilateral, onde duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o intuito de pôr fim à controvérsia sobre determinada relação jurídica, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia. Assim, nota-se que o objetivo da transação consiste, em transformar em incontestável no futuro, algo que no momento é litigioso ou incerto.

No que tange a transação em matéria tributária, salienta-se que a mesma consiste em uma forma de negociação dos débitos criada pelo Governo Federal e possível a todos os Entes tributantes. A transação já estava prevista no Código Tributário Nacional desde 1960 como uma forma de extinção do crédito tributário, todavia, até a publicação da medida provisória nº 899, não havia sido regulamentada.

Desta forma, a transação tributária no Código Tributário Nacional se encontra prevista como uma forma de extinção do crédito tributário, prevista no artigo 156, onde se dispõe que entre as modalidades de extinção, o crédito tributário poderá ser extinto pela transação.

Nestes termos, insta salientar que a forma ou modalidade de extinção do crédito tributário é qualquer ato ou fato que tenha o condão de libertar o sujeito passivo (devedor) da sujeição em que se encontra em relação ao sujeito ativo (credor), fazendo desaparecer o direito deste contra aquele. São as formas de se fazer romper o vínculo jurídico de um contribuinte para com o fisco; vínculo este surgido quando da prática de ato ou fato descrito na norma tributária como hipótese de incidência do tributo (fato gerador ou fato jurídico tributário) (FERRAZ, 2018).

O crédito tributário, portanto, em regra, será extinto pelo adimplemento da obrigação tributária, que ocorre por meio do pagamento ou pelos modos pelos quais este se traduz, como por exemplo a consignação em pagamento, constituindo-se, assim uma forma natural de extinção do crédito tributário. À vista disso, ao lado das formas naturais, o legislador criou a transação tributária.

Não obstante, o artigo 171, do Código Tributário Nacional dispõe que a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária

celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção do crédito tributário, dispondo, ainda, que a indicação de autoridade competente para autorizar a transação em cada caso será feita por lei.

Nesse sentido, o Código Tributário Nacional não conceitua explicitamente a transação, todavia, dispõe, em seu artigo 109, que os princípios gerais de direito privado se valem dela para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Na mesma toada, em seu artigo 110, o Código Tributário Nacional dispõe que a lei tributária não poderá alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados de forma expressa ou implícita pela Constituição Federal, pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como pelas Constituições dos Estados para definir ou limitar competências tributárias (VALENTE, 2016). Nas palavras de Valente:

Código Tributário apenas estabelece que a transação é feita mediante concessões mútuas, em casos de determinação do litígio e de extinção do crédito tributário, e tal determinação está em harmonia com as definições do Código Civil. Assim, tanto na seara do Direito Civil como na do Direito Tributário, a transação põe fim ao litígio pendente entre as partes presumindo a existência de concessões mútuas, sendo essencial desse modo, que ambas as partes abram mão de parcela do seu direito em disputa como forma de solucionar a controvérsia. Ou seja, um acerto entre as partes por meio do qual somente uma delas abrirá mão de seus direitos não poderá ser classificado como transação. É necessário que haja a solução do conflito previamente estabelecido entre as partes, o que não prescinde, por certo da existência de demanda judicial em curso. A diferença persiste apenas no fato de que a transação no Código Tributário Nacional está como uma hipótese extintiva do crédito tributário, como hipótese de pagamento, enquanto no Direito Privado é considerada como mera constituição de negócio jurídico (VALENTE, 2016, p. 82).

No mesmo sentido, ao tratar da transação tributária e a forma como o Código Tributário Nacional trata essa mesma modalidade de extinção do crédito tributário, argumenta Ferraz:

O CTN tratou da transação como modalidade de extinção do crédito tributário, enumerando-a em seu artigo 156 e disciplinando-a em seu artigo 171. Não esclareceu, porém, o momento em que se daria tal extinção, divergindo a doutrina a esse respeito: para alguns, a extinção se dá quando da celebração da transação, enquanto que, para outros, só quando do cumprimento das condições pactuadas (FERRAZ, 2018, p. 101).

O instituto da transação, para a Administração Pública, não consiste no exercício de uma liberdade, mas sim em um cumprimento da vontade da lei, visto que a própria legislação estabelece margens de discricionariedade para que o agente público possa valorar e

ponderar os interesses em conflitos e buscar a melhor solução diante da controvérsia, seja ela efetiva ou potencial. Assim, a transação, para o Poder Público, não se baseará no exercício de uma liberdade, mas no cumprimento da vontade da lei. Ora, se a Administração Pública deve, em juízo, reconhecer a procedência de um pedido, então ela pode transacionar a respeito dele e realizar a conciliação (VALENTE, 2016).

Nesse contexto, pela falta regulamentação, fora editada a medida provisória nº 899 a qual fora convertida na Lei nº 13.988/2020, a qual passou a dispor de novas condições para negociação de débitos de pessoas físicas e de pessoas jurídicas junto à Fazenda Nacional.

Destarte, a transação em matéria tributária tem por objetivo primordial fazer com que o contribuinte obtenha a regularidade fiscal e com isso possa obter a sua certidão negativa de débitos, bem como propiciar a Fazenda Nacional o recebimento de créditos tidos como irrecuperáveis ou de difícil recuperação.

À vista disso, a partir do momento em que existir débitos junto à Receita Federal/Fazenda Nacional e o contribuinte não tiver a expectativa de poder pagá-los mesmo que a longo prazo, existirá a possibilidade de se fazer uma negociação.

Todavia, importante frisar que esta negociação somente poderá ocorrer desde que haja um entendimento entre o contribuinte e a Fazenda, seguindo todos os requisitos estabelecidos em norma, com os devidos balizamentos e, ainda, limites para a concessão de benefícios.

No que tange aos débitos que podem ser negociados, a legislação em questão estabelece que poderão ser objeto de transação os débitos junto a Receita Federal do Brasil, ou seja, aqueles que estão na conta corrente da Receita Federal da empresa e ainda não foram judicializados e a consequente inscrição em dívida ativa; dívida ativa da União Federal cobrada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional; dívida ativa das autarquias e fundações públicas federais, cobrada pela Procuradoria Geral Federal e pela Advocacia Geral da União.

A transação no direito tributário, portanto, tem o objetivo de pôr fim a um conflito, como por exemplo o de interpretação a respeito do alcance de uma determinada lei, antes do início do processo administrativo ou da execução fiscal ou, até, mesmo, com a desistência de processos já em curso.

Não obstante, segundo Dacomo (2009, p. 176), a transação tributária consiste em um ato administrativo participativo, visto que antes da concretização unilateral, existe um momento de diálogo entre o Fisco e o contribuinte, no processo de produção, o qual possibilita a elaboração de um ato administrativo, ou seja, o reconhecimento de que o ato é formulado com base em um acordo.

Desta forma, nota-se que a transação tributária, consiste em uma proposta de composição estabelecida pela Administração Pública, com fulcro em uma norma legal, onde se objetiva findar um litígio, seja ele judicial ou extrajudicial. Não obstante, no que tange ao fundamento das transações tributárias dispõe Valente:

O fundamento das transações tributárias é a confiança recíproca, amparada na boa-fé objetiva, no respeito ao pacta sunt servanda e no fundamento constitucional do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada).

[...]

Nesse contexto, resta nítida a relevância do instituto da transação em matéria tributária, pois consiste em instrumento apto a possibilitar às partes a composição dos conflitos, sem a necessidade do dispêndio de tempo e de recursos que as discussões administrativas e judiciais proporcionam a ambas, nem de assunção do ônus da imprevisibilidade que elas proporcionam (VALENTE, 2016, p. 91-92).

No mais, conforme salientado, a transação tributária, para ter eficácia e validade, necessita de disposição legal, posto que prescinde que seu fundamento tenha validade na lei, a qual deverá dispor de todos os pressupostos e aspectos procedimentais a serem respeitados como forma de conferir legalidade ao ato decisório que advier.

À vista disso, o artigo 171, “caput”, do Código Tributário Nacional dispõe que a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüentemente extinção do crédito tributário.

Nota-se, portanto, que a transação em matéria tributária prescinde de autorização legal para sua realização, sob pena de subversão do sistema. No mais, salienta-se que a transação pressupõe concessões mútuas das partes, conforme aqui salientado. Assim pondera Ferraz:

O termo concessão vem do verbo conceder que significa permitir, abrir mão, ceder. Efetuar, uma concessão, para efeitos do disposto no artigo 171, do CTN, consiste, pois, em ceder uma parcela de sua pretensão. Em outras palavras, significa abrir mão de uma parte do direito que acredita ter, tendo como objetivo alcançar um meio termo satisfatório para se colocar fim ao litígio existente entre as partes.

Porém não basta que existam concessões. É imprescindível que estas sejam mútuas. Quer dizer, para que haja transação, ambas as partes devem ceder uma parcela de suas pretensões. Deve haver o que se denomina de reciprocidade. É justamente essa reciprocidade de ônus e vantagens que diferencia a transação de outros institutos jurídicos, notadamente a renúncia ao próprio direito ou a submissão ao direito alheio (FERRAZ, 2018, p. 113).

Desta forma, a transação em matéria de direito tributário pressupõe que ambas as partes da relação jurídica podem, abrir mão, de parcela de suas pretensões, o que significa em fazer concessões mútuas.

Em sequência, para que seja viável a transação em matéria tributária, se faz imprescindível, ainda, um terceiro pressuposto para a transação tributária, sendo este a determinação do litígio e a consequente extinção do crédito tributário. Dessa forma, explica Oliveira:

O termo “litígio”, empregado na parte final do art. 171, do CTN, por sua vez, significa demanda, contenda, conflito. Em outras palavras, o dispositivo dá conta de que a transação tributária deverá implicar em terminação do conflito de interesses existente entre as partes. À semelhança do que ocorre com a transação do Direito Civil brasileiro, a transação em matéria tributária pressupõe uma dúvida (*res dúbia*) envolvendo uma determinada situação jurídica. Essa dúvida poderá se referir tanto à interpretação da norma jurídica aplicável, quanto à ocorrência ou subsunção dos fatos à norma. E, será justamente essa dúvida que será dirimida pela transação (OLIVEIRA, 2013, p. 114).

Grande parte da doutrina sustenta que, por conta da redação do artigo 171, *caput*, do Código Tributário Nacional, a transação tributária teria uma amplitude menor que a transação civil, não havendo que se falar em transação tributária preventiva, mas somente terminativa. Isso não impede, entretanto, que outros instrumentos jurídicos sejam utilizados para prevenir os conflitos entre o Fisco e os contribuintes (OLIVEIRA, 2013).

A regulamentação da transação tributária, implementada pela União (Lei n. 13.988/2020 e Lei Complementar 174/2020) e pelo Estado de São Paulo (Lei n. 17.293/2020), trouxe comemoração ao meio jurídico e, ainda, incremento significativo na arrecadação tributária, onde, somente a União recuperou a quantia de seis bilhões no ano de 2021, com a inclusão de 2.1 milhões de contribuintes no programa. O Estado de São Paulo, por sua vez, fechou acordos na ordem de R\$ 1 bilhão, de meados de 2021 até agosto de 2022. O aumento da arrecadação com a transação foi verificado, independentemente, da existência e instalação de programas *on-line* de resolução de conflitos, como o Modria, um sistema de resolução *on line* de disputas, desenvolvido por mais de uma década dentro do Ebay e PayPal resolvendo mais de 700 milhões de disputas, sendo utilizado em mais de 30 Tribunais nos Estados Unidos. Esse sistema permite que uma das partes crie uma negociação ou pedido de mediação, convidando a outra para resolver a disputa. (FERREIRA; MONTES NETTO, 2022)

Portanto, nota-se que um dos pressupostos da transação em matéria tributária é que ela importe em terminação do litígio, ou seja, conflito de interesses, podendo se aplicar tanto aos conflitos na fase judicial, como àqueles ainda na fase administrativa.

3.6. A experiência portuguesa

A aplicação da arbitragem no direito tributário português, inicialmente, começou com a bitributação na Convenção Modelo OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), onde, no procedimento amigável para resolução de conflitos, no ano de 2008, instituiu uma etapa arbitral caso os Estados não entrassem em acordo sobre a bitributação.

Posteriormente, teve-se a Diretiva nº 90/436 da União Européia, a qual versa sobre a eliminação da dupla tributação em matéria de ajustamento de lucro de empresas coligadas. Desta forma, a Diretiva em questão, especificamente, em sua seção três, prevê a possibilidade de aplicação da arbitragem para resolução de conflitos, prevendo, ainda, a criação de uma comissão consultiva, onde participarão representantes escolhidos pelas autoridades interessadas e um presidente da comissão.

Conforme asseverado por Nuno de Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, em Portugal houve o reconhecimento de problemas com a justiça fiscal, o que incentivou a busca de outros mecanismos para a composição de litígio (VILLA-LOBOS, PEREIRA, 2017, p. 5-6), sendo que já existia a possibilidade da arbitragem tributária, diante de um tribunal administrativo (TAPIAS, 2017, p. 267). José Casalta Nabais (2018, p. 31) aponta pela evolução e consagração ao instituto da arbitragem administrativa em Portugal.

Nesse sentido, insta salientar que, no direito interno de Portugal, a Constituição desse país, em seu artigo 209, prevê a possibilidade de aplicação da arbitragem, visto que faz expressa menção aos Tribunais existentes, prevendo, dentre eles, o Tribunal Arbitral. Nas palavras de Yurgel:

A arbitragem naquele país, em 1986, foi regulada, com publicação da lei sobre a arbitragem voluntária - Lei nº 31 de 1986, que foi revogada pela Lei nº 63 de 2011, hoje vigente. Com base nessa legislação, Portugal passou a admitir a constituição de tribunais arbitrais voluntários, instituídos pela vontade das partes. Ademais, naquele país, é expressamente admitido que o Estado e as pessoas de direito público celebrem convenções de arbitragem, desde que tenham como objeto do litígio matéria de direito privado ou que o objeto em questão esteja autorizado por lei. Como tributo é uma matéria de direito público, fazia-se necessária a aprovação de lei para autorizar que conflitos envolvendo o direito tributário fossem resolvidos por arbitragem. Assim, em 2010, na Lei do Orçamento do Estado, ficou expressamente

autorizada a regulamentação da arbitragem em matéria tributária (YURGEL, 2018, p. 03-04).

À vista disso, após a aprovação da Lei do Orçamento, no ano de 2010, Portugal editou um Decreto Lei nº 10/2011, a fim de regulamentar a questão da arbitragem em matéria tributária, elencando seus objetivos, sendo eles: reforçar a tutela eficaz dos direitos e dos interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais; maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo.

No que tange aos obstáculos encontrados para aplicação da arbitragem tributária em Portugal, como é o caso, por exemplo, da indisponibilidade do crédito tributário, argumenta Yurgel:

[...] obstáculo mais controverso refere-se à determinação legal da indisponibilidade dos créditos tributários, visto que a Lei Geral Tributária Portuguesa determina, em seu artigo 30 n. 2, que o crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção respeitando o princípio da igualdade e o da legalidade tributária. Essa questão foi superada por juristas portugueses, que argumentaram que, quando determinado conflito for submetido ao tribunal arbitral, não está se discutindo o crédito tributário, mas, sim, a aplicação de regras jurídicas aos fatos (YURGEL, 2018, p. 05).

Passada essa questão, importante tecer considerações acerca do processo arbitral tributário em Portugal. O Decreto-Lei nº 10/2011, fixou as matérias que podem ser objeto de resolução pela via arbitral. Vejamos:

[...] encontram-se abrangidas pela competência dos tribunais arbitrais a apreciação da declaração de ilegalidade de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e os de pagamento por conta, a declaração de ilegalidade de atos de determinação da matéria tributável, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais e, bem assim, a apreciação de qualquer questão, de facto ou de direito, relativa ao projeto de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de deduzir a pretensão anteriormente referida (BRASIL, 2010, s.p.).

A Lei do Orçamento de 2010, consignou expressamente que a arbitragem consiste em um meio alternativo ao processo de impugnação judicial ou à ação de reconhecimento de um direito e interesse legítimo em matéria tributária, sendo, portanto, um direito potestativo dos contribuintes.

Portanto, conforme bem dispõe Yurgel (2018), em Portugal, os contribuintes podem recorrer à arbitragem quando discordem de certas intimações do fisco, como, por

exemplo, as que se referem ao valor que lhes seja cobrado de imposto sobre a renda, ou o direito a uma isenção.

O Decreto-Lei, prevê, ainda, que acolhe-se como regra geral a irrecorribilidade da decisão proferida pelos Tribunais Arbitrais, o que não prejudica a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional, nos casos em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique uma norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada, bem como o recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando a decisão arbitral esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo.

Assim, o Decreto-Lei, afirma que é possível que os contribuintes submetam aos Tribunais Arbitrais a apreciação de actos tributários que se encontrem pendentes de decisão judicial há mais de dois anos, com um incentivo, que corresponde à dispensa de pagamento de custas judiciais. Nota-se, portanto, que a regulamentação da arbitragem não implica em uma desjuridificação do processo tributário, na medida que é vedado o recurso à equidade, devendo os árbitros julgar de acordo com o direito constituído. Nas palavras de Cipriano:

O legislador houve por bem, também, esclarecer a vedação do recurso à equidade no âmbito da arbitragem tributária, uma vez que a instituição do referido procedimento não tem como consequência lógica a desjuridificação do processo tributário. Nesse sentido, esclarece-se que os árbitros estão vinculados ao julgamento segundo o direito constituído. Por fim, é interessante notar que a lei estabeleceu normas transitórias (a partir da entrada em vigor do presente decreto-lei e até ao termo do prazo de um ano) e concedeu a dispensa de pagamento de custas judiciais aos sujeitos passivos que tivessem interesse em submeter suas demandas à apreciação dos tribunais arbitrais, desde que seus processos pendessem de decisão há mais de dois anos em primeira instância. Assim, não há dúvidas de o legislador, quando da edição da referida norma, analisou cuidadosamente os dilemas da Administração Judiciária portuguesa e o modelo de procedimento aplicável à resolução das demandas no caso concreto. Isso para que, em longo prazo, fosse possível se chegar a resultados efetivos quanto à consolidação da arbitragem em matéria tributária como método alternativo seguro e eficaz sob a perspectiva do Fisco e também do contribuinte (CIPRIANO, 2018, p. 52).

Em outras palavras, a instauração da arbitragem se dará por pedido realizado pelo contribuinte, onde a Administração Pública será chamada para o processo para revogar ou substituir o ato sob o qual o contribuinte está solicitando a resolução pela via arbitral. Nesse sentido, caso o Fisco não realize nenhum dos atos ora mencionados, será iniciado o procedimento arbitral, por intermédio da designação dos árbitros. Assim, no que tange a apresentação do pedido de constituição de Tribunal Arbitral dispõe Yurgel:

Quando apresentado o pedido de constituição de tribunal arbitral, o crédito tributário terá o mesmo efeito que lhe caberia quando do ingresso em juízo, ou seja, a suspensão do processo de execução fiscal e a suspensão e interrupção dos prazos de caducidade e de prescrição da prestação tributária. Dentre as grandes vantagens da arbitragem, encontra-se a garantia de celeridade, pois é estabelecido um limite temporal de seis meses para a emissão da decisão arbitral, com a possibilidade de prorrogação por mais seis meses (YURGEL, 2018, p. 08).

Por outro lado, no que tange a composição dos Tribunais Arbitrais, o Decreto-Lei prevê, em seu artigo 5º, que eles devem funcionar com árbitro singular ou com intervenção do coletivo de três árbitros. Assim, funcionarão com árbitro singular quando o valor do pedido de pronúncia não ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo e o sujeito passivo opte por não designar árbitro e funcionarão com intervenção do coletivo de três árbitros quando o valor do pedido de pronúncia ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo e quando o sujeito passivo opte por designar árbitro, independentemente do valor do pedido de pronúncia.

Em sequência, o Decreto-Lei em questão também dispõe acerca dos requisitos para a designação dos árbitros. Sendo assim, estipulou-se que os árbitros serão escolhidos dentre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público, bem como é imprescindível que os árbitros contem com pelo menos dez anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na Administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio (PEREIRA, 2017, p. 19).

Não bastasse isso, existem diretrizes de impedimento dos árbitros, as quais seguem as normas de padrão internacional. Entre estas regras, o Decreto-Lei prevê que configura impedimento dos árbitros os casos em que, nos dois anos anteriores ao da sua indicação como árbitro o indivíduo designado tenha sido dirigente, funcionário ou agente da administração tributária, membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor ou consultor do sujeito passivo que seja parte no processo, de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio, tal como esta é definida no Código das Sociedades Comerciais, ou de pessoa ou entidade que tenha interesse próprio na procedência da pretensão; tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo.

Assim, o artigo 8º do Decreto-Lei 10/2011, deixa expressamente disposto que a pessoa designada para exercer funções de árbitro deve rejeitar a designação quando ocorra

circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua imparcialidade e independência, posto que os árbitros estão sujeitos aos princípios da imparcialidade e da independência, bem como ao dever de sigilo fiscal nos mesmos termos em que este é imposto aos dirigentes, funcionários e agentes da Administração Tributária.

No mais, importante tecer considerações acerca de que mesmo sendo terminativa a decisão arbitral, posto que busca a celeridade, Portugal determinou inúmeras possibilidades de recursos, estando eles previstos no artigo 25, do Decreto-Lei 10/2011. Desta forma, segundo referido artigo, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é susceptível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada.

Prevê-se no mencionado artigo, ainda, que a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral ou com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo. No mais, ao recurso previsto no número anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime do recurso para uniformização de jurisprudência regulado no artigo 152º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, contando-se o prazo para o recurso a partir da notificação da decisão arbitral.

Desta forma, dispõe-se que os recursos previstos nos números do artigo 25, do Decreto-Lei nº 10/2011, são apresentados, por meio de requerimento acompanhado de cópia do processo arbitral, no Tribunal competente para conhecer do recurso. No mais, por consequência, a interposição de recurso é obrigatoriamente comunicada ao Centro de Arbitragem Administrativa e à outra parte.

Por outro lado, no que tange os efeitos da decisão arbitral de que não caiba recurso ou impugnação, o Decreto-Lei 10/2011 prevê que estará a Administração Tributária vinculada a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exatos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos Tribunais Judiciais Tributários, alternativa ou cumulativamente, consoante as hipóteses previstas no artigo 24¹¹

¹¹Artigo 24.º Efeitos da decisão arbitral de que não caiba recurso ou impugnação

do Decreto em questão. Julgado o mérito ante a submissão pela arbitragem, ocorre a preclusão de se buscar a rediscussão pelas vias tradicionais (SOUTELINHO, 2017, P. 27).

Não obstante, importante tecer considerações acerca do papel do Centro de Arbitragem Administrativa “CAAD” no direito português. O CAAD consiste em um centro de arbitragem institucionalizada e de carácter especializado, no qual podem ser solucionados litígios em matéria de Direito Público, nas áreas administrativa e tributária.

A criação do CAAD se deu por intermédio de um processo de Reforma do Contencioso Administrativo. O CAAD funciona como uma instituição que incentiva o estudo e a divulgação da arbitragem nas áreas envolvendo matéria administrativa e tributária, o qual ganhou, conseqüentemente, notoriedade em âmbito internacional, tendo em vista seu objetivo primordial de atender, de maneira harmônica, aos interesses do Estado e dos contribuintes. Nas palavras de Cipriano:

Quando da introdução da arbitragem tributária ao ordenamento português, tal como se vê no contexto brasileiro, houve receio quanto ao eventual afastamento e deturpação dos princípios da legalidade e da igualdade, que regem o direito fiscal. A despeito da discrepância observada na capacidade negocial dos contribuintes em geral, a “democraticidade no acesso à justiça arbitral” e a garantia do interesse público devem prevalecer em relação à lógica econômica. É exatamente nesse sentido que tem se encaminhado a atividade exercida pelo CAAD. É relevante notar, ainda, que o Estado exerce importante papel na associação, “surgindo como um

-
- 1 - A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a administração tributária a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exatos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários, alternativa ou cumulativamente, consoante o caso:
- a) Praticar o ato tributário legalmente devido em substituição do ato objeto da decisão arbitral;
 - b) Restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adoptando os actos e operações necessários para o efeito;
 - c) Rever os actos tributários que se encontrem numa relação de prejudicialidade ou de dependência com os actos tributários objeto da decisão arbitral, designadamente por se inscreverem no âmbito da mesma relação jurídica de imposto, ainda que correspondentes a obrigações periódicas distintas, alterando-os ou substituindo-os, total ou parcialmente;
 - d) Liquidar as prestações tributárias em conformidade com a decisão arbitral ou abster-se de as liquidar.
- 2 - Sem prejuízo dos demais efeitos previstos no Código de Procedimento e de Processo Tributário, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação preclui o direito de, com os mesmos fundamentos, reclamar, impugnar, requerer a revisão ou a promoção da revisão oficiosa, ou suscitar pronúncia arbitral sobre os atos objeto desses pedidos ou sobre os consequentes actos de liquidação.
- 3 - Quando a decisão arbitral ponha termo ao processo sem conhecer do mérito da pretensão por facto não imputável ao sujeito passivo, os prazos para a reclamação, impugnação, revisão, promoção da revisão oficiosa, revisão da matéria tributável ou para suscitar nova pronúncia arbitral dos actos objeto da pretensão arbitral deduzida contam-se a partir da notificação da decisão arbitral.
- 4 - A decisão arbitral preclui o direito de a administração tributária praticar novo ato tributário relativamente ao mesmo sujeito passivo ou obrigado tributário e período de tributação, salvo nos casos em que este se fundamente em factos novos diferentes dos que motivaram a decisão arbitral.
- 5 - É devido o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previsto na lei geral tributária e no Código de Procedimento e de Processo Tributário.

parceiro especial na constituição e suporte do centro de arbitragem”. Além de financiar as atividades do CAAD, criando condições de competitividade e fazendo da arbitragem alternativa viável, o Estado incentivou sobremaneira as entidades privadas a “representativas dos potenciais partes em causa” quanto à efetiva criação de um Centro de Arbitragem (CIPRIANO, 2018, p. 52-53).

Nestes termos, verifica-se que a criação do CAAD, encontra-se interligada à implementação de um modelo de resolução de litígios pautado na transparência e na imparcialidade, cumprindo, evidentemente, os pressupostos de representatividade e idoneidade para a prossecução de suas atividades, com celeridade, pois o prazo máximo de duração do processo de seis meses (ROCHA, 2012, p. 113)

O modelo adotado pelo CAAD, segundo Santos Serra (2013, p. 03), muito se relaciona com os resultados encontrados pela arbitragem tributária em Portugal. Assim, os altos parâmetros de exigência e de boas práticas arbitrais proporciona instrumentos preciosos de controle de desempenho dos árbitros.

3.7. Implantação da arbitragem tributária no Brasil

Inicialmente, importante salientar que a arbitragem se difere do instituto da transação, previsto expressamente nos artigos 156 e 171, do Código Tributário Nacional, posto que a transação, conforme já salientado, consiste em uma forma de extinção da obrigação, prevista pelos artigos 840 e seguintes do Código Civil Brasileiro, onde as partes realizam concessões mútuas para encerrar um litígio.

Em matéria tributária, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 156, inciso III, incluiu o instituto da transação entre as hipóteses de extinção do crédito tributário, bem como há previsão no artigo 171, do mesmo diploma legal, que a legislação poderá facultar aos sujeitos ativos e passivos da obrigação tributária a celebração de transação, que, mediante concessões mútuas, implique em determinação de litígio e, conseqüentemente, em extinção do crédito tributário.

Por outro lado, na arbitragem, verifica-se a presença de um terceiro imparcial (que é o árbitro), o qual decidirá o conflito através da aplicação das leis cabíveis ao caso concreto, ou seja, na arbitragem as partes não se dispõem de abrir mão de um direito, mas sim buscam uma forma de estabelecer o que será esse mesmo direito, o que implica dizer que, em matéria tributária e coletiva, a aplicação do instituto da arbitragem não fará com que o fisco abdique do crédito tributário, mas sim que o mesmo está optando por uma forma diversa de resolução do litígio. Vejamos o que dispõe Yurgel:

Se o crédito tributário fosse indisponível, a Fazenda Pública nas três esferas Federal, Estadual e Municipal, não poderia oferecer parcelamentos ou incentivos fiscais, pois estaria incorrendo em ilegalidades. Além disso, a administração pública oferece soluções alternativas aos contribuintes, que modificam. Exemplo disso, a concessão de moratória, de transação e de remissão. Sendo assim, se fosse indisponível, o crédito tributário, ele não poderia ser “negociado” ou alterado pelo executivo (YURGEL, 2018, p. 18).

Desta feita, ao nosso entendimento, a Administração Pública poderá valer-se do instituto da arbitragem, dentro dos limites da lei, posto que o crédito tributário se configura como um interesse público secundário, conforme aqui salientado.

Nestes termos, é preciso avaliar a necessidade de aprovação de Lei Complementar que institua a arbitragem como forma de resolução adequada de controvérsias em matéria tributária. Para Torres há essa necessidade:

O procedimento de arbitragem aplicado em matéria tributária, para ser adotado na exigência de créditos tributários ou mesmo na solução de conflitos em geral, teria que atender a todos os ditames de legalidade, como: a) previsão por Lei, a definir a arbitragem como medida de extinção de obrigações tributárias e indicar seus pressupostos gerais, limites e condições; b) edição de lei ordinária pelas pessoas de direito público interno para regular, no âmbito formal, o procedimento de escolha dos árbitros, bem como a composição do tribunal arbitral, a tramitação de atos, e bem assim os efeitos da decisão e do laudo arbitral, além de outros (artigo 37, da CF); e c) que ofereça, em termos materiais, os contornos dos conflitos que poderiam ser levados ao conhecimento e decisão do tribunal arbitral (artigo 150, CF). A legalidade deve perpassar todo o procedimento, reduzindo o campo de discricionariedade e garantindo plena segurança jurídica na sua condução. Como visto, esta é uma questão que só depende de esforço político (TORRES, 2013, s.p.).

Para NERY, no Brasil, o procedimento arbitral, para ser aplicado em matéria tributária, notadamente na exigência de créditos tributários, necessitaria de atender a todos os ditames e legalidades, citando a necessidade de edição de lei complementar como forma de extinção das obrigações tributárias; a edição de lei ordinária para questões como a escolha de árbitros, a composição do tribunal e os efeitos da decisão e, que ofereça os contornos sobre as espécies de conflitos que podem ser levados à eventual decisão arbitral. (NERY, 2016, p.130).

De outro lado, a arbitragem no direito tributário, ao contrário do instituto da transação, em regra, não extingiria o crédito tributário, o qual somente seria extinto ante as formas de extinção autorizadas previstas no ordenamento jurídico. Com a transação as partes compõem por si o litígio, caracterizando-se como uma mediação ou conciliação, obrigando-se reciprocamente, na arbitragem, as partes delegarem a solução do conflito aos árbitros, pelo que o compromisso não contém mais do que uma atribuição de poder a estes últimos e uma subtração do mesmo aos juízes (VALENTE, 2016).

No mesmo sentido, Valente (2016, p. 15), afirma que a transação e a arbitragem refletem a influência de um acordo entre as partes para a composição do litígio. Enquanto com a transação as partes compõem por si o litígio, caracterizando-se como uma mediação ou conciliação, obrigando-se reciprocamente, na arbitragem as partes delegam a solução do conflito aos árbitros, pelo que o compromisso não contém mais do que uma atribuição de poder a estes últimos e uma subtração, do mesmo, aos juízes ordinários. A arbitragem, portanto, configura-se como uma transação da solução contratual para a judicial do litígio.

Em sentido contrário, com o qual se pactua, há entendimento de que bastaria a edição de uma lei ordinária, partindo da premissa de que já existe a lei de arbitragem e não haveria a necessidade de autorização para a utilização da arbitragem em matéria tributária, com alterações no Código Tributário Nacional. Como a arbitragem se trata de matéria processual e os seus efeitos já estão previstos na Lei 9.307/96, sendo que a sentença arbitral se equipara à decisão judicial, poderia ser instituída, inclusive por mero ato administrativo, utilizando a lei da arbitragem como fonte (ARBITRAGEM, 2022).

Entendimento semelhante é dado por Joel Figueira Júnior ao assentar que nem o fisco e nem os contribuintes sentem-se seguros em se socorrer à jurisdição arbitral e, assim, até mesmo sob o ponto de vista das autoridades fiscais, a regulamentação legislativa da arbitragem tributária e de seus efeitos tornariam o sistema legítimo, eficaz e bem-sucedido, no Brasil, podendo ser instituída com base no artigo 1º, § 1º da Lei 9.307/96 (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019, p. 165 -167).

Assim como ocorreu em Portugal, no Brasil, haveria a necessidade de edição de lei que estabeleçam o rito e os critérios para a escolha do árbitro ou do tribunal que resolverá a questão (baseado em critérios como moral ilibada e conhecimento técnico), podendo este ser, inclusive, remunerado, além das matérias que poderão ser submetidas a ela (GRUPENMACHER, 2019, p. 208).

Em recente decisão, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação direta de inconstitucionalidade estadual - ADIn 2212809-43.2019.8.26.0000, julgado em 13/05/2020, conforme salienta Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2021), admitiu a constitucionalidade da previsão de arbitragem em matéria tributária, no sentido de que a competência para celebrar a convenção de arbitragem tributária no município é do Poder Executivo, não devendo haver a interferência do Poder Legislativo. Destaca-se que essa decisão transitou em julgado e revela um marco importante para a constitucionalidade da previsão da arbitragem tributária por lei, no caso, municipal, mas que poderá ser aplicada por todas as esferas.

A vantagem do instituto da arbitragem para o Brasil parece ser interessante, posto que atingiria o princípio da eficiência da Administração Pública por meio da celeridade de julgamento, tecnicidade, bem como redução dos custos de transação, o que beneficia tanto o contribuinte quanto o Fisco. Portanto, a arbitragem como técnica de resolução alternativa de conflitos, em nada atacaria o princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

O princípio da eficiência, que é imposto a todos os agentes públicos em suas atribuições e configura-se como um princípio fundamental da Administração Pública, conforme leciona Meirelles:

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (LOPES, 2002, p. 90).

Insta salientar, ademais, que o princípio da eficiência se encontra previsto no artigo 37, da Constituição Federal de 1988, interligando-se com a ideia de que a Administração Pública não possui simplesmente uma faculdade de exercer seus atos de forma eficiente, mas sim um poder-dever que deve ser exercido para atender da melhor forma possível os interesses de bem comum do Estado.

Desta forma, como bem aduz Brito (2017, p. 29), integraria a eficiência administrativa a possibilidade de resolução de litígios referentes à matéria tributária, sobretudo à arrecadação de tributos, pela via arbitral, posto que, em tese, o julgamento seria técnico e célere. Nas palavras de Pires:

O poder público deve visar, sempre, à simplificação de procedimentos através da substituição de técnicas e métodos usuais por outros meios que apresentem idêntico resultado de maneira mais rápida e econômica para a própria administração e para os contribuintes. Para isso, não há necessidade, certamente, de alteração da Constituição. Nesse contexto, assinale-se, o árbitro tem a vantagem de se colocar à distância, não só do alegado interesse público no cumprimento da obrigação, como, também do sujeito passivo responsável pela satisfação do crédito tributário, preservando, tão somente, o seu compromisso com a resposta rápida e equitativa ao problema (PIRES, 2008, p. 413).

Nos litígios tributários há questões de direito comum a vários contribuintes, ou seja, a uma tendencia de multiplicação de litígios idênticos, o que atrai uma preocupação com a isonomia e a neutralidade tributária, visto que permitir que dois contribuintes que estejam em situação idêntica obtenham decisões diferentes a depender da jurisdição eleita, se privada

ou estatal, em outras palavras, se ele recorra a arbitragem ou ao Poder Judiciário, geraria situações não isonômicas e daí a importância da arbitragem tributária coletiva.

Nesse sentido, a arbitragem poderia ser um meio mais eficiente para a jurisdição estatal na resolução de conflitos no âmbito tributário, visto que é imprescindível que a Administração Pública opte pelo caminho mais célere e eficiente para o cumprimento de todas as suas funções, inclusive as arrecadatórias.

A arbitragem, no Brasil, pode ser considerada, portanto, como um direito do contribuinte perante a relação jurídico-tributária, em razão das vantagens do instituto, como bem afirma Campos:

O inter-relacionamento justo entre o cidadão e o Estado a nível de impostos, com assunção livre e espontânea por aqueles das suas obrigações fiscais – como princípio e ponto de partida – passa pela assunção livre da regulação de conflitos entre credor e devedor. Passa, em outras palavras, pela faculdade de recorrer à arbitragem. Com todas as vantagens que esta acarreta no que se refere à certeza e segurança do direito (CAMPOS, 2006, p. 88).

Não bastasse isso, imperioso destacar que o crédito tributário é receita pública derivada e, conseqüentemente, de natureza disponível, conforme exposto neste trabalho, razão pela qual não haveria empecilho para a utilização da via arbitral.

No Brasil, como dito, existem inúmeros avanços legislativos consolidados para outros meios extrajudiciais de resolução de conflitos em matéria tributária, como por exemplo, a Lei nº 13.988 de 14 de abril de 2020, a qual prevê condições para a transação a ser realizada entre a União, suas autarquias e fundações e os devedores, no que tange à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária. No que tange a aplicação da arbitragem no Brasil pontua Pires:

A Constituição Federal de 1988 possui previsões expressas sobre a competência dos entes para legislar em matérias tributárias sem lei que o estabeleça, resultado da obediência a estrita legalidade e, em razão disso, é imprescindível que o procedimento arbitral tributário observe os requisitos legais, sendo inviável adotar qualquer solução desprovida de respaldo legal.

Nesse sentido, o Projeto de Lei Complementar nº 469/2009, em tramitação na Câmara dos Deputados, prevê alteração no CTN para a inclusão do artigo 171-A, dispondo: “A lei poderá adotar a arbitragem para a solução de conflito ou litígio, cujo laudo arbitral será vinculante”. Infere-se que a intenção do legislador é justamente dispor de previsão legal para a adoção da arbitragem em matéria tributária (PIRES, 2021, p. 78-79).

O Projeto de Lei Complementar nº 469 (BRASIL, 2009) em tramitação na Câmara, também prevê a alteração do artigo 156, do Código Tributário Nacional, objetivando

a inclusão do inciso XII, com a previsão do laudo arbitral extinguir o crédito, na forma da lei. Referido projeto dispõe, também, acerca da interrupção da prescrição pela admissão em procedimento de arbitragem, o que segundo Pires (2021, p. 80) confere segurança jurídica, bem como evita o ajuizamento de outras ações corroborando com o desafogamento do Poder Judiciário.

No mais, cabe salientar que em âmbito ordinário, foi apresentado em 2019, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 4.257, de autoria do Senador Antônio Anastasia, que possui escopo na modificação da Lei nº 6.830/1980, com o fim de instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, a ser realizada pós-constituição da relação jurídica tributária, ou seja, após o lançamento do tributo.

O Projeto de Lei nº 4.257, possui objetivo primordial trazer a arbitragem como método de solução de conflitos a devedores inscritos em dívida ativa, oportunizando ao contribuinte a opção de submeter os Embargos à Execução Fiscal, ação de consignação de pagamento e ação anulatória ao juízo arbitral, desde que o crédito tributário esteja devidamente garantido. O Projeto em questão, segundo o Senador Antônio Anastasia, se justifica pela busca de soluções que levem à desjudicialização das controvérsias que versem sobre executivos fiscais. Atualmente, o Projeto de Lei nº 4.257 encontra-se com o relator Senador Carlos Portinho para emissão de relatório.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 4.257 acaba por cumprir com o que dispõe o ordenamento jurídico do procedimento arbitral, na medida em que busca admitir o juízo arbitral para dirimir conflitos após a constituição do crédito tributário e respectiva inscrição em dívida ativa, ou seja, após a existência de matéria controvertida.

Não obstante, além do Projeto de Lei anteriormente citado, tem-se, ainda, em tramitação no Senado Federal, uma proposta legislativa que busca introduzir a arbitragem em matéria tributária, tratando-se do Projeto de Lei nº 4.468 de 2020, de autoria da Senadora Daniella Ribeiro, a qual visa introduzir a figura da “arbitragem especial tributária”, a ser realizada antes do lançamento do tributo, com o intuito de “prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matéria de fato”, nos termos do artigo 1º do Projeto de Lei em questão. No momento, o Projeto encontra-se aguardando parecer da Comissão de Assuntos Econômicos.

O artigo 2º do Projeto de Lei nº 4.468 de 2020 dispõe, neste sentido, que as controvérsias tributárias que podem ser objeto da arbitragem tributária de que trata esta lei são aquelas relativas a matérias fáticas, sendo vedado a discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas; discussão sobre lei em tese; decisão contrária a entendimento consolidado

pelo Poder Judiciário, nas hipóteses de que trata o artigo 927, do Código de Processo Civil, bem como julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Desta feita, segundo o Projeto de Lei nº 4.468, a arbitragem especial de que trata a lei em questão deverá observar algumas condições¹².

Conforme disposto neste trabalho, a Constituição Federal não apresenta óbice à arbitralidade das matérias de direito tributário, cabendo, portanto, à legislação infraconstitucional para realização da arbitragem tributária no Brasil, não sendo necessária a edição de Lei Complementar, bastando disposições em Legislação Ordinária, para aspectos meramente procedimentais.

Assim, evidencia-se como desnecessária a elaboração de Lei Complementar para prever e dispor acerca dos requisitos para implementação do procedimento arbitral em matéria tributária, bem como a competência da sentença arbitral para extinguir ou não o crédito tributário, suspensão da exigibilidade do crédito, interrupção da prescrição com a instauração do procedimento arbitral, entre outras.

Salienta-se, novamente, que a aplicação do procedimento arbitral é de suma importância no ordenamento jurídico, especialmente no que tange a matéria tributária, sendo os impactos positivos na ordem de economia financeira e tempo, na especialização e qualidade técnica para o julgamento e decisões, preponderância da autonomia da vontade, diálogo no procedimento e melhora na relação fisco-contribuinte, além de mais celeridade na resolução do conflito e redução de processos judiciais e administrativos (PIRES, 2021).

¹² [...] I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito, sendo vedada a arbitragem por equidade; II - obedecerá as regras de direito brasileiro; III - será realizada no Brasil e em língua portuguesa; IV - serão sempre respeitados no procedimento arbitral o contraditório, a ampla defesa e os meios inerentes, a igualdade das partes, a imparcialidade dos árbitros e seu livre convencimento; V - a sentença arbitral será integralmente divulgada no site da instituição arbitral que administrou a arbitragem; VI - o laudo arbitral produzirá efeitos somente entre as partes, salvo hipótese de participação de entidade representativa de categoria econômica ou profissional de âmbito estadual ou nacional, hipótese em que todos os associados que não tenham expressamente feito opção em sentido contrário estarão vinculados; VII - as despesas relativas a honorários de peritos e árbitros poderão ser antecipadas pelo contribuinte quando da instauração do procedimento arbitral; VIII - as despesas envolvendo a câmara de arbitragem serão assumidas integral e definitivamente pelo contribuinte; 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; X - no caso de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem, observado o disposto no inciso VIII. XI - os valores decorrentes das decisões condenatórias serão corrigidos pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) ou outro índice que venha substituí-la na atualização dos créditos tributários; XII - a arbitragem especial será necessariamente institucional, podendo o ato de regulamentação credenciar as instituições ou câmaras arbitrais competentes para processar as controvérsias tributárias reguladas nesta Lei.

Parágrafo único. São requisitos da instituição que processará a arbitragem especial tributária: I - estar situada no Brasil; II - estar regularmente constituída há pelo menos oito anos; III - estar em regular funcionamento como instituição ou câmara arbitral; e IV - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Nestes termos, diante da ineficiência do Poder Judiciário, faz-se imprescindível a procura de meios que possibilitem a diminuição no fluxo de processos, de modo a possibilitar que outras questões possam ser resolvidas de forma mais célere.

Portanto, diante dessas considerações, devem ser adotadas medidas urgentes que possibilitem a redução da litigiosidade, a ampliação de medidas preventivas, as modificações na legislação de Execução Fiscal, bem como no próprio processo administrativo fiscal, além do uso de transação em processos fiscais, acrescentando-se ainda a necessidade de se utilizar da Arbitragem como forma de resolução de matérias fiscais (VEIGA NETTO, 2021).

A utilização do procedimento arbitral pela Administração Pública mostra-se como uma possibilidade de ampliação do acesso efetivo à justiça, caminhando para uma realidade necessária, não só pelo avanço legislativo, mas como também pela superação inicial da resistência doutrinária ao emprego da arbitragem na solução de controvérsias envolvendo o Estado e os particulares (MELLO, 1991).

A aplicação da arbitragem tributária no Brasil se mostra imprescindível, visto que o instituto em questão é capaz de proporcionar uma reflexão sobre a eficácia das atuais estruturas procedimentais como meios de acesso à justiça, bem como sobre uma nova e possível relação entre o contribuinte e o Fisco.

Assim, a utilização do procedimento arbitral, no Brasil, mostra-se como sendo uma forma de diminuir os custos decorrentes do questionamento de determinado crédito tributário, bem como contribui para a resolução mais rápida de tais questionamentos, tornando, portanto, a recuperação do crédito mais célere, as relações mais seguras e estáveis e por consequência, aumentando a arrecadação e diminuindo a litigiosidade do Estado.

Nas palavras de Laudenino João da Veiga Netto (2021), a arbitragem consiste em uma ferramenta que contribui para a redução da litigiosidade fiscal vivenciada no Brasil ao permitir a resolução ágil de conflitos tributários e, ainda, ao contribuir para a maior eficiência da função de arrecadação.

ALVIM (2019, p. 409). assevera que a arbitragem é necessária e urgente no país, uma vez que, problemas existem desde o nascedouro da norma, sendo que a arbitragem poderia cuidar dos sintomas e não das causas dos problemas tributários do país, devendo, ainda, ser boa, tanto para o fisco como para o contribuinte, atendendo a três pressupostos: imparcialidade, rapidez e alta qualidade técnica.

Não bastasse isso, nota-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a existência de uma ressignificação do princípio da supremacia do interesse público, no sentido de que a instituição da arbitragem para transformar conflitos na seara tributária não implicaria em

suprimir do Estado sua competência para instituir tributos, sendo esse um interesse público primário legítimo exercido pelo poder Estatal (VEIGAS NETTO, 2021).

O ordenamento jurídico brasileiro não conta com impedimento constitucional para que o instituto da arbitragem seja utilizado para transformar conflitos em matéria de direito tributário. Assim pontua Veigas Netto:

Aponta-se a Arbitragem Tributária no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo adequado para atuar como instrumento de pacificação social e, por derradeiro, como racionalização de um sistema que se demonstra “ineficiente, caótico e desestimulador do desenvolvimento econômico do país”, apresentando-se de forma equiparada à jurisdição estatal, no entanto, com característica de um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, em que as partes envolvidas buscam a solução de sua lide por meio de um terceiro, ou mesmo um colegiado, de forma técnica e célere, com a mesma eficácia e validade de uma sentença proferida por um magistrado (VEIGAS NETTO, 2021, p. 120-121).

Dessa forma, considerando, portanto, que o Poder Judiciário sofre com a grande quantidade de processos de matéria tributária, constata-se, evidentemente, que é imprescindível a adoção de meios que promovam a resolução mais célere dos litígios, sendo a arbitragem coletiva tributária, com a participação de legitimados, como as associações, a escolha mais adequada quando se trata de matéria de direito tributário.

4. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES NA ARBITRAGEM COLETIVA TRIBUTÁRIA PARA A REDUÇÃO DA ALTA LETIGIOSIDADE ESTATAL

O artigo 5º em seus incisos XVII e XVIII, de nossa Constituição Federal de 1988, tratam, respectivamente, da garantia de associação para fins lícitos, assim como, impede a interferência estatal em seu funcionamento e, ainda estabelece, em seu artigo 174, § 2º, o incentivo e estímulo às diversas formas de associação civil.

Outros dispositivos constitucionais, estabelecem, ainda, a participação da sociedade na gestão da coisa pública, legitimando-as à proteção e defesa do interesse dos seus associados, como forma de maximizar os canais de participação popular na administração da justiça, garantindo ampla interação da sociedade na tutela supraindividual, que vinham sendo delineadas desde a Lei de Ação Civil Pública e também com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

É possível, assim, que a legitimação para agir nas ações coletivas, venham a abranger, não somente as entidades previstas no artigo 53 do Código Civil, mas também outras entidades, como é o caso, por exemplo, das cooperativas, sindicatos e partidos políticos, desde que atendidos os requisitos legais (CALDO, 2018, p. 101).

As associações civis se constituem como a forma mais importante de defesa dos direitos coletivos, na proporção em que, constituem expressão da própria sociedade, são criados espontaneamente pelos próprios cidadãos para a defesa dos direitos que os interessem, consistindo em verdadeiros entes intermediários entre os cidadãos e o Poder Público, para que tenham mais forças em suas reivindicações, tutelando os direitos da massa, pelos organismos constituídos pela própria massa e constituem assim uma forma de atender eficazmente a manifestação e defesa de seus direitos, conforme defende FORNACIARI (2010). Diante dessas considerações, pontua, sobre a legitimidade nos processos coletivos:

A legitimidade nos processos coletivos, em virtude da natureza material dos direitos envolvidos, que se afasta do individualismo tradicional, não pode valer-se da mesma técnica do processo civil clássico. Isso porque, consoante se viu no segundo capítulo, a essência da ação coletiva, em decorrência da natureza herdada do sistema de *common law*, é ser uma ação representativa, por meio da qual os titulares do direito posto *sub judice* não são aqueles que figuram como autores da ação coletiva, mas sim, um representante apto a ser o porta-voz do grupo ou dos indivíduos interessados, quando não da própria sociedade.

[...]

Assim, as leis que tratam dos processos relativos aos direitos coletivos tiveram que inovar em relação à regra clássica de legitimidade, para permitir que um terceiro

(representante adequado) pudesse agir em juízo e nome do grupo ou da classe que teve direitos violados (FORNACIARI, 2010, p. 69-70).

O legislador brasileiro optou por franquear um acesso mais seletivo à tutela metaindividual, lastreado na qualidade dos portadores desses interesses, permitindo que entidades públicas e privadas arroladas taxativamente em lei, em igualdade de condições processuais, possam propor ações em defesa de interesses metaindividuais, atribuindo legitimidade ao Ministério Público, à União, aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal, às entidades e aos órgãos da administração pública direta e indireta, à defensoria Pública e às associações que, em regra, estiverem constituídas há pelo menos um ano (CALDO, 2018, pag. 99 - 101).

Na visão de NERY (2016, pág. 245-246), nas ações de natureza coletiva, opera-se outro fenômeno, que é a legitimação autônoma para a condução do processo, pois impossível a substituição processual de coletividade ou de pessoas indeterminadas, sendo que a legitimação extraordinária configura-se presente nas hipóteses em que as associações defendem direitos individuais homogêneos ou individuais de seus associados, embora em nome próprio, destacando que, de acordo com o artigo 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988, há legitimidade para representação judicial ou extrajudicial, quando expressamente autorizadas, mas que, no caso, se trata de verdadeira substituição processual.

Diante desse cenário e somadas às vantagens atribuídas à arbitragem tributária coletiva, ao contraponto da alta litigiosidade estatal, é que se buscará um caminho, com uma opção, que se revela com a participação das associações na arbitragem tributária coletiva, com a verificação da necessidade de haver uma representatividade adequada.

4.1. Da litigiosidade tributária estatal e as vantagens da arbitragem tributária coletiva

A Constituição Federal de 1988, ao democratizar o acesso à justiça, dispôs que é dever do Estado a intervenção na solução dos litígios. Todavia, conforme será demonstrado, diante da pluralidade, bem como da complexidade das relações e conflitos sociais, o Estado não se encontra em posição de garantir uma sólida estrutura para dirimir os conflitos existentes, ocasionando, conseqüentemente, uma sobrecarga gritante no Poder Judiciário.

Desta feita, a busca por outros meios para resolução de conflitos, com o objetivo de colocar fim aos litígios amplia e assegura a eficácia constitucional do princípio de acesso à justiça. Em outras palavras, a adoção de meios adequados para resolução de conflitos no

âmbito tributário garante a praticidade e economicidade, bem como garante a busca de maior consentimento do contribuinte, com a devida atenuação da elevada conflituosidade da solução de controvérsias tributárias.

O Poder Judiciário encontra-se com grande quantidade de processos e, conseqüentemente, isso reflete na inobservância das garantias constitucionais do processo e a pressão por celeridade que ela gera sobre a marcha processual, sem que os parâmetros formais e materiais estabelecidos pela Constituição Federal sejam observados.

Com relação a esta afirmação, podemos mencionar que, conforme dados extraídos do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2022), o Poder Judiciário julgou 26, 9 milhões de processos em 2021. No mesmo período registrou-se 27,7 milhões de novas ações, revelando um crescimento de 10,4%.

Desta forma, segundo os dados mencionados, a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2022), apontou que o ano de 2021 terminou com 62 milhões de ações judiciais em andamento, que consiste na diferença entre os 77,3 milhões de processos em tramitação e os 15,3 milhões sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando definição jurídica futura. O Conselho Nacional de Justiça apontou que, com exceção da Eleitora, houve elevação do acervo processual em todos os segmentos da Justiça em 2021 em relação ao ano anterior. Na Justiça Estadual, o crescimento foi de 1 milhão de processos e, na Justiça Federal, 881,7 mil processos.

Nesse sentido, a Constituição Federal prevê o direito à inafastabilidade da jurisdição e, desta forma, a garantia de proteção judicial compreende, portanto, o direito de acesso amplo à justiça como meio para se obter, em tempo razoável, uma decisão jurisdicional eficaz, quando houver interesse em reparar lesões ou prevenir ameaças à direitos. Nas explicações de José Canotilho:

A proteção judicial e o devido processo legal, enquanto direitos fundamentais têm a mesma grandeza e devem ser interpretados harmonicamente para evitar que obstáculos procedimentais, de natureza formal, injustificadamente impeçam a resolução do mérito. Não se admite, entretanto, que, para se alcançar uma decisão judicial definitiva, as normas procedimentais sejam aviltadas de maneira arbitrária, privando-se, assim, os litigantes de agirem em posição de simétrica paridade para influenciarem na convicção do julgador a respeito do *thema decidendum* (CANOTILHO, 2009, p. 465).

À vista disso, imperioso destacar que o Poder Judiciário deve agir de forma proveitosa em prol das normas e princípios elencados na Constituição Federal, a qual, conforme salientado, prevê a garantia da proteção judiciária e, portanto, o jurisdicionado deve

contar com mecanismos previamente estabelecidos e acima de tudo eficazes para a solução dos conflitos.

A função precípua do Estado de prestar auxílio jurisdicional corresponde à obrigação de instituir e aprimorar mecanismos judiciários equipados e suficientes ao atendimento dos conflitos sociais.

Portanto, a adoção e implementação de mecanismos adequados de resolução de conflitos se mostra extremamente necessária, visto que auxiliará na crise da prestação jurisdicional.

Os meios de resolução de conflitos heterocompositivos e autocompositivos estão associados a processos e movimentos de informalização e desjudicialização da justiça, objetivando, desta forma, a simplificação e a celeridade processual.

No âmbito tributário, existem inúmeros tipos de conflitos tributários, todavia, é nas ações de execução fiscal que se é discutida a avassaladora maioria das lides tributárias no Brasil.

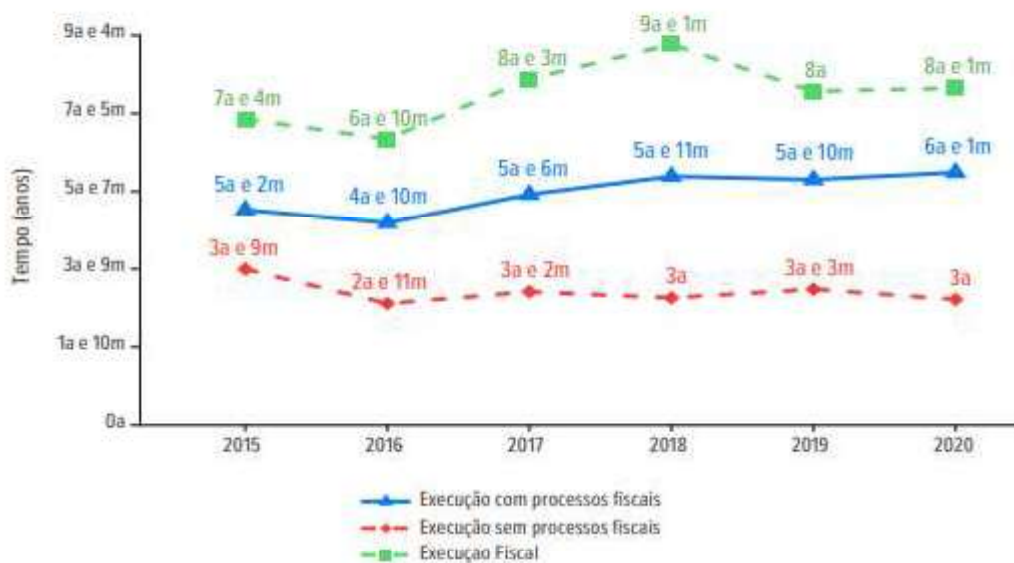
Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (2021), fora informado que as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. Salientou-se que o processo de execução fiscal acaba por repetir etapas e providencias de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela Administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional e, assim, acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas já cobradas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação. Vejamos o que dispõe a pesquisa em questão:

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. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 83% dos processos. A Justiça Federal responde por 17%; a Justiça do Trabalho por 0,27% e a Justiça Eleitoral, por apenas 0,01%. Da mesma forma, o efeito desses processos nos acervos é mais significativo na Justiça Federal e Estadual. Na Justiça Federal, os processos de execução fiscal correspondem a 46% do seu acervo total de primeiro grau (conhecimento e execução); na Justiça Estadual, a 40%; na Justiça do Trabalho, a 2%.

A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (93%), seguida da Justiça Estadual (86%) e da Justiça do Trabalho (88%). A menor é a da Justiça Eleitoral (83%), em que pese haja tribunais com 100% (TRE-PR e TRE-AL), conforme se verifica na Figura 122. Na Justiça Estadual, destaca-se o TJAM com 99%, o TJDFT com 98% e o TJSP com 96% (BRASIL, 2021, p. 177).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça demonstra que os Tribunais da Justiça Federal apresentam os maiores tempos de tramitação dos processos de execução fiscal, sendo em média 10 anos e 11 meses. Por outro lado, a Justiça Estadual leva em média 7 anos e 10 meses para baixar um processo de execução fiscal, enquanto a justiça do trabalho 6 anos e 5 meses e a Justiça Eleitoral 5 anos e 11 meses. Desta forma, vejamos o gráfico disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça:

Figura 123 - Série histórica do efeito da execução fiscal no tempo de tramitação do processo baixado na fase de execução



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

O referido gráfico disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça traz uma relação entre a cada ano, desde 2015 até 2020, em função do tempo médio gasto de tramitação de processos baixados na fase de execução. Assim sendo, faz três distinções diferentes entre categorias de análises processuais, sendo a primeira: (i) a execução com processos fiscais – em azul -; a segunda, (ii) a execução sem processos fiscais – em vermelho; e, por fim a terceira (iii) a execução Fiscal como um todo – em verde.

Por meio de sua leitura, podemos verificar que o tempo de tramitação processual médio das (i) execuções com processos fiscais teve um notório aumento em seu decurso temporal. Comparado ao primeiro ano, no qual um processo desta categoria levaria em média 5 anos e 2 meses para ser concluído, nota-se que em 2020 a mesma categoria processual representa um tempo médio de 6 anos e 1 mês. Tal incremento representa um aumento de 1 ano e 1 mês ou aproximadamente 20% em relação ao tempo inicial.

Em sentido contrário à modalidade analisada, as (ii) execuções sem processos fiscais vem ganhando força e celeridade em suas tramitações. Nota-se, por meio do gráfico, que o tempo de julgamento da execução sem processo fiscal sofreu um expressivo aumento de velocidade de tramitação entre os anos de 2015 e de 2016, passando do tempo médio de 3 anos e 9 meses para 2 anos e 11 meses. Isso representa, no tempo, a uma queda de aproximadamente 20%, se comparados tais períodos entre si. Nos anos seguintes, até 2020, tal modalidade manteve-se constante a seu tempo de tramitação médio de 3 anos.

Desta forma, ainda assim é possível verificar que as (iii) execuções fiscais, como um todo, seguem o caminho da lentidão e morosidade. Tal modalidade processual, em 2015, levou em média 7 anos e 4 meses para ser resolvida. No ano seguinte, em 2016, gozou de certa celeridade e teve seu tempo médio diminuído para 6 anos e 10 meses. Porém, em 2017 e 2018 representou duas altas constantes, atingindo seu ápice em 9 anos e 1 mês. Contudo, em 2019 apresentou queda e, em 2020, manteve-se ao patamar do ano anterior, que representa, em média, uma duração processual completa de 8 anos e 1 mês. Vale ressaltar que, se comparado o tempo de tramitação inicial da análise entre 2015 e 2020, houve um aumento temporal médio de tramitação de 7 meses ou um aumento de aproximadamente 10%.

É notório, portanto, a alta litigiosidade e morosidade existente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo abordado, tão somente, neste trabalho, a questão sob a ótica do direito tributário.

Assim, a não adoção de meios adequados à resolução de conflitos em matéria tributária gera frustração ao contribuinte, tendo em vista a falta de celeridade na prestação jurisdicional. Referida morosidade dá ensejo a ineficiência da Administração Pública tributária, a qual, ao final da execução fiscal, não consegue ver satisfeito o seu crédito.

À vista disso, pode-se afirmar que o impacto dos conflitos tributários, somente no que se refere à execução fiscal, ou seja, sem levar em consideração as outras demandas de matéria tributária, é avassalador para a eficiência e economicidade da justiça brasileira.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça demonstra através de seu relatório, que a tramitação de ações de execução fiscal no Poder Judiciário atesta a necessidade da adoção de meios adequados de resolução de conflitos tributários. Nas palavras de Elias e Ruiz:

A desjudicialização desse tipo de lide não favorece apenas a eficiência e economicidade da cobrança de tributos ou a adoção de boas soluções autocompositivas que pacificam o conflito. A desjudicialização dos conflitos tributários vai além, e pode auxiliar o bom funcionamento de todo o Poder Judiciário brasileiro, de maneira que a implementação desses meios alternativos à jurisdição na

execução fiscal é salvaguarda de bom atendimento jurisdicional para todos os contribuintes, administração tributária e operadores do Direito (ELIAS e RUIZ, 2018, p. 56).

A utilização de outros meios adequados para resolução de conflitos favorece e muito o ordenamento jurídico tributário. Assim, com relação ao dispositivo constitucional que assegura o acesso à justiça, verifica-se que o legislador dispõe que será assegurado meios à efetividade do direito ora consagrado, o que pode versar sobre meios de ordem judicial, administrativa ou extrajudicial. À vista disso, segundo Danielle Annoni (2008, p. 296), pela disposição constitucional, seu espírito e intenção, é possível afirmar que novos meios de resolução de conflitos foram legitimados pelo princípio fundamental da celeridade processual, bastando, tão somente, ao legislador, dar-lhes vida e instrumentos eficazes à resolução dos conflitos sociais, dentre os quais a mediação e a arbitragem exercem papel de destaque.

Com a introdução da Lei de Arbitragem no Brasil, foram abertos novos horizontes para os jurisdicionados, na medida em que, era aguardada uma norma sintonizada com as exigências do século XXI, fomentando as negociações nacionais e internacionais, de médio e grande porte, considerando que o objeto desses contratos, na maioria das vezes, são complexos e de valores elevados, sendo que os contratantes sentem-se seguros em inserir cláusulas arbitrais (abertas ou fechadas), que serão resolvidas em sede de jurisdição privada, com a característica, tão desejada, da rapidez e da qualidade, dentre outras tantas vantagens, sendo este o pensamento de FIGUEIRA JÚNIOR (2019).

São várias as vantagens conferidas à arbitragem, podendo-se apontar, como sendo as principais: a celeridade dos processos e a economia de recursos; uma maior flexibilidade e menor formalidade quanto aos procedimentos; o descongestionamento dos tribunais do Estado e; a maior especialização (ROMÃO, 2010). Destaca, ainda, que talvez, a maior virtude da arbitragem tributária consiste na maior especialização, o que permitiria o tratamento de matérias cada vez mais complexas, sobretudo em questões técnicas.

Tomemos, novamente como exemplo, uma questão relativa à classificação fiscal de um produto para fins de determinação da alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados ou, até mesmo, a definição sobre os critérios de relevância e essencialidade para fins de se determinar a possibilidade da utilização de créditos de PIS e COFINS pela sistemática da não-cumulatividade. Em casos como o presente, a especialização de um árbitro, poderá ensejar aplicação técnica a questões que não são, meramente jurídicas.

MENDONÇA (2014, p. 117), destaca que um campo fértil para a utilização da arbitragem tributária, diante da qualidade e tecnicidade das decisões que poderão advir,

inclusive pelas complexas questões de fato que surgem nas lides tributárias, como os cálculos e aspectos contábeis que geram consequências diretas nos aspectos da Regra Matriz de Incidência Tributária, a composição de produtos, materiais, formas e quantidades de consumo de materiais nas indústrias, classificação fiscal de produtos, que permitiriam um julgamento adequado, lembrando que, tais questões, são comumente, objeto de produção de prova pericial, em razão da falta de conhecimento técnico (o que seria natural) dos magistrados. Mesmo em questões administrativas, é comum, a *baixa dos autos em diligência*, exatamente para o esclarecimento de questões técnicas e imprescindíveis ao julgamento. Acertadamente assevera MONTES NETTO:

A morosidade estatal na prestação da tutela jurisdicional tem representado um obstáculo para a concreção de direitos individuais e coletivos. Diante dessa problemática, o processo civil vem sofrendo uma rápida e constante transformação e o acesso à Justiça já não significa somente o ingresso perante o Poder Judiciário, sendo pacífica a existência de um verdadeiro modelo “multiportas”, representando a arbitragem uma dessas importantes “portas” de acesso que, por vezes, atendidos determinados requisitos, pode se revelar até mais adequada do que a própria Justiça estatal, diante das suas possíveis vantagens em comparação ao processo convencional (MONTES NETTO, 2022, p. 221).

Não obstante, conforme assevera Souza (2010), é inegável o impacto da utilização dos meios consensuais na redução do prazo para solução das lides e, desta forma, uma das maiores vantagens de se viabilizar o caminho consensual é o fato de permitir que as partes envolvidas construam uma solução efetivamente compatível com seus legítimos interesses e necessidades – qual, se pode (e algumas vezes, deve, como no caso dos conflitos envolvendo entes públicos) ter em conta parâmetros jurídicos, propicia, além de uma criativa interpretação conjunta da norma, que sejam levados em conta também outros interesses legítimos que as normas jurídicas aplicáveis eventualmente não foram capazes de captar.

O Brasil possui uma elevada carga tributária e ostenta grande dificuldade para o cumprimento de todas as obrigações tributárias, sejam elas principais ou acessórias. Em decorrência desses dois fatores, há uma infinidade de discussões quanto à legalidade e constitucionalidade dos tributos, que encerram um “estoque” gigantesco de ações em nossos tribunais judiciais e administrativos.

Nesse contexto, há que se dar uma resposta quanto à necessidade da prestação de tutela jurisdicional, com qualidade decisória, agilidade nas decisões (celeridade) e como agravamento da situação fiscal do país, que necessitará de um aprimoramento do aparato estatal, com vistas à satisfação do estoque de dívida existente, sobretudo na área federal.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira (2019) tratam como vantagens da arbitragem, de uma maneira geral, as seguintes: celeridade, se comparada ao processo judicial; tratamento adequado da lide, considerando o conhecimento em matérias específicas; escolha do árbitro especializado; flexibilidade procedimental, onde deve prevalecer a autonomia da vontade; a possibilidade de confidencialidade (questionável em questões relativas à arbitragem coletiva); redução de custos, se comparada à atividade estatal, inclusive em razão do tempo e eficiência.

Ana Luiza Nery (2019, p. 295), trata especificamente das vantagens da arbitragem coletiva, enfatizando que além do que é próprio e inerente ao instituto, as ações coletivas, por vez, consistem em instrumento de economia processual, na medida em que pode substituir milhares de ações individuais por uma grande ação coletiva, onde os danos ressarcidos são sofridos por membros individuais da categoria, mas as ações que levaram à condenação do autor foram propostas por um ou por um pequeno grupo de lesados. Destaca ainda:

A mera possibilidade da tutela coletiva e da conseqüente responsabilidade civil em massa faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas coletivas, o que torna a ação coletiva um mecanismo de efetivação do direito material.

Da fusão dos sistemas arbitral e coletivo no instituto da arbitragem coletiva, vislumbra-se claros benefícios na prestação jurisdicional no âmbito coletivo a partir da flexibilidade, da celeridade, da especificidade que o julgamento arbitral pode proporcionar para litígios envolvendo direitos transindividuais, extraíndo-se, assim, o melhor de cada sistema pode oferecer. (NERY, 2019, p. 295).

Entendimento semelhante é compartilhado por ROQUE (2014), para quem, ao analisar a utilidade da arbitragem no direito coletivo, aduz que as suas principais vantagens dizem respeito à celeridade (inclusive pela inexistência de recursos contra decisões em sentenças arbitrais e a complexidade das questões coletivas), especialidade (os árbitros podem ser escolhidos em razão de sua formação profissional) e flexibilidade (citando como exemplo a comunicação dos atos, que pode ser por correios, oficial de justiça, correio eletrônico, dentre outros).

A experiência da arbitragem, em outras áreas do direito, conforme abordado anteriormente neste trabalho, permitem-nos trazê-la para o direito tributário e aplicado de forma coletiva, como é o caso da participação das associações de direito privado.

Destaca-se que, nos termos defendidos por Cappelletti e Garth (1988), a chamada terceira onda de acesso à justiça está embasada no acesso, amplo e irrestrito à justiça, focadas nos procedimentos para prevenir disputas judiciais e, ainda, com a utilização de meios

adequados à solução de conflitos, que não os tradicionais, em juízo, devendo existir diversos mecanismos para o acesso à justiça.

Tanto é verdade que, já existe a possibilidade de transação no direito tributário, o que vem a demonstrar a ruptura ao entendimento de que, a figura do crédito tributário, tida como intocável, por representar o legítimo interesse público, possa ser objeto de convenção entre as partes, como legítima forma de se assegurar uma justa arrecadação, justiça social, primando pela obediência aos princípios da moralidade, eficiência e boa-fé.

A Lei nº 9.307/96 não traz nenhuma vedação à utilização da arbitragem para a solução de conflitos onde a Administração Pública seja parte, inclusive com disposição expressa para que a administração pública estipule a arbitragem nos contratos que firmar, como é o caso das Parcerias Público Privadas – PPP e Parcerias para Públicas de Investimentos – PPI.

No direito brasileiro, inexistente vedação legal para a possibilidade de instituição da arbitragem tributária, inclusive de forma coletiva, mesmo sob a ótica da indisponibilidade do crédito tributário, pois aplicável somente a direitos patrimoniais disponíveis.

Tal fato se revela diante do pensamento de parte da doutrina de que o crédito tributário não se confunde com o valor arrecadado, que inclusive poderá, por exemplo, ser objeto de parcelamento, remissão, compensação e transação (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 152-153).

Ante as particularidades do direito tributário, notadamente a indisponibilidade do interesse público, assim entendido como o “crédito tributário”, devem ser superados alguns preconceitos e problemas de fácil superação, com a aplicação da arbitragem coletiva em matéria tributária, com a participação das associações de direito privado, unindo os benefícios que o sistema arbitral e coletivo pode fornecer (NERY, 2016) conforme demonstrado neste trabalho.

4.2. Direitos coletivos

No ordenamento jurídico, existem três espécies de direitos coletivos, sendo elas, os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos, como é o caso dos tributos.

Os direitos coletivos, em sentido amplo, consistem em direitos transindividuais que superam a esfera do indivíduo e que são atribuídos à toda coletividade ou a determinado grupo de pessoas. O bem tutelado tem natureza indivisível e os seus titulares são pessoas

indeterminadas, não havendo vínculo entre esse mesmo grupo de pessoas, estando as mesmas unidas em razão de fatos que lhes são conexos (GONÇALVES, 2018, p. 17).

No que tange aos direitos difusos, estes se referem a um grupo de pessoas indeterminadas na qual inexistente vínculo jurídico, mas que possuem uma conexão circunstancial fática. Existe, portanto, um elo comum entre os lesados que comungam do mesmo interesse difuso. Ademais, insta salientar que por vezes os direitos difusos coincidem com o direito público, todavia, não se confundem com o direito geral da coletividade, tendo em vista que seu objeto é indivisível. Assim, a indivisibilidade exige que a tutela dos direitos difusos seja feita considerando o bem como um todo, de maneira que possa ser aproveitado de maneira inteira, ou seja, indivisível (BACK, 2018).

Os direitos difusos compreendem interesses que não possuem respaldo em uma relação base bem definida, diminuindo-se, desta forma, o vínculo entre os indivíduos a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais ou mutáveis. Podemos citar como exemplo de direito difuso, o direito ao meio ambiente equilibrado, que revela o caráter da indivisibilidade e indeterminabilidade, eis que, a questão ambiental é direcionada a todos.

Nesse seguimento, no que se refere aos direitos coletivos *stricto sensu*, estes podem ser definidos como interesses que transcendem a esfera do indivíduo, ou seja, são relacionados a grupos, classes ou categorias de pessoas ligadas por uma situação jurídica base. Tratam-se, portanto, de uma classe de pessoas cujo interesse individual dá lugar ao interesse da coletividade, do grupo em específico, classe ou categoria.

O objeto dos direitos coletivos *stricto sensu* é indivisível, visto que o interesse do indivíduo corresponde ao interesse do grupo, como por exemplo o interesse dos contribuintes que recolhem o ICMS de determinada mercadoria.

Desta feita, pode-se afirmar que são direitos coletivos *stricto sensu* os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Em suma, as características da transindividualidade e indivisibilidade são iguais às dos direitos difusos, sendo que a diferença reside na circunstância de que, aqui, os titulares são indeterminados (BACK, 2018).

Com relação aos direitos individuais homogêneos, estes possuem sujeitos determinados ou determináveis cujo objeto de interesse é divisível. São interesses que se caracterizam por uma origem comum oriunda de uma situação episódica. São interesses coletivos apenas na forma e no seu exercício.

Nos dizeres de Camilo Zufelato, o traço marcante dos direitos individuais homogêneos é a prevalência de questões comuns diante de particularidades fáticas de cada indivíduo, bem como a superioridade da tutela coletiva em detrimento da individual, citando como exemplo a tutela dos investidores de uma determinada ação no mercado imobiliário (ZUFELATO, 2021).

A origem comum dos direitos individuais homogêneos recomenda a tutela conjunta. Assim, esses direitos são considerados de extrema relevância social, visto que não deixam de ser direitos coletivos em sentido *lato*.

Desta forma, com relação a matéria de direito tributário, sob a perspectiva acima exposta, pode-se verificar que os direitos do contribuinte são materialmente individuais homogêneos. Nas palavras de Grieco:

Isso porque a unicidade da hipótese de incidência de cada tributo impede o viés coletivo à tributação, haja vista que os aspectos da regra matriz de incidência têm o condão de atingir todos os indivíduos que realizarem o evento jurídico previsto no antecedente normativo de forma mais ou menos similar.

Em outras palavras, são relações jurídicas individuais e de caráter homogêneo, isto é, semelhantes entre si e oriundos da mesma relação jurídica ou das mesmas condições de fato, que permite a opção pela via coletiva para proteção de direito cujo fundamento jurídico é o mesmo. Trata-se de classificação do direito tributário como direito coletivo pelo tipo de pretensão de direito material que se deduz em juízo (GRIECO, 2020, p. 10-11).

Os direitos individuais homogêneos podem ser denominados, ainda, como direitos acidentalmente coletivos, visto que é possível a sua decomposição, embora o litígio assumam dimensão coletiva dada à sua repetição. Assim, é o que se verifica na hodierna massificação de teses tributárias aviadas no Poder Judiciário em vistas ao afastamento da incidência de tributos por vícios na sua constituição, ou para salvaguarda de direitos fundamentais dos contribuintes. Portanto, se a todos os contribuintes cabe a prerrogativa de tutelar judicialmente a mesma controvérsia tributária, significa dizer que o direito tributário é apto à tutela coletiva (GRIECO, 2020).

Os direitos metaindividuais são indisponíveis pela maneira em que as relações no plano material se apresentam, como é o caso dos direitos difusos e coletivos. Joel Figueira Júnior destaca que esses direitos (metaindividuais) estão excluídos de apreciação da jurisdição privada, porquanto indivisíveis e indetermináveis, ao passo que os direitos individuais

homogêneos podem ser objeto de decisão arbitral, na medida em que se constituem como direitos divisíveis, individualizáveis e, geralmente, também são disponíveis.

Relativamente aos direitos individuais homogêneos, estes, conforme salientado, são decorrentes de uma origem comum, cujo titular é identificável e cujo objeto é divisível e cindível. No ordenamento jurídico, os direitos individuais homogêneos são considerados como aqueles que, embora se apresentem uniformizados pela origem comum, permanecem individuais em sua essência.

É possível perceber, assim, que as características dos chamados direitos individuais homogêneos são de natureza individual e, portanto, passíveis de divisão e com titularidade determinada (ZAVASCKI, 2009)

Nery, define os direitos transindividuais e, nos permite identificar que, o enquadramento em uma ou outra espécie, é realizado de acordo com o pedido contido na demanda, sendo que os direitos transindividuais se consubstanciam em outra categoria de direitos, diversa daquela com enfoque individual, com ampla repercussão subjetiva e diversa do interesse público, devido à maior conflituosidade e englobam os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Estes últimos são direitos individuais e podem ser entendidos como individuais *stricto sensu*, decorrentes de origem comum, conforme definido no artigo 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, consistindo em direitos divisíveis de pessoas determináveis e que podem ser tratados coletivamente, por sua origem comum (NERY, 2015):

A principal finalidade destes direitos é a de permitir a prestação jurisdicional, de maneira mais uniforme, ágil e eficiente, aos consumidores lesados em decorrência de um mesmo fato de responsabilidade do fornecedor, assim como a ampliação para agir dos diversos órgãos e entidades previstos no CDC 82.

Para que não haja a propositura de várias demandas idênticas, ensejando a possibilidade de serem prolatadas decisões conflitantes, o legislador passou a admitir a *defesa coletiva* desses direitos, que são individuais por essência.

A origem desses direitos não remete a relação jurídica idêntica, de modo que somente *situações de fato* é que unem os interessados e não *relação jurídica base*. (NERY, 2015, p. 162 - 163).

Para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2010, p. 253), a mera existência de várias pessoas integrando uma relação processual não qualifica o caráter coletivo da ação, sendo que o litisconsórcio, ativo ou passivo, é típico do processo individual, pois configura cumulação de pedidos singulares, sendo que, no caso da ação coletiva, haverá substituição processual, na medida em que a proteção buscada está vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo não pertencendo ao substituto, com exclusividade, o bem tutelado.

Há, para ele, haverá substituição processual, legitimação extraordinária, primária e subsidiária. Finaliza dizendo que a caracterização do interesse como difuso, decorre, na realidade, do pedido formulado e, em se tratando de direitos individuais homogêneos, não estamos diretamente protegendo um direito coletivo, mas sim, a defesa coletiva de direitos individuais, o que, nem por isso, descaracteriza a ação coletiva (MENDES, 2010, p 253)

Os direitos coletivos, assim, são protegidos por ações coletivas, que podem ser exercidos de forma extraordinária, por pessoas legitimadas, tutelando direitos coletivos, como é o caso dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

4.3. Da arbitrabilidade dos direitos coletivos e a arbitragem como instrumento adequado para resolução de conflitos

Como demonstrado, a arbitragem garante o acesso à justiça, representando um instrumento democrático de garantia ao devido processo legal e da proteção à própria dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Montes Netto (MONTES NETTO, 2022), a arbitragem constitui uma das portas de acesso à justiça, que apesar de se fazer presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a época do descobrimento, somente em 1996, com a atual Lei de Arbitragem, passou a se viabilizar como método adequado de solução de disputas, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 1973 estabelecia a necessidade de homologação do “laudo arbitral”, por sentença judicial. Afirma o autor que esse meio adequado de resolução de litígios se encontra regulado no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei nº 9.307/1996, encontrando previsão, ainda, em outros diplomas legais, elaborada com o notório objetivo de proporcionar outra via, diversa do Poder Judiciário, para resolução de lides de forma mais célere, especializada e desburocratizada, em atendimento ao crescente anseio da sociedade, a qual cada vez mais tem optado pela escolha da arbitragem na resolução de controvérsias.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal dispõe acerca do acesso à justiça. Nesse sentido, no que tange aos meios adequados de resolução de conflitos, conforme aqui disposto, representam uma forma eficaz de materializar o direito fundamental dos indivíduos de amplo acesso à justiça.

Anteriormente, já se tratou, quanto ao trabalho de Mauro Capelletti e Bryan Garth (1988, p. 8), em especial no que concerne às ondas de acesso à justiça, da necessidade de se ampliar o acesso à justiça, sendo certo que estimativas da Comissão das Nações Unidas sobre

o Empoderamento Legal dos Pobres (*United Nations on Legal Empowerment of the Poor*) estima que mais da metade de toda a população do planeta não tem acesso ou proteção legal:

Em números atuais, isso significa que cerca de 3,8 bilhões de pessoas se encontram impedidas de reivindicar seus direitos mais básicos através do sistema de justiça, o que frequentemente resulta na exclusão social e política, ou na marginalização, tanto em aspectos legais quanto cívicos, especialmente dos membros mais pobres e vulneráveis da sociedade (GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT, 2021).

Ainda, de acordo com o Global Access to Justice Project (2021):

Quarenta anos se passaram desde a publicação do resultado final do Projeto Florença, e muitos avanços (mas também alguns retrocessos) foram feitos no campo do acesso à justiça. No entanto, esse amplo processo de desenvolvimento ainda não foi devidamente estudado e compreendido, dificultando a busca por soluções promissoras que possam estimular discussões e contribuir para futuras reformas

Muitas demandas, inclusive, não são levadas a julgamento, uma vez que, na sociedade contemporânea é bastante comum a ocorrência de violações de direitos em massa e que causam danos diminutos a uma grande quantidade de pessoas e, individualmente, por mais que a situação cause desconforto, desestimulam a busca ao Poder Judiciário, em face, como dito, do baixo valor do dano causado e das dificuldades a se enfrentar, o que faz com que, alguns danos, sejam causados, até mesmo de forma proposital.

A técnica do *fluid recovery* seria uma das possíveis soluções para a solução desse problema, consistindo em instrumento preventivo e repressivo de ilícitos de massa e, no Brasil, está prevista no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor (GOMES, 2015 p. 12). A *fluid recovery* ao mesmo tempo em que privilegia a tutela coletiva como instrumento de reparação dos danos, causados individualmente, para a massa, permite a sua conversão para um fundo, quando não houver a reclamação de acordo com o tamanho do prejuízo.

Insta salientar, ademais, que a garantia de acesso à justiça não desconsidera a forma de resolução de litígios pelo Poder Judiciário, cuja inafastabilidade é uma garantia constitucional. Nas palavras de Silva:

Outra consequência é o exercício da autonomia das partes na solução do conflito, cumprindo o fundamento político da jurisdição por permitir a participação popular na administração da justiça. Isso se verifica pelo enaltecimento das responsabilidades pessoais sobre a geração do conflito e sobre a sua respectiva resolução. O desenvolvimento dessa perspectiva favorece o senso de colaboração entre as partes e tem sentido pedagógico, pois as pessoas, com essa experiência, deverão aprender a lidar com o conflito e buscar, por si próprias, sua adequada superação alternando possibilidades que seguem ao lado do paternalismo estatal na resolução de conflitos (SILVA, 2002, p. 184).

Desta forma, os meios adequados de resolução de litígios diversos da Justiça estatal consistem em mecanismos igualmente eficazes e válidos, conforme bem assevera Dinamarco, senão vejamos:

Não importa se são ou não fiéis ao direito substancial, em cada caso: o importante é que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar seus conflitos, fazendo-lhes justiça. Afinal, tudo que interessa ao processualista moderno é o esclarecimento e agilização dos meios de acesso à ordem jurídica justa, mediante um sistema em que figure como estrela de primeira grandeza a preocupação pelos resultados (DINAMARCO, 2010, p. 392).

Nesse sentido, há entendimento de que as formas adequadas de resolução de conflitos devem ser consideradas pelo ordenamento jurídico como um mecanismo apto ao acesso à justiça e, conseqüentemente, apto à desjudicialização dos conflitos, sejam eles individuais ou coletivos e outros, que reduzem a aplicação aos direitos individuais homogêneos, adotando, em um ou outro caso, como importante requisito, a figura da divisibilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, em especial após a edição da Lei de Ação Civil Pública em 1985, da Constituição de 1988 e, por fim com a edição do Código de Defesa do Consumidor, no ano de 1990, são o núcleo do que se constituiu chamar de microsistema de tutela coletiva.

Dúvidas pairam sobre quais direitos seriam passíveis de resolução por meio da arbitragem coletiva, ou seja, somente os direitos individuais homogêneos, diante das características demonstradas acima, ou, ainda, os direitos difusos e coletivos. Diversos autores são contrários à arbitrabilidade de direitos difusos e coletivos, reconhecendo a possibilidade, apenas, com relação aos direitos individuais homogêneos.

A ideia de arbitralidade está ligada aos litígios que poderiam ser resolvidos através da arbitragem, como é o caso dos interesses patrimoniais disponíveis. Esse é o ponto de partida do presente estudo.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira (2019, p. 98) sustentam que a arbitragem coletiva foi inspirada na *class arbitration* e consiste na aplicação do instituto para solução de conflitos metaindividuais, o que abrange em seu objeto direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que o pedido efetuado pelas partes se limite a questões de natureza patrimonial e sem violação da ordem pública.

O entendimento acima é compartilhado por NERY (2016, p 230) estabelecendo que a matéria que pode ser objeto da convenção de arbitragem, para a arbitragem coletiva poderá ser ter natureza de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em temas como patrimônio cultural, meio ambiente, ordem econômica e urbanística, consumidor, erário, mercado, mercado de capitais, biossegurança, infância e juventude, deficientes físicos, direitos indígenas, educação, idosos, trabalhadores e outros, desde que tratem de aspectos patrimoniais a eles relativos, deixando claro que a doutrina brasileira já se manifestou pela possibilidade de arbitrabilidade dos direitos envolvendo direitos individuais homogêneos, com fundamento na disponibilidade e patrimonialidade. Gabriele Back, ao tratar do cabimento da arbitragem para resolução de controvérsias transindividuais evidencia:

Por muito tempo, a atribuição do caráter de indisponibilidade dos direitos transindividuais induziu a uma leitura de impossibilidade de resolução de conflitos envolvendo direitos dessa natureza por meio de qualquer outro meio senão o processo estatal. No entanto, uma interpretação mais moderna desse conceito, aliada ao novo panorama de adequação processual decorrente do movimento de acesso à justiça, pode culminar em uma exegese que não apenas permita, mas incentive o uso de da arbitragem para a resolução de conflitos metaindividuais (BACK, 2018).

Rômulo Greff Mariani entende que os direitos difusos e coletivos, diante do seu caráter de indivisibilidade e indeterminabilidade, são, também indisponíveis e por isso não podem ser objeto de arbitragem coletiva (MARIANI, 2013, p. 37).

Figueira Júnior (2019, p. 152) entende de forma diversa, quando trata da arbitragem dos direitos metaindividuais, que seriam indisponíveis em face da maneira como se apresentam no plano material, mas divisíveis, sendo que os direitos difusos e coletivos estariam excluídos por parte da jurisdição privada, porquanto indivisíveis e indetermináveis e, portanto, indivisíveis. O mesmo entendimento, quanto à impossibilidade da instituição da arbitragem para os direitos difusos e coletivos é compartilhado NETO, diante dos mesmos fundamentos, sobretudo a indivisibilidade (NETO, 2005).

Ademais, como destacado anteriormente, a arbitragem é um método adequado de resolução de conflitos, quando versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, como é o caso do direito tributário (crédito tributário). A questão a se discutir refere-se à possibilidade da utilização da arbitragem coletiva na resolução de disputas coletivas no âmbito tributário.

André Vasconcelos Roque, revela entendimento se que a arbitragem de direitos coletivos se apresenta como uma realidade que não pode ser ignorada, muito embora ainda não consolidada no Brasil, mas com aplicabilidade em outros países, como é o caso dos Estados Unidos, Canadá, Espanha, Alemanha, dentre outros países, inclusive da América

Latina. Para o autor, não há consenso sobre a arbitrabilidade das pretensões coletivas no Brasil, em razão da disponibilidade ou indisponibilidade dos interesses ou da substituição processual (ROQUE, 2014). Vejamos:

De outra parte, é possível encontrar quem defenda que apenas os direitos difusos e coletivos não podem ser submetidos à arbitragem, pois seriam indisponíveis em face da maneira pela qual as relações se apresentam no plano material. A indisponibilidade desses direitos decorreria de sua indivisibilidade. Semelhante vedação, entretanto, não se verifica em relação aos direitos e interesses individuais homogêneos, que possuem titulares identificados, objeto divisível e, via de regra, seriam disponíveis.

Há entendimento sustentando ainda maior restrição e admitindo unicamente a arbitragem de direitos individuais homogêneos nos casos em que não haja relevância social suficiente para tornar obrigatória a participação do Ministério Público, como parte ou fiscal da lei, única situação em que se estaria diante de direitos disponíveis. Não falte quem afirme, ainda, a arbitralidade dos direitos coletivos *stricto sensu*, mas não dos difusos (ROQUE, 2014, n.p.).

No que tange a admissibilidade da arbitragem coletiva no Brasil, Da Silveira, Guimarães e Zacarias explicam que existe a possibilidade de coexistência da tutela jurisdicional coletiva e os meios adequados de resolução de conflitos:

A admissibilidade da arbitragem coletiva no Brasil conjuga duas formas efetivas de acesso à justiça: a tutela jurisdicional coletiva e os meios alternativos de resolução de conflitos. Buscam-se premissas processuais teóricas que permitam a aproximação entre resolução extrajudicial e tutela coletiva, para que, ao final, possam ser demonstradas as atuais perspectivas à resolução extrajudicial de conflitos coletivos no Brasil (DA SILVEIRA, GUIMARÃES e ZACARIAS, 2019, p. 67-68).

E continuam discorrendo sobre a utilidade da arbitragem dos direitos coletivos como forma de ampliar a capacidade de atuação e a redução de custos para a busca de direitos, destacando, ainda, que existe divergência sobre a sua utilização nos casos que tratam de direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos:

No Brasil nada impede a arbitragem de direitos coletivos, que pode ser um instrumento útil, que permite aos titulares de direitos coletivos reúnem-se para ampliar a sua capacidade de atuação e reduzir os custos individuais para o exercício de seus direitos.

Há quem entenda ser possível apenas para os interesses e direitos individuais homogêneos – porque possuem titulares identificáveis, objeto divisível e, via de regra, seriam disponíveis. Outros, restringem aos individuais homogêneos sem relevante interesse social; outros, ainda, excluem apenas os interesses e direitos difusos, havendo possibilidade para direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Em que pese as vantagens da arbitragem de direitos coletivos, existem questões de difícil resolução, destacando-se os custos e a vinculação do grupo à convenção de arbitragem, sendo a autonomia privada um pressuposto essencial para sua Brasil (DA SILVEIRA, GUIMARÃES e ZACARIAS, 2019, p. 67-68).

Aguiar entende que nas disputas coletivas, quando se trata de direitos individuais homogêneos há uma adaptação da arbitragem, na medida em que esses direitos não são propriamente coletivos, mas sim direitos individuais tratados de forma coletiva:

Na resolução de disputas coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos há uma adaptabilidade da arbitragem. Isto porque tais direitos não são propriamente coletivos, mas sim direitos subjetivos individuais tratados de forma coletiva, em razão de afinidade fática e dos benefícios de um tratamento homogêneo dado a eles. Nesse aspecto, a disponibilidade, relacionada diretamente com possibilidade da livre disposição do direito, é mais evidente no caso dos direitos individuais homogêneos, o que permite concluir que este não é um óbice para sua arbitralidade [...] Por sua vez, nos direitos coletivos *stricto sensu*, abrangendo os coletivos e os difusos, ocorre o inverso. Nestes direitos, caracterizados pela preexistência de um vínculo jurídico a unir as pessoas lesadas, a satisfação se dará, via de regra, por prestações de cunho extrapatrimonial ou “in natura” (AGUIAR, 2020, p. 53).

No mesmo sentido, Montes Netto (2022) afirma que a arbitragem vem ganhando força e lugar de destaque no âmbito tributário, especialmente pelo crescente interesse do Poder Público na sua adoção, indicando a doutrina e a jurisprudência a arbitralidade objetiva dos conflitos tributários, sendo possível se cogitar, a aplicação da arbitragem coletiva nessa seara.

A arbitralidade coletiva encontra, em seu julgamento, o fundamento primordial de aplicação do princípio de autonomia da vontade das partes, tanto com relação às regras de direito que serão aplicadas ao caso, bem como no que tange a aplicação do procedimento arbitral. Deve-se observar, contudo, os bons costumes e à ordem pública.

No aspecto coletivo, importante frisar em que pese existir a predominância da autonomia privada na arbitragem, isso não afasta a imperiosa garantia dos direitos e garantias dentro do procedimento arbitral.

Desta feita, conforme bem assevera Montes Netto (2022), o árbitro deve, ao proferir as suas decisões nas arbitragens coletivas, observar sempre a proporcionalidade e os seus subprincípios, visto que nem mesmo as partes podem ignorar os preceitos de ordem pública ao estipularem as regras que serão seguidas no processo arbitral, seja qual for o tipo de arbitragem.

Insta salientar, ademais, que a aceitação e aplicação da arbitragem também proporciona determinada flexibilidade nos procedimentos. Isso porque as regras da codificação do Código de Processo Civil se aplicam indistintamente a qualquer tipo de controvérsia no âmbito judicial, apesar da possibilidade de as partes pactuarem negócios jurídicos processuais.

Montes Netto (2022) sustenta a possibilidade de utilização da arbitragem, inclusive no âmbito coletivo em áreas como na administração pública, no direito empresarial - como por exemplo o direito societário, nas relações de consumo, nas relações cíveis de uma maneira geral, nas relações de cunho trabalhista e no direito tributário.

O mesmo entendimento é compartilhado por FERREIRA (2019, p. 92 – 122), onde destaca e defende que a arbitragem pode ser aplicada a diversos ramos do direito como no direito do consumidor, na locação de imóveis urbanos, no direito societário, na falência, recuperação extrajudicial, recuperação judicial e liquidação extrajudicial, no direito de família, no direito das sucessões, no direito do trabalho, junto à administração pública, no direito ambiental, no direito tributário e também em disputas coletivas.

No pertinente ao Direito Tributário, Tathiane Piscitelli (2019), assevera que é necessário a adoção de meios adequados à resolução de conflitos, inclusive para uma melhor justiça social, ante ao esgotamento do Poder Judiciário, inclusive em matéria tributária, defendendo a adoção de meios adequados:

Na minha concepção, a adoção de tais métodos é uma demanda concreta do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988. Isso decorre da assunção da premissa de que o exercício da tributação viabiliza a existência material do Estado e, assim, é parte dele constitutiva. Nesse sentido, na linha adotada por Liam Murphy e Thomas Nagel, não há Estado, direito ou instituição sem tributos; a receita tributária é fundamental para a existência do Estado tal qual conhecemos e, assim, assegura a manutenção das instituições que garantem direitos aos cidadãos. (PISCITELLI, 2019, p. 185)

Para Anselmo Rodrigues, a possibilidade de arbitragem tributária refere-se à possibilidade do compromisso pela qual as partes, no uso de um direito que podem dispor, atribuem aos árbitros, por ela escolhidos, o poder de julgar os conflitos existentes em substituição aos tribunais públicos, tendo assim as mesmas características que os órgãos jurisdicionais, como a prolação de sentenças, ou seja, com os mesmos efeitos do processo judicial. Assim sendo, a arbitragem tributária seria uma forma alternativa de resolver os conflitos entre a administração fiscal e os administrados e que decorram de bens disponíveis (RODRIGUES, 2010, págs. 25-26)

A arbitragem pode ser apontada como forte mecanismo de pacificação social e a consequente racionalização de um sistema que se revela ineficiente, caótico e desestimulador ao desenvolvimento econômico do país. A defesa da arbitrabilidade tributária depende de dois elementos, extraídos de premissas básicas relacionadas à relação tributária, quais sejam, o caráter pecuniário do tributo, consagrado no artigo 3º do Código Tributário Nacional, de

índole eminentemente patrimonial e o fato de a cobrança ser totalmente vinculada, o que não inviabiliza ao Poder Público submeter à arbitragem, controvérsias que venham a surgir nessa seara, com a busca de uma solução diversa, que não a estatal clássica (OLIVEIRA, 2019, p. 14 – 25).

Portanto, a adoção da arbitragem na seara tributária pode vir a ser bastante positiva, considerando as possíveis vantagens da arbitragem, como a celeridade e a ampliação do acesso à justiça, inclusive no âmbito coletivo, o que será analisado na próxima subseção.

4.4. Arbitragem coletiva tributária

Antes de se adentrar ao conceito e particularidades da relação jurídica tributária, é importante tecer considerações sobre noções primordiais de teoria geral do direito no que concerne à relação jurídica.

Dentro do ordenamento jurídico é inerente ao Estado um conjunto de prerrogativas, as quais lhe asseguram uma posição de imperatividade nas relações jurídicas que faz parte. Nesse espeque, não é diferente no direito tributário quando, o mesmo, impõe por ato próprio, por intermédio de lei, a obrigação de particulares pagarem determinado valor em pecúnia para manutenção da atividade estatal, constituindo uma relação de desigualdade entre Administração Pública e os administrados.

A relação jurídica no âmbito tributário, inicialmente, enseja, nesse respectivo âmbito normativo, denominado de hipótese de incidência, cuja lei e legislação definem de forma pragmática os sujeitos passivo e ativo, surgindo uma relação abstrata, propensos a concretude fática e, conseqüentemente, ao surgimento do episódio jurídico tributário.

Nas palavras de Dino Jarach (2011, p. 65), os elementos da relação jurídico tributária substancial são os seguintes: a) o sujeito ativo, titular da pretensão ou crédito tributário ou, em outras palavras, o credor do tributo; b) o sujeito passivo principal ou devedor principal do tributo, a quem se pode dar o nome de “contribuinte” e os outros sujeitos passivos, codevedores ou responsáveis do tributo pela causa originária (solidariedade, substituição) ou derivada (sucessão na dívida tributária); c) o objeto, ou seja, a prestação pecuniária ou o tributo; d) o fato jurídico tributário ou pressuposto de fato ao qual a lei vincula o nascimento da relação tributária.

Nesse sentido, já na concepção de Antonio Berliri (1971), a relação jurídica tributária é aquela especial relação que se instaura entre o sujeito ativo e passivo do tributo, inclusive terceiros, diante de uma obrigação tributária. Conceitua-a como sendo “uma relação

complexa, resultante de um conjunto de obrigações tributárias, atuais ou eventuais, derivada de uma situação-base, bem como dos direitos, potestades e deveres dela decorrentes”.

À vista disso, a formação da obrigação tributária está interligada ao fenômeno da subsunção, onde a hipótese de incidência descrita em lei alcança os fatos econômicos praticados pelo sujeito passivo, ou seja, fato gerador, independentemente da natureza, surgindo, desta feita, o liame jurídico obrigacional.

A obrigação tributária consiste em um vínculo abstrato, que surge pela ocorrência do fato gerador e pela imputação normativa, o que significa dizer que está prevista em norma jurídica e surge da aplicação desta, onde o sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir do sujeito passivo o cumprimento de determinada prestação.

Em outras palavras, a obrigação tributária, segundo Marcus Abraham (2018), se trata de uma relação jurídica constituída a partir da ocorrência do fato gerador (causa), que se estabelece entre duas pessoas, em virtude da qual o sujeito ativo (Estado – credor) pode exigir do sujeito passivo (contribuinte, responsável ou substituto – devedor) o adimplemento de determinada prestação tributária. Portanto, a obrigação tributária é composta dos seguintes elementos: a) causa; b) prestação (obrigação principal e acessória); c) partes (sujeito ativo e sujeito passivo).

Desta feita, a relação jurídica tributária obrigacional se divide em duas espécies, sendo elas obrigação principal e obrigação acessória. Assim, a obrigação principal se encontra prevista no artigo 113, do Código Tributário Nacional, o qual prevê que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador, tendo como objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Por outro lado, no que tange à obrigação acessória, esta se encontra prevista no artigo 113, § 2º, do Código Tributário Nacional e, diferentemente da obrigação principal, que deve necessariamente estar prevista em lei, a obrigação tributária acessória decorre da legislação tributária, que, segundo o artigo 96, do Código Tributário Nacional, compreende leis, tratados e convenções internacionais, decretos e normas complementares que versem no todo ou em parte sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Assim explica Abraham, senão vejamos:

A obrigação acessória tem como sujeito passivo as pessoas obrigadas ao cumprimento das prestações que constituem seu objeto e decorre da legislação tributária tal qual definida no art. 96, do CTN, isto é, englobando-se também atos normativos inferiores à lei. Dessa forma, o princípio da legalidade somente se aplica à obrigação principal (art. 97, CTN), pois, quanto à obrigação acessória, esta decorre da “legislação tributária” em sentido amplo (§ 2º, art. 113, CTN), sendo possível sua

previsão em instrumentos normativos infralegais (decretos, regulamentos, portarias, etc.).

No caso de descumprimento de uma obrigação acessória, a literalidade do § 3º do art. 113 do 7.4. CTN (“A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal”) deixaria margem para se interpretar que ocorre uma transformação das obrigações de acessórias em principais (ABRAHAM, 2018, p. 203-204).

Nesse sentido, insta salientar que o inadimplemento de uma obrigação tributária acessória faz nascer o dever de pagar uma multa, ou seja, faz nascer uma obrigação principal. Pois bem, verificado essa questão inicial, destaca-se que dentro da relação jurídica tributária, os papéis desempenhados pelos sujeitos da relação são, efetivamente, penosos para ambas as partes. Isto é, de um lado, o sujeito ativo, em regra o ente estatal, irá exercer uma atividade indesejável, porém imprescindível, que consiste em arrecadar pecúnia e fiscalizar e, de outro lado, o sujeito passivo, que irá exercer a função de contribuir e sujeitar-se a inúmeras obrigações acessórias, as quais lhe custará tempo e dinheiro.

Com relação à relação jurídica tributária, ao considerar que é dever de todos em contribuir para se concretizar o princípio da solidariedade, como forma de redistribuição de riquezas, pontua Mélo:

O dever de contribuir é um princípio constitucional implícito concretizador do princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I, da CF/88, além de ser inerente ao caráter social dos Estados atuais, que à atribuição de prestar serviços públicos, agregam a tarefa de promover a redistribuição de riquezas, tudo isso por meio de recursos, principalmente de natureza tributária.

Por outro lado, essa transferência de tarefas próprias da administração tributária aos sujeitos obrigados impõe que tais sujeitos sejam tratados com respeito e vistos sob uma perspectiva de serem colaboradores da administração tributária. Nesse aspecto, parece importante uma reflexão sobre a responsabilidade por infração tributária, que é crucial para que se faça justiça com o cidadão que, da condição de passivo passou a assumir tarefas próprias do sujeito ativo da obrigação tributária, como a interpretação da lei tributária e sua aplicação para fins de cumprimento da obrigação de pagar antecipadamente os tributos (MÉLO, 2014, p. 248).

Dito isso, nota-se, portanto, que a relação jurídica tributária deve-se pautar em aplicar princípios constitucionais, como por exemplo, o da razoabilidade e proporcionalidade, em prol de uma relação mais harmônica entre os sujeitos da obrigação tributária, visto que os princípios em questão desenvolvem um papel imperioso na resolução de conflitos advindos de restrições de direitos individuais, em virtude da atuação do poder estatal.

Segundo Montes Netto (2021, p. 106), as expressões proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimas, pois o dever de proporcionalidade não possui identificação com o dever de razoabilidade, visto que no primeiro se verifica o exame abstrato de determinados bens jurídicos, com a análise do bem jurídico protegido por um princípio

constitucional em uma relação meio fim. Por outro lado, defende que com relação a razoabilidade, não se analisa a intensidade da medida para a concreção de um fim, mas sim um bem jurídico de determinado indivíduo, com a verificação da constitucionalidade da norma geral em determinado caso individual.

A razoabilidade e a proporcionalidade objetivam intermediar a relação entre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e o ordenamento dos poderes estatais existentes. Assim explica Mélo:

E aos direitos fundamentais, por sua vez, deve ser atribuída uma dupla dimensionalidade. Isso que dizer que não devemos tratar apenas de reconhecer a liberdade como um valor supremo e, em decorrência, impor aos poderes públicos o dever de assegurá-la sem sopesamentos, mas a evolução histórica dos direitos fundamentais, marcada pelos processos de democratização e socialização, veio agregar à liberdade, o valor da solidariedade ou da “responsabilidade comunitária dos indivíduos”, descortinando uma dimensão participativa e social dos direitos fundamentais, que liga “a garantia do gozo dos direitos por todos à necessidade de uma intervenção coletiva reguladora e prestadora que crie as condições gerais do seu exercício efetivo”.

O reconhecimento da dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais surgiu em consequência da percepção de que é através da harmonização dos interesses de cada membro da comunidade, individualmente considerado, com os interesses de toda a coletividade, ou de parte desta, que se torna possível atender melhor os interesses situados em cada uma das referidas esferas de interesses (MÉLO, 2014, p. 249-250).

Desta feita, nota-se que a relação jurídica tributária deve ser constituída pelo interesse do particular e do poder público, visto que os dois juntos devem confluir à realização do interesse geral. A atuação da Administração deve ser exercida no sentido de apoiar e facilitar o cumprimento dos deveres dos particulares. Nas palavras de Aurenice da Mota Teixeira, a relação jurídica tributária consiste:

Uma relação ex-legis, oriunda da imperatividade do Estado, no qual o cidadão tem o dever de pagar como também o dever de cumprir as obrigações acessórias estabelecidas, e o Estado, entre outras atribuições, tem o dever de obedecer a imperativos legais, como, por exemplo, o dever de não cobrar além dos limites da capacidade de cada um. Em suma, contribuinte e Estado estão vinculados ao dever de cumprir somente o estabelecido em lei (TEIXEIRA, 2001, p. 22).

Imperioso destacar que a relação existente entre o Estado e o contribuinte é caracterizada como uma relação de imposição. Assim, a administração tributária, da mesma forma que o contribuinte, está adstrita ao mandamento legal, ou seja, o ente federativo não pode impor mandamentos tendenciosos e ultrapassar os limites legais para com os contribuintes, sob pena de arbitrariedade e excesso de exação.

À vista disso, através dos dispositivos da Constituição, busca-se controlar o poder outorgado aos representantes, garantir a boa gestão dos interesses públicos, bem como evitar as arbitrariedades dos representantes (TEIXEIRA, 2001).

Como o direito tributário é um direito de superposição, NERY (2016, p. 129), apesar de entender que os litígios tributários não podem ser objeto de arbitragem sem expressa previsão legal, com modificações legislativas via leis ordinária e complementar, dependendo de vontade política para sua implementação, apresenta questões atinentes a tributos que poderiam evitar decisões equivocadas, ante a especialização dos árbitros em procedimento arbitral:

Há, na área tributária, conceitos legais indeterminados – tais como: valor venal, preço de mercado, valor de produção, preço de transferência, - que admitem espaço de negociação a respeito da determinação da materialidade e do *quantum* tributável. A respeito dessa abertura do sistema de direito tributário, é possível dizer que há possibilidade de ocorrência de transações em relação a estes conceitos, mesmo dentro da estrita legalidade, quando da aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, e visando eventual solução de conflitos entre particular e administração tributária (NERY, 2016, p. 129)

André Roque Vasconcelos (2014), elenca a existência de cinco obstáculos para a admissibilidade da arbitragem coletiva no Brasil, a saber: o mito da indisponibilidade do interesse público; a vinculação à convenção de arbitragem e o consentimento manifestado de forma individualizada, o que induz à questão da legitimação; a necessidade de atuação do Ministério Público; a confidencialidade e, por fim, as despesas processuais, sendo este último, o principal empecilho. Conclui, porém, que as vantagens concernentes ao instituto, verificadas no âmbito individual, revela, por exemplo, que o “custo-benefício” para a aplicação da arbitragem coletiva são benéficas ao Estado.

O denominado mito da “indisponibilidade do interesse público” ganha maior força no que se refere aos créditos tributários e pode, numa análise superficial, vir a ser considerado um obstáculo à arbitragem coletiva tributária.

Os obstáculos acima são superáveis, pois indisponibilidade deve ser aferida de forma casuística e não automática; a ausência de legitimação do representante, que pode ser afastada pela desnecessidade do consentimento expresso e a representatividade adequada; a atuação do Ministério Público, com a sua aquiescência à adoção da arbitragem quando participe, ou, encaminhando o seu parecer ao tribunal arbitral, tal como ocorre atualmente; a confidencialidade, pois muito embora entendida como vantagem, não integra a essência do

procedimento arbitral e; as despesas processuais, que seria um problema procedimental e resolvido com o financiamento público da arbitragem coletiva (ROQUE, 2014).

No que se refere especificamente ao crédito tributário e à sua suposta indisponibilidade, Bruno Bastos de Oliveira (2019, p. 72 - 79) defende que há de ser quebrado o mito da indisponibilidade do interesse público, tendo em vista o interesse do estado na satisfação do crédito tributário, sobretudo aquele contraposto pelo contribuinte e, analisando institutos como a anistia, transação, remissão ou parcelamento, é possível reconhecer que a atividade de arrecadação é indisponível, mas não o crédito tributário em si, em razão da sua patrimonialidade.

Mesmo entendimento é compartilhado por Heleno Taveira Torres (2013, p. 12) favorável à implantação da arbitragem tributária no Brasil, onde afirma que é obrigação do legislador buscar caminhos de maior economia, eficiência e celeridade para se viabilizar a imposição tributária, discorrendo sobre a necessidade de superação de obstáculos, como é o caso da indisponibilidade do crédito tributário. Não é esse o entendimento de Hugo de Brito Machado (2017), para quem o direito da Fazenda Pública arrecadar o tributo, seria indisponível.

Em relação ao consentimento, VITORELI (2020, p. 327) destaca que em razão da existência de um demandante razoável, que trate a expectativa dos membros da classe, dispensa-se a sua figura:

A partir desses elementos – a aceitabilidade do conflito de interesses para um demandante razoável, por trás de um véu de ignorância, calibrado pelo custo de sua resolução e pelo grau de aversão a risco dos membros da classe – seria possível construir um modelo de análise que substitui a necessidade do consentimento individual, materializado em técnicas de *opt-in*. Nesse modelo, por trás de um véu de ignorância, os indivíduos tenderão a favorecer soluções que maximizem a utilidade do processo para a classe e que minimizem a diferença entre o valor dos direitos de cada um deles, em jogo no processo, e a parcela do benefício que lhes será destinada, ao final. Os conflitos intraclasse serão tão mais graves quanto mais potencial tiverem para reduzir o resultado global do processo ou aumentar a variação entre o valor dos direitos dos indivíduos que a compõem e a parcela do resultado a eles destinada. (VITORELLI, 2020, p. 327)

Para ROQUE (2014), há a possibilidade de aceitação tácita da cláusula compromissória, atribuindo efeitos ao silêncio qualificado da parte, sobretudo quando atua na arbitragem sem manifestar qualquer oposição, ressalvando, inclusive que a aceitação de todas as partes não necessita ser expressa e dependeria de um exame casuístico, citando exemplos do direito societário.

Sobre a confidencialidade, que é tratada como uma das vantagens do instituto, há que se ter em mente que a mesma, mostra-se como uma tendência do processo e não um

aspecto essencial e intrínseco ao procedimento. Como assevera Carlos Alberto Carmona (2009) trata-se de um falso dilema, já que a existência do sigilo é uma característica que pode, ou não, ser estabelecida pelas partes, não havendo nenhum impedimento para que, dela, as partes abram mão. Entendimento semelhante é dado por Luis Fernando Guerrero (2009, p. 114), para quem, a arbitragem envolvendo o setor público não poderia ter sua validade questionada, unicamente, em razão da confidencialidade e sigilo, aos casos, como o conluio e aproveitamento ilícito por parte do contribuinte. No âmbito da tutela coletiva, especialmente quanto tratamos de arbitragem perante a administração pública não se cogita a aplicação da confidencialidade, tendo em vista o interesse público envolvido (NERY, 2016, p. 98 ebook). Para Fabiane Verçosa, com a participação das associações, as arbitragens não devem ser conduzidas de forma sigilosa.

Ana Luiza Nery parte da ideia de que a arbitragem coletiva aplica-se o regime da ação coletiva judicial e, assim, reconhece a necessidade de participação do Ministério Público na qualidade de *custos legis*, para que exerça a sua função institucional de defesa dos direitos metaindividuais por meio da tutela coletiva, bastando, do ponto de vista prático, que o Tribunal Arbitral intime o MP para que seja comunicado de todos os atos e cientificado para que possa comparecer às audiências e se manifestar perante a arbitragem por meio de petições (NERY, 2016, p. 255). Gabriela Back demonstra possuir o mesmo entendimento, reconhecendo a possibilidade de atuação do Ministério Público na arbitragem coletiva, enquanto *custos legis*, garantindo a eficiência, segurança e publicidade dos atos jurídicos realizados na arbitragem, auxiliando na proteção dos direitos coletivos, permitindo a defesa do próprio instituto arbitral como mecanismo apto a tutelar a ordem coletiva (BACK, 2018, p. 146 / 147).

Gabriela Back evidencia, ainda, que, no caso dos procedimentos arbitrais, dado ao seu caráter privado, dependem do pagamento das custas para o seu funcionamento e são, via-de-regra, maiores que o procedimento estatal, reconhecendo que existem no ordenamento jurídico brasileiro, mecanismos facilitadores para a litigância processual, como ocorre na legislação consumerista (BACK, 2018, p. 137).

André Roque destaca a possibilidade de financiamento do procedimento arbitral por terceiros, o que já vem sendo utilizado nos Estados Unidos, inclusive a possibilidade de financiamento público da arbitragem coletiva, através do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto no artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública e Regulamentado pelo Decreto n. 1.306/1994, mesmo identificando a necessidade de um amplo debate político sobre a questão, eis que demanda a utilização de recursos do erário (ROQUE, 2014, p. 163 – 169).

As demandas tributárias, via de regra, são bastante complexas, sendo que, para atendimento de uma crescente e envelhecida população, há sempre que se ter uma preocupação com o montante do tributo arrecadado, em perdas arrecadatórias e melhorando as perspectivas quanto ao seu recebimento e, assim, se mostra mais que salutar superar os obstáculos para a perquirição de meios adequados para a resolução de conflitos tributários, como é o caso da arbitragem coletiva.

De outro norte, a arbitrabilidade refere-se a situações que podem ser solucionadas por meio do processo arbitral em relação às quais as partes tenham chegado a um consenso inicial, prevendo esse mecanismo de solução. Para Nery:

Assim, a arbitrabilidade exprime tanto a qualidade que se aplica a uma matéria, a uma questão ou a um litígio de ser resolvido pela via da arbitragem, como a capacidade dos entes para escolher a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos.

Outrossim, a arbitrabilidade *stricto sensu* pode ser qualificada de subjetiva ou de objetiva. A arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personarum*, refere-se à atitude do estado, estabelecimento ou órgão público de concluir uma convenção arbitral. A arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae* analisa o objeto do litígio. (NERY, 2019, p. 82)

As dúvidas quanto à arbitrabilidade dos direitos coletivos ensejam, realmente estudos sobre a questão e, como dito, sobretudo no direito tributário, ante a discutida questão da indisponibilidade do seu crédito. Bruno Bastos de Oliveira (2019), defende a possibilidade da utilização de arbitragem perante a Administração Pública, a partir da própria interpretação da Lei n. 13.129/2015 e elenca dois elementos essenciais à arbitrabilidade tributária: o caráter pecuniário do tributo e a atividade administrativa plenamente vinculada, o que não inviabiliza a arbitragem.

Especificamente quanto à arbitrabilidade do crédito tributário, Priscila Faricelli de Mendonça (2014), reafirmando a superação da questão da indisponibilidade do crédito tributário, defende:

A possibilidade de o poder público dispor do crédito tributário é efetiva, existente e real, na medida em que o CTN permite anistia, remissão ou mesmo a transação. A disponibilidade e patrimonialidade necessárias à adoção da arbitragem para solução do conflito tributário, requisitos legais essenciais à definição da arbitralidade das controvérsias em exame, se encontram, portanto, presentes (MENDONÇA, 2014, p. 83).

Citando Heleno Tavares Torres, Leonardo Rocha Hammoud (HAMMOUD, 2019, pág. 110) evidencia que o crédito tributário em si, não seria indisponível, destacando os casos, nos termos dos artigos 151, 156, 171 e 180 do Código Tributário Nacional, em que o crédito tributário pode ser anistiado, transacionado, remido ou parcelado, e que seria um paradoxo admitir a disponibilidade na arrecadação e não se admitir a regulamentação da arbitragem tributária.

A transação, como já visto, por exemplo, está descrita no artigo 171 do Código tributário Nacional e permite que a lei estabeleça essa possibilidade, mediante concessões mútuas com vistas à extinção do crédito tributário, sendo essa mesma causa de extinção prevista no artigo 156, III, do mesmo Código e diferencia-se da arbitragem e da mediação, onde existe a figura de um terceiro, apto a resolver a demanda.

Trata-se de uma demonstração bastante precisa no sentido de que o crédito tributário é um direito patrimonial disponível, pois transacionável, o que implica o poder do sujeito passivo abdicar do direito de recebê-lo com o efeito do adimplemento do crédito tributário.

Se o crédito tributário se apresenta como um direito patrimonial disponível, como demonstrado, o mesmo estaria sujeito à arbitragem (inclusive a coletiva), que é aplicada a direitos patrimoniais e disponíveis.

Questão a ser estudada refere-se à necessidade, ou não, da edição de norma específica para possibilitar a utilização da arbitragem como meio adequado de solução de controvérsias em matéria tributária. Considerando a necessidade de segurança, inclusive para os entes federativos, defende-se a ideia de uma reforma tributária para permitir expressamente a escolha da arbitragem, inclusive a coletiva como forma de redução permanente da litigiosidade (NERY, 2015, pág. 151).

Assim, no que se refere à arbitragem tributária no Brasil, percebe-se que fisco e contribuinte não possuem a confiança necessária para sua adoção, sendo recomendável a edição de lei específica sobre o tema, regulando apenas a aplicação da arbitragem tributária em legislação ordinária, conferindo segurança ao instituto e impulsionando a sua utilização.

É possível concluir que a coletivização da tutela tributária e a utilização de meios adequados, como a arbitragem, pode se revelar como um interessante instrumento de acesso à justiça frente à natureza dos direitos coletivos violados dentro da relação jurídico tributária. Conseqüentemente, a ampliação do acesso à justiça no âmbito coletivo tributário pode contribuir com a uniformidade de entendimentos e, por conseguinte, conferir maior segurança jurídica nas decisões proferidas por árbitros especializados, economicidade e celeridade na resolução dessas disputas, bastando a edição de legislação ordinária para sua regulação, que passaria a conferir segurança para aplicabilidade pelos entes federativos.

4.5. Da arbitragem coletiva e o papel das associações

Uma vez constatada a possibilidade de utilização da arbitragem coletiva no âmbito tributário, é preciso analisar a possibilidade de atuação das associações civis de direito privado nessas disputas.

Conforme elenca o Código Civil, em seu artigo 44, podem se constituir como pessoas jurídicas de direito privado, as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos.

Já o artigo 53 do mesmo Código Civil estabelece que as associações se constituem pela união de pessoas, para fins não econômicos e o artigo seguinte, 54, define quais são os elementos essenciais à sua constituição e o que deve conter, de forma obrigatória, em seu estatuto, sob pena de nulidade.

Diante dos dispositivos acima mencionados e especialmente quanto ao artigo 53 do Código Civil é possível estabelecer um parâmetro para conceituar as associações, ou seja, como sendo as entidades dotadas de personalidade jurídica que se formam a partir da união de pessoas e que se organizam para fins não econômicos, observados os requisitos, direitos, deveres e demais questões correlatas à essa espécie de pessoa jurídica de direito privado. São exemplos de associações civis de direito privado, sem fins lucrativos, aquelas que se destinam à atividades recreativas, esportivas, assistenciais, culturais, de moradores, de proteção aos animais, de representação de classes, dentre inúmeras outras.

Diante dos contornos básicos e do estabelecimento de um conceito de que a associação consiste numa reunião de pessoas, pressupõe-se a existência de um interesse comum aos que a ela se vinculam, diante de um determinado tema, sendo possível averiguar se a participação dessas associações é possível no cenário da arbitragem coletiva, em prol dos seus associados e, assim o sendo, quais as vantagens advindas da sua utilização, com a perspectiva de serem somadas às vantagens já identificadas e que são inerentes ao próprio instituto da arbitragem.

Como as associações reúnem pessoas com interesses comuns a determinado tema, resta averiguar o seu papel na arbitragem coletiva, atuando como legitimada. No entendimento de Thiago Merege Pereira (2012, pag. 22 – 23), nas ações coletivas, busca-se um legitimado que não é o titular do direito material, diante da lesão ou ameaça e lesão simultânea a várias pessoas e, nesse caso, em razão da natureza coletiva que podem adquirir esses direitos, mostra-se possível a eleição de uma terceira pessoa.

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau (2003, pag. 225) reforça o entendimento de que as associações, que ostentem um mínimo de representatividade, assim como o Ministério Público, as pessoas jurídicas estatais, as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, são legitimadas por lei para a provocação do Poder Judiciário e, assim, da arbitragem. Como se viu, há que ser analisada a possibilidade das associações atuarem como legitimadas na arbitragem coletiva.

César Pereira e Luisa Quintão sustentam que o direito de representação por associação é direito fundamental encontrado no rol do artigo 5º, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, abrangendo o procedimento arbitral, facilitando, com isso, a atuação de múltiplos indivíduos em procedimento arbitral de interesse comum.

Para Rodrigo Mendes de Araújo (2013, pag. 148), os direitos coletivos podem ser defendidos por associações e por entidades sindicais, em razão do fato de se posicionarem em uma situação intermediária entre os indivíduos que a compõe e o Estado. O mesmo entendimento é refletido no pensamento de Thiago Dias Delfino Cabral (2018), para quem a associação pode, com base no ordenamento jurídico brasileiro, instaurar procedimento arbitral na qualidade de representante ou substituta processual de pessoas que detenham determinado direito individual homogêneo, violado ou na iminência de ser violado.

No que se refere especificamente às associações, há que se fazer uma outra consideração, no sentido de que, ela tem o condão de reequilibrar os riscos processuais e reduzir a desproporção organizacional e financeira com relação aos grandes grupos empresariais e até mesmo em face do Estado, como agente arrecadador de tributos.

Explicando o funcionamento das associações, José Edwaldo Tavares Borba (2004) destaca que são instituições sem a finalidade de lucro, aplicadas a atividades recreativas, esportivas, caritativas, assistenciais, dentre outras, ora prestando serviços aos próprios associados, ora à toda comunidade, destacando as normas básicas, como inexistência de direitos e obrigações entre os associados; a inexistência de capital; o voto nas assembleias; a igualdade de direitos.

No escólio de Carolina Alves Mendes (2021), a associação é a forma concreta do exercício do direito fundamental de liberdade de associação, estando situada no campo das liberdades políticas, como a liberdade de opinião, que é exercido no coletivo e, assim, se aproxima ao direito de reunião. Decorre, assim, a noção de conversão de interesses pelo fim ideal e, assim, resta a conclusão de que uma associação deve ser formada, ao menos, pela reunião voluntária de duas pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, sem finalidade econômica.

Desta forma, com relação à legitimidade, tanto ativa, como passiva, nas ações coletivas, inclusive em matéria tributária, devem estar inseridas, como vimos, em um contexto, no qual, os sujeitos pertencem a um determinado grupo, que é representado através de um fenômeno, chamado de representação processual, na qual um terceiro, assume o papel da parte, em decorrência de previsão legal.

As associações civis ostentam a conformação jurídica mais adequada para a tutela de um direito coletivo *lato sensu*, eis que a reunião de um grupo titular do direito violado, longe da interferência estatal, revela-se como instrumento democrático de participação popular, inclusive diante do fato que as ações coletivas surgem como instrumento estratégico que eleva os riscos do litigante habitual e eleva a condição dos litigantes ocasionais, com redução de custos, inerentes às ações individuais, revelando-se, assim, a importância dos grupos organizados, como as associações, sendo este o pensamento de João Paulo Alvarenga Brant (2018, p. 92).

Como no caso das associações de direito privado, há interesse na demanda, para Teresa Cristina Sorice Baracho Thibau (2003) confere-se, assim, ao substituto processual, a sua legitimação extraordinária, que não se confunde com o efetivo titular desse mesmo interesse. A figura da substituição processual, tradicionalmente está vinculada do fato de se conceder legitimação a quem, efetivamente, não a teria.

A tutela coletiva no Brasil não apresenta as mesmas exigências que as *class action*, de modo que o rito procedimental é bastante semelhante ao de uma ação individual, onde Ana Luiza Nery (NERY, 2016) elenca e destaca que a escolha de submeter os conflitos ao juízo arbitral decorre da celebração de uma convenção privada, que é a convenção de arbitragem, que depende da conjunção de elementos constitutivos, que são o agente capaz, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei. BACK, afirma que:

Ainda que não haja definição normativa sobre o termo “ação coletiva”, se fixou no Brasil o entendimento de que elas envolvem os instrumentos legalmente previstos de tutela de situações jurídicas coletivas, como aquelas integrantes do microssistema processual coletivo acima referidos. Ou seja, as ações coletivas tutelam a coletividade em diferentes graus, a depender da espécie de direito coletivo. (BACK, 2018, n.p.).

No caso das associações de direito privado, por exemplo, há a possibilidade de, as mesmas, celebrarem determinado acordo coletivo no direito do trabalho e, assim, nos permite aferir que também poderiam, convencionar a utilização da arbitragem e atuar como substituta, em defesa dos interesses individuais homogêneos, como é o caso da questão tributária.

Cita-se como exemplo o emprego de uma determinada alíquota de IPI diante da classificação fiscal de um determinado produto, cuja discussão, poderia ser feita, via arbitragem, por uma associação de direito privado, como substituta processual, conferindo a todos os envolvidos, segurança na aplicação da norma e qualidade no julgamento, vantagens da arbitragem.

Outra ponderação importante diz respeito ao consentimento das partes para celebrar convenção de arbitragem, uma vez que estamos diante de substituição processual, caso de legitimação extraordinária, como é o caso das associações de direito privado.

Haveria, no caso, a necessidade de expresso consentimento dos associados para a propositura de demandas que envolvam questões tributárias tendo como parte as associações de direito privado? Esse assunto será tratado em tópico específico e essencial, que se refere à existência de representatividade adequada, na qual é necessária a avaliação sobre a necessidade, ou não, do consentimento prévio dos associados.

Não se deve esquecer, como afirma FERREIRA (2019, pag. 176), que o artigo 3º da Lei de Arbitragem estabelece o modo como as partes contratantes podem estabelecer a arbitragem como mecanismo de solução de conflito, qual seja, a convenção de arbitragem, que possui, por sua vez, duas espécies, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória revela-se como um compromisso bilateral, firmado em cláusula contratual, antes do litígio, fixando a arbitragem como modalidade adequada para a solução desse conflito, ao passo que o compromisso arbitral também é um negócio jurídico bilateral, porém, formado posteriormente ao conflito, onde se opta pelo mecanismo adequado de resolução, como é a arbitragem.

Analisando decisões de nossos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), ROQUE (2014) entende ser fundamental as circunstâncias em que se pactuou a convenção de arbitragem somada à conduta das partes, podendo, assim se aferir o consentimento implícito com a via arbitral, não sendo necessário o consentimento individualizado. Para ele:

O primeiro exemplo de inexigibilidade do consentimento individualizado diz respeito à extensão subjetiva da cláusula compromissória aos grupos de sociedades. Por exemplo, em um determinado contrato de fornecimento de mercadorias, uma empresa X ajustou convenção de arbitragem com Y. Entretanto, a sociedade Z, controladora de X, participou de todas as negociações, tendo o mesmo corpo de administradores que a pessoa jurídica controlada. Em tal situação, poderia Y requerer a instauração de procedimento arbitral em face de Z? Caso positivo, bastaria demonstrar que Z e X pertencem ao mesmo grupo de sociedades ou haveria outros requisitos?

Grupos de sociedades ou empresariais se caracterizam como um conjunto de pessoas jurídicas, cada uma conservando sua personalidade, vinculadas por uma relação de subordinação (uma controladora e uma ou mais sociedades controladas) ou de coordenação (sempre que o controle dessas empresas está na mão das mesmas pessoas, a ponto de criar unidade de comando. Trata-se, portanto, de situação jurídica de fato, que pressupõe uma unidade de orientação econômica (ROQUE, 2014, n.p.)

Por sua vez, NERY (2016, p. 233 – 234), defende que a exigência legal de cláusula compromissória expressa, não significa que a sua aceitação não pode ser tácita, devendo ser levado em consideração as circunstâncias da celebração da convenção de arbitragem pelas partes, para que se possa analisar o consentimento tácito à aceitação do juízo arbitral e ainda, a inexistência de obrigação ao consentimento individualizado, o que se revela essencial à participação das associações de direito privado na arbitragem coletiva.

Vale lembrar que as entidades associativas, tem previsão para a representação dos seus associados na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), ressaltando, a existência dos requisitos, como o prazo de constituição e a vinculação às suas finalidades institucionais, demonstrando assim, o interesse do legislador, constituinte e ordinário, em garantir a participação da associação e sindicatos, na atuação coletiva.

Tal qual citado em outro trecho, a junção dos benefícios e vantagens da arbitragem, aplicada em conjunto com a tutela coletiva, na qual a participação das associações, diante de todas as suas características e a possibilidade de representação dos seus associados, pode se constituir em importante e adequado instrumento de resolução de conflitos, facilitando o acesso à justiça.

4.6. Representatividade adequada

A Constituição Federal de 1988 estimula e prestigia as ações coletivas criando hipóteses de legitimação ativa, no caso, para as associações privadas de direito civil, e as entidades sindicais e, no caso das associações, estabelece em seu artigo 5º, inciso XXI, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

É possível notar que houve a opção do legislador em legitimar as associações, assegurando à sociedade civil a participação direta na defesa de interesses coletivos o que facilita a aplicação de meios adequados de resolução de conflitos, como é o caso da arbitragem coletiva.

Relativamente ao tema, ZAVASCKI (2017, p. 168-169) entende que a Constituição Federal de 1988, estimulou as ações coletivas, destacando a disposição do artigo 5º XXI, no que se refere à legitimidade das associações e a sua capacidade de representar judicial e extrajudicialmente os seus associados, sendo, contudo, inespecífica quanto aos bens jurídicos passíveis de tutela, mas que respeitam limites em razão da interpretação sistemática. Dessa forma, desde logo é possível identificar que o objeto material deve estar circunscrito ao interesse dos seus filiados e o interesse de agir das associações, que deve guardar relação com os seus fins institucionais. Para o autor:

Às associações culturais cabe tutelar direitos de seus filiados relacionados à cultura (e não a outros, estranhos ao âmbito associativo); às associações esportivas e recreativas, os interesses relacionados com esporte e recreação; às associações de defesa do consumidor, os direitos decorrentes da relação de consumo; às entidades profissionais, os direitos de seus filiados ligados ao exercício da sua profissão. (ZAVASCKI, 2017, p. 168 -169)

Adotamos nesse estudo a tese no sentido de que a representatividade adequada encontra seu fundamento na própria Constituição Federal, notadamente quanto ao respeito ao devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV e à ampla defesa e ao contraditório, com previsão no artigo 5º LV do mesmo texto Constitucional. A aplicação da representatividade adequada se trata de uma necessidade à tutela coletiva, na medida em que os verdadeiros titulares não participam da relação processual, carecendo de uma representação adequada.

Logo, a questão da representatividade adequada poderia ser resolvida em âmbito constitucional, pois, como citado, atende ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Mesmo partindo da legislação existente sobre o processo coletivo arbitral, igualmente chegamos à mesma conclusão de que, a representatividade adequada é a expressão do devido processo legal e dos princípios da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º incisos LIV e LV da Constituição Federal).

Ao analisar as questões relativas à arbitragem, Eduardo de Albuquerque Parente (2012) assevera que a Lei de Arbitragem não trouxe e nem traria o conceito de processo, pois redigida de forma racional e consciente sob a perspectiva de que não cabe ao legislador conceituar e, ainda, que o legislador arbitral soube reconhecer que os institutos - processo e procedimento, já estavam solidificados na ciência processual, na teoria geral do processo, com o qual o processo arbitral faz parte - trata-se da vinda de princípios e não normas, do processo estatal para o arbitral. Desse modo, falar de processo arbitral, significa equivaler às esferas estadual e arbitral como mecanismos jurisdicionais nos quais juízes e árbitros exercem as mesmas funções: serem julgadores de fato e de direito, dizerem o direito, em movimento

alinhado com a própria natureza jurídica da arbitragem. Segundo o autor, há outro motivo para se referir a processo arbitral, qual seja, a sua conclusão à luz dos princípios informativos do processo:

Tais princípios são: (i) o econômico, voltado à produção do melhor resultado com menor dispêndio de recursos; (ii) o lógico, para a seleção dos meios eficazes à descoberta da verdade; (iii) o jurídico, para a igualdade no processo e fidelidade da conclusão ao direito material; e, por fim (iv) o político, visando a garantia social (PARENTE, 2012, p. 89).

É indispensável o aproveitamento das regras processuais coletivas que há trinta e cinco anos são desenvolvidas no âmbito das ações judiciais, com os ajustes ao ambiente arbitral, não podendo se transformar o procedimento arbitral em uma ação coletiva, sob pena de se afastar as vantagens do instituto frente às ações judiciais e a flexibilidade procedimental e a adaptabilidade dos atos às exigências e particularidades do caso concreto são típicas características da arbitragem que se amoldam às complexidades das controvérsias coletivas, seja em função da expressão numérica dos afetados, seja em função da necessidade do estabelecimento do contraditório e ampla defesa de densidade suficiente para estimular a adequada participação (ZUFELATO, 2021).

Diante da ideia de haver verdadeiro processo arbitral faz-se pensar em elementos primordiais desse instituto que o caracterizam e o diferenciam do processo estatal, como é o caso da autonomia da vontade e o devido processo legal arbitral. A autonomia da vontade é instrumentalizada pela convenção de arbitragem, princípio do processo arbitral e que baliza o seu procedimento e demonstra ser o mesmo autônomo com relação ao processo estatal, por ter institutos e requisitos próprios (PARENTE, 2012).

Pela natureza, a arbitragem tributária tem natureza contenciosa, conforme se infirma do artigo 1º da Lei de Arbitragem, uma vez que, destinada a pessoas capazes de contratar e destinada a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, inclusive perante a administração pública.

É possível perceber que a Lei de Arbitragem (artigo 2º, parágrafo 1º da Lei n. 9.307/96) privilegia a autonomia da vontade, que nada mais representa que o desejo da parte ver exercida a jurisdição por um ente privado e não estatal, em razão de suas conveniências, particularidades e vantagens do instituto. Trata-se de uma opção, que não pode ser imposta às partes, que possuem garantia constitucional de se socorrer ao juízo estatal.

Conclui PARENTE (2012), quanto à autonomia da vontade, que se trata de um pressuposto do processo arbitral, pois, sem ela, a arbitragem simplesmente não existe e ainda

se trata de um princípio do procedimento arbitral, ao regular seu procedimento, ao incidir na forma com que as regras ou outros princípios devem ser aplicados, evidenciando ainda mais se tratar de um sistema próprio. A autonomia da vontade, consiste, exatamente, na vontade livre e manifestada, das partes, em submeter o seu litígio, ao julgamento pelo juízo arbitral, seguindo as regras, pelas próprias partes estabelecidas, sendo, inconstitucional, apenas, a eventual obrigatoriedade de todos os litígios serem atribuídos ao juízo arbitral (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019, p. 127).

De acordo com Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2019, p. 59 – 60) um dos principais princípios constitucionais aplicados à arbitragem se refere à autonomia privada que se apresenta como o diploma que permite às partes elaborar a própria convenção de arbitragem, por meio da cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Diferente do que ocorre com o juízo estatal, onde a codificação processual delimita a atuação das partes no processo coletivo, mediante atos e prazos específicos, a arbitragem privilegia e tem como uma das principais características a autonomia da vontade privada que se reflete na possibilidade dos legitimados escolherem constar no estatuto de uma determinada associação a possibilidade de resolução do conflito coletivo via processo arbitral, inclusive estabelecendo as regras próprias e mais adequadas ao litígio na convenção de arbitragem.

A escolha do procedimento arbitral, com as vantagens e características que lhe são peculiares, ampliam a possibilidade de acesso à justiça e devem ser observados alguns requisitos, de índole constitucional, sem que isso implique qualquer empecilho, até porque, a Constituição Federal é o fundamento de validade de qualquer norma jurídica e, assim, aplicável a todas as normas relativas ao procedimento arbitral coletivo, como os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos no artigo 5º incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

No que concerne ao devido processo legal arbitral, PARENTE (2012) demonstra como é a sua contribuição para um sistema processual, sendo que o devido processo legal deve ser integrado por regras e princípios processuais que lhe deem um sentido objetivo. A lei arbitral não contém regras suficientes para integrar um conceito de devido processo legal e os dispositivos do Código de Processo Civil não integram o processo arbitral, salvo se partes e árbitros assim o queiram, mas o devido processo legal arbitral é integrado por princípios oriundos do diploma processual, para a integração do conceito. Há, ainda, princípios que são próprios do processo arbitral, decorrentes da própria Lei de Arbitragem e que formam o

núcleo central de devido processo legal, como é o caso do contraditório, igualdade das partes, livre convencimento e imparcialidade do árbitro.

Autores, como é o caso de Antônio Carlos Monteiro Filho (2005), defendem a ideia de que o procedimento arbitral deveria aproveitar toda a estrutura lógica e procedimental do Código de Processo Civil.

Há que se alinhar ao entendimento de que o procedimento arbitral coletivo é dotado de características próprias, como é o caso da autonomia da vontade privada e a eleição dos seus próprios ritos e, com isso, não são aplicáveis as disposições constantes da Lei de Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil, salvo se, essa for a vontade das partes. Em síntese, as partes podem estipular livremente as regras que pretendem seguir, como expressão da sua autonomia privada. Não haveria nenhum sentido estabelecer meios adequados de solução de conflitos se se mantivesse todo o ritual, prazos e características da jurisdição estatal, afastando, assim, as vantagens do instituto da arbitragem.

Desse modo, há que se privilegiar o aproveitamento das regras existentes para a tutela coletiva, com os ajustes inerentes ao procedimento arbitral, como é o caso da autonomia da vontade e o devido processo legal arbitral, onde, a resolução da representatividade adequada, de aplicabilidade ao procedimento arbitral coletivo, encontra fundamento de validade no próprio texto constitucional, a saber no artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de raciocínio, compete ao árbitro, a análise da representatividade adequada das associações, sem com isso, criar objeções e empecilhos, garantindo o amplo acesso à justiça, através dos meios adequados, como é o caso da arbitragem. No mais, a representatividade adequada nada mais representa do que a garantia de um devido processo legal, cuja conclusão, atende ao interesse da parte, não pelo resultado, mas pela adequada postulação ao juízo arbitral, atendendo desde os critérios mais objetivos, como é o caso do prazo de constituição superior a um ano e a representatividade temática e questões como ética, lealdade, capacidade, experiência em litígios arbitrais e coletivos, dentre outros.

Note-se, como já mencionado, que estamos tratando de questões constitucionais e que, por sua natureza, atingem todos os jurisdicionados, quer na jurisdição estatal, quer na privada, o que indica o respeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Há, contudo, que se determinar alguém que possa, exercer esse controle na arbitragem coletiva.

Com relação à arbitragem coletiva, Camilo Zufelato (ZUFELATO, 2021) aponta toda a produção científica nacional para a possibilidade de haver arbitragens, de *lege data*,

com ajustes e pequenas modificações, citando como exemplo o fato de que, a arbitragem coletiva de investidores no mercado de ações não possui qualquer proibição. Sustenta que o robusto conjunto normativo que disciplina a tutela adequada de direitos no país, fazem com que a arbitragem coletiva, no caso do mercado de ações, seja plenamente viável no Brasil, assim como a arbitragem coletiva nas relações de trabalho.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento do Recurso de Apelação Cível n. 1031861.80.2020.8.26.0100 e acórdão publicado em 01/07/2021, decidiu pela competência do próprio Tribunal Arbitral analisar a possibilidade de julgamento do procedimento arbitral coletivo, destacando, ainda, que as partes livremente se submeteram à jurisdição arbitral e, assim, concordaram com a submissão às suas regras.

Nessa decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda destacou o interesse na frutificação das ações coletivas, com o fito de pacificação e uniformidade na distribuição do direito e a incessante busca por um direito processual eficaz. Essa demanda foi ajuizada pela Vale S/A em face dos seus acionistas e o Instituto Brasileiro de Ativismo e Societário Brasileiro de Ativismo, que também figuram no polo passivo em dois procedimentos arbitrais instaurados em seu desfavor, bem como contra a B3 S.A – Brasil, Bolsa, Balcão e outros, responsável pela Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM.

O pedido inicial consistia na reunião dos procedimentos arbitrais, por entender pela conexão, identidade de objeto e causa de pedir, não reconhecidas pelo tribunal arbitral. Confirmando a sentença de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reafirmou a aplicação do princípio da autonomia privada, a aplicação de critérios peculiares que não coincidem com o CPC.

No entendimento do relator do recurso, Desembargador Cesar Ciampolini, o próprio tribunal arbitral tem competência para agir de acordo com o Regulamento e decidir sobre o cabimento da arbitragem coletiva e também sobre a reunião de processos arbitrais.

Com relação ao foco específico na arbitragem societária e de mercado, ZUFELATO (2021), demonstra que existem duas condições essenciais para a arbitrabilidade subjetiva em arbitragem coletiva: a inserção da arbitragem como forma de solução de controvérsias entre os acionistas ou entre estes e a Companhia e a expressa vinculação de todos os investidores à solução arbitral, quando prevista no estatuto social, permitindo o direito de se retirar àqueles sócios que dela não quiserem participar.

Não é esse o entendimento de CARMONA (2009), para quem não pode haver um estatuto híbrido, partindo da premissa que os sócios deliberaram para a inclusão da cláusula compromissória no estatuto e, assim, válida a todos os participantes.

Pensamento semelhante, sobre a possibilidade de constituição de uma arbitragem coletiva no direito brasileiro é compartilhado por Viviane Muller Prado e Antônio Deccache, conforme abaixo:

No que se refere, portanto, à disponibilidade do direito como pressuposto para se verificar a possibilidade de se constituir uma arbitragem coletiva no Brasil, a resposta parece ser no sentido de que, em se tratando de litígio versando sobre indenização por prejuízos causados, cuidam-se efetivamente de direitos disponíveis, passíveis de ser submetidos à via arbitral (PRADO e DECCACHE, 2017, n.p.)

Há que se concordar com o argumento de que, havendo previsão expressa para a resolução de conflitos através da arbitragem coletiva, em estatuto ou documento equivalente, a solução deverá ser dada pelo juízo arbitral, exatamente pela estipulação da inclusão da cláusula compromissória, uma vez que o estatuto reflete a vontade dos substituídos e, com isso a aceitação do juízo arbitral, desde que se tratem de direitos patrimoniais disponíveis e respeitadas as previsões contidas no Regulamento da Câmara ou proposto pelas partes.

É exatamente nesse ponto que o respeito aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório - que culminam com a averiguação da representatividade adequada, ganha os contornos defendidos no presente trabalho, na medida em que, a solução dada pelo juízo arbitral dependerá da condução adequada do processo arbitral, com ética, liberdade, qualidade, experiência, dentre outros atributos, aliados à questão temporal de constituição da associação e da pertinência temática.

É necessário reafirmar a condição de que para se admitir a arbitrabilidade de matéria afeta a direitos coletivos, impõe-se concordar que a arbitragem, enquanto microsistema processual ou expressão particularizada do processo, coexista com outros diplomas legais que, positivando temas relativos a direitos coletivos, dispõem sobre pressupostos processuais próprios e, concluindo que pode-se até mesmo alargar o rol das hipóteses de nulidade da sentença arbitral, como no caso de desrespeito à ordem pública. (BEREZOWSKI, 2022, p. 57 – 69).

A existência de cláusula compromissória estatutária é suficiente para autorizar a instauração de procedimento arbitral coletivo para todos os acionistas, tornando-se desnecessária eventual manifestação de vontade individual. A lição acima pode ser transportada para a arbitragem coletiva tributária com a participação das associações, onde, havendo previsão estatutária para a formação de cláusula compromissória, seria o bastante para a instauração do procedimento arbitral. As ressalvas, temperadas seriam no sentido da representatividade adequada, onde bastariam o cumprimento de requisitos formais. Do ponto

de vista da arbitrabilidade subjetiva (no caso de uma arbitragem societária estatutária) bastaria a existência da cláusula compromissória para atuação dos legitimados coletivos (ZUFELATO, 2021).

A arbitragem não existe de maneira isolada em nosso ordenamento jurídico e, tal qual o direito tributário, por exemplo, precisa coexistir com outros regramentos e institutos. Assim como o direito tributário, necessita extrair do direito civil o conceito de propriedade, nos parece razoável que a arbitragem se utilize de institutos consolidados no processo coletivo para instrumentalização da arbitragem coletiva. Assim como o direito tributário, parte do conceito constitucional de renda para a sua definição e respeita todos os princípios constitucionais gerais, como a legalidade e a irretroatividade, a arbitragem também deve estar integrada com o texto constitucional e respeitar os seus princípios, como é o caso do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Há que se observar que a jurisdição estatal ou privada busca proporcionar segurança e fomentar confiança, devendo haver previsibilidade do sistema, com modelos conhecidos, capazes de assegurar efetiva participação nas decisões, com respostas coerentes e uniformes o que é essencial no que diz respeito a coletividades, e o que se espera da jurisdição arbitral é o superlativo desses atributos, alertando, porém, sobre os riscos de adoção dos modelos alienígenas, em razão das questões de segurança, como é o caso da legitimação extraordinária e a representatividade adequada, evidenciando que no Brasil há várias razões que indicam estar o tratamento coletivo fora do campo da arbitrabilidade, sendo esse o pensamento de Flávio Luiz Yarshell, ao tratar da arbitragem societária coletiva (2014, n.p.).

A propósito, para YARSHEL (2014) há que falar sobre o exercício de legitimação extraordinária, isto é, da hipótese em que dada pessoa, a quem se reconhece representatividade adequada, pretenda falar em nome próprio por direito alheio, em caso típico de substituição processual e, no caso do Direito brasileiro, essas pessoas são aquelas constantes da Constituição Federal e da legislação que regula a tutela transindividual, especialmente, embora não exclusivamente, a Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Não se trata de discutir pluralidade de partes, ou arbitragem multipartes, mas sim, o emprego de uma única relação processual para diferentes pretensões com alguma comunhão ou a finalidades que justifique o aproveitamento de atividades processuais comuns a todos. Assevera que no Brasil, a par do exemplo norte-americano, quando se fala em arbitragem coletiva, cogita-se falar de alguém com representatividade adequada, falando em nome próprio por direito alheio ou, alguém que pretenda obter

tratamento coletivo para direitos individuais homogêneos, isto é, essencialmente individuais, mas, por terem origem comum, a lei brasileira consente que sejam tutelados coletivamente.

Diante desse cenário, nos parece adequado pensar que, em respeito à autonomia da vontade privada, essencial ao procedimento arbitral e, havendo previsão em convenção de arbitragem, é possível a instituição da arbitragem coletiva, desde que, como demonstrado, respeitada a representatividade adequada, que por sua vez, é sujeita ao controle, em razão dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Ao tratar da arbitragem coletiva societária Guilherme Setoguti J. Pereira e Carolina Mora da Silva Telles (2022, n.p., *apud* RANZOLIN, 2023), demonstra preocupação com a adequada representatividade das partes, no sentido de ser necessário verificar se o requerente é legitimado para agir enquanto representante de sua classe na instauração do processo, na medida em que a legislação brasileira não prevê esse tipo de controle e, assim, o controle é feito unicamente pela lei, com relação às entidades listadas para propositura de ação civil pública. O mesmo autor pontua que as disputas arbitrais coletivas tendem a crescer e, com isso, é essencial a criação de normas específicas, bem como o enfrentamento de questões como é o caso da devida representação das partes, sem, contudo, interferir em sua principal característica, que é a autonomia da vontade das partes. Deste modo haveria a necessidade de se verificar, na arbitragem coletiva, os seguintes fundamentos para o requerente agir, enquanto representante de classe: (i) a pertinência temática, ou seja, a relação da parte representante com a matéria discutida, (ii) a viabilidade da parte em arcar com os custos do procedimento; (iii) a habilidade e competência dos advogados para atuar na causa e (iv) eventuais conflitos de interesses entre os representantes e advogados. Em trecho, destaca como poderia ser o controle da representatividade adequada:

É necessário que se pense em formas de controlar a adequação da representação em arbitragens coletivas societárias. À luz da experiência estrangeira, alguns aspectos a serem considerados são a experiência da parte e dos advogados em arbitragens coletivas em geral e nas matérias específicas em discussão, a existência de eventual conflito de interesses, a capacidade financeira, entre outros critérios que possam indicar a aptidão de representação. (PEREIRA e TELLES 2022, n.p., *apud* RANZOLIN, 2023)

Quando nos deparamos com o ordenamento jurídico brasileiro, percebemos que não existe nada sobre específico sobre a representatividade adequada, que não, a existência de requisitos iniciais e superficiais, como o prazo de constituição e a pertinência temática, o que impossibilita a sua análise, não por sua relevância ou inadequação, mas, exatamente pela falta de normatização sobre o tema (OLIVEIRA, 2022, p. 503 – 517).

A questão acima é ainda mais evidente quando tratamos das arbitragens coletivas onde se verifica a ausência de regulamentação jurídica e a necessidade de se manter alertas sobre os potenciais óbices ao seu desenvolvimento, sob pena de permitir-se procedimentos arbitrais que ultrapassem os limites de pilares, como a autonomia da vontade das partes, o escopo da arbitragem e a própria jurisdição do Tribunal Arbitral. Na arbitragem coletiva, a jurisdição se trasmuta de mera atuação do direito objetivo para a promoção de consciência coletiva e social, pois os interesses não estão restritos àqueles que de fato integram o polo processual (MURIEL e DIAS, 2021, p. 18).

Para os autores, os parâmetros gerais da tutela de direitos coletivos em arbitragens são extraídos do conjunto normativo ligado ao juízo estatal e, assim, os efeitos da decisão coletiva se operam de forma diferente para a classe e para os membros da classe. Nas ações coletivas relativas a direitos coletivos e coletivos *stricto sensu* a decisão constitui coisa julgada em relação ao grupo, independente do resultado do processo coletivo, que não poderá propor igual demanda. Por outro lado, com relação aos indivíduos, os efeitos somente se operam se forem benéficos, pois cada um detém a legitimidade individual. Segundo os autores, a representatividade adequada no Brasil merece ser estudada, para as melhores escolhas do legislador e para que estejam em linha com o devido processo legal.

A condição de representatividade adequada decorreria de uma dupla função: justificar a imposição dos efeitos *erga omnes* e garantir os direitos dos sujeitos (membros da classe, mas que não fizeram parte do processo) que teriam sido de fato apresentados em juízo. (MURIEL e DIAS, 2021, p. 18).

Analisando a Lei de Arbitragem, realmente é possível perceber que não existe regramento específico sobre a arbitragem coletiva, assim como a representatividade adequada e muitas outras questões. Mas não podemos esquecer a noção de que o direito é um sistema, fragmentado em partes, para melhor estudo e compreensão e, assim, concluir que há possibilidade da instituição da arbitragem coletiva, a definição dos seus legitimados, bem como a necessidade de representação adequada, partindo, da Constituição Federal de 1988.

Quanto à presunção de legitimidade, há autores que entendem ser ingênuo o pensamento no sentido de que, a mera instituição legal dos legitimados, por si só, tem o condão de fazer frente a todos os interesses dos representados e daí, novamente surge a questão da representatividade adequada, eis que deve ser respeitada a participação de todos e as suas percepções argumentativas.

Seria, por exemplo, ingenuidade acreditar que a mera previsão legal quanto à legitimação seria suficiente para a defesa correta dos interesses dos representados em

qualquer litígio considerando a pluralidade de interesses e perspectivas dos representados, sendo essencial a adequada representação. Nessa mesma linha é o pensamento de Eduardo Scarparo, que defende a necessidade de participação dos representados que serão atingidos por uma decisão judicial, citando o seguinte exemplo:

Exemplificativamente, em demanda coletiva promovida por uma associação de bairro contrária à abertura de bares e restaurantes após determinado horário da noite, facilmente se encontraria, na região, a existência de pessoas favoráveis ao funcionamento livre dos estabelecimentos, outras apenas a abertura em horários limitados, outras tendentes ao fechamento dos bares, outras contrárias aos restaurantes, outras indiferentes e outras economicamente interessadas nos estabelecimentos. (SCARPARO, 2012, n.p).

Não bastaria, desse modo, a simples previsão legal de que as associações ou sindicatos possuem legitimidade para atuar em juízo em nome dos seus representados. É preciso ir além, e garantir que essa representação atinja a finalidade, que é o exercício da jurisdição, de forma adequada, com o enfrentamento de todas as questões fático e jurídicas que possam interferir no resultado, que é a sentença arbitral, apta a fazer coisa julgada entre as partes, o que justifica a necessidade de representação adequada.

Demonstraremos abaixo que existem duas correntes sobre a representatividade adequada: i) no sentido da impossibilidade da exigência, havendo apenas o controle legal (*ope legis*) e ii) no sentido da possibilidade da exigência, sendo relativa a presunção contida em nosso ordenamento jurídico (*ope judicis*).

Assim, a primeira corrente, afirma que o sistema adotado pela tutela coletiva admite apenas o controle legal da representatividade, partindo de uma presunção estabelecida pelo legislador. Há, uma presunção *ope legis* no sentido de que a existência dos legitimados (como é o caso da) associação, atrelada a pertinência temática garantiriam a representatividade adequada. Esse é o pensamento de Nelson e Rosa Nery, Arruda Alvim, Sérgio Shimura, Elton Venturi, Pedro da Silva Dinamarco e Gregório Assagra de Almeida, conforme demonstrado por AZEVEDO (2012).

Parte dos autores, como é o caso de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2003), por exemplo, entendem ser ilegal qualquer controle da representatividade adequada, mesmo nos casos das associações, pois a análise dos pressupostos seria aferível em decorrência da própria lei, bastando o rol previsto no artigo 5º da LACP, com a devida pertinência temática e, conseqüentemente, não haveria espaço para o juiz realizar qualquer outra exigência nos moldes das *class actions* norte-americanas.

Os principais argumentos dos defensores da presunção “*ope legis*” de representatividade consistem nas seguintes situações: a) a prévia identificação dos entes legitimados impediria, em tese, o controle judicial; b) a regra já restaria estabelecida caso das associações, não cabendo aos intérpretes e aplicadores do direito a extensão dos legitimados; c) o microsistema brasileiro jamais serviria a prejudicar os direitos individuais dos integrantes do grupo e somente beneficiá-los, como é o caso do art. 103, §§ 1º, 2º, 3º do CDC; d) a inapropriada atuação do legitimado, que resultasse em uma sentença de improcedência por falta de provas, impediria a formação da coisa julgada material em desfavor da coletividade e; e) a intervenção obrigatória do Ministério Público enquanto “*custos legis*” supriria eventual deficiência apresentada pelos demais representantes processuais. (AZEVEDO, 2012).

A outra corrente, apoiada por autores como Ada Pellegrino Grinover, Kazuo Watanabe, Antônio Gidi, Pedro Lenza, Humberto Theodora Júnior, Hugo Nigro Mazili, Cássio Scarpinela Bueno, Fredir Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr., acata a concorrência do sistema “*ope judicis*”, reconhecendo como relativa a presunção, positivada em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com os defensores do sistema *ope judicis*, com a Constituição de 1988 a missão do sistema coletivo foi alargada, contribuindo não só a viabilizar o direito de acesso à justiça, mas também outros princípios processuais, espalhados pelo Texto Constitucional, como o devido processo legal. Em decorrência, toda a interpretação sobre o processo coletivo encontra o seu fundamento na constituição da república e o afastamento de vetores constitucionais viola o ordenamento jurídico e a função constitucional desenhada pela Lei Fundamental ao processo coletivo (AZEVEDO, 2012).

O controle *ope judicis* da representatividade adequada é mais condizente com a realidade da arbitragem coletiva tributária, pois ao contrário do controle *ope legis*, onde se entende que bastaria a existência de previsão legal e poderia não ser suficiente para garantir o atendimento aos reais interesses da coletividade, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal, há a figura do árbitro exercendo essa função.

Nos Tribunais brasileiros, a aplicação da representatividade adequada tem sido modesta, limitando-se à verificação da pertinência temática, que é critério legal, ou seja, se o objeto tutelado enquadra-se dentre os fins sociais ou institucionais, não se preocupando com outras questões, como é o caso da seriedade, aptidão e atuação na defesa dos direitos envolvidos, conforme se verifica de julgado do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do então Ministro Luiz Fux, ao analisar, apenas o requisito atrelado ao atingimento das

finalidades institucionais, conforme se denota do REsp 651.064/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 15/03/2005, DJ 25/04/2004, p. 240 (FORNACIARI, 2010, p. 59).

No âmbito judicial, o Superior Tribunal de Justiça, em suas turmas, tem proferido decisões, inclusive em julgamentos recentes, tratando especificamente da questão da legitimidade das associações, analisando a questão da pertinência temática e o requisito objetivo da pré-constituição com relação à data de instituição da associação. Note-se, inclusive, que o STJ tem analisado, até mesmo a existência de finalidades institucionais muito genéricas e impedindo o ajuizamento de demandas desarrazoadas, a ponto de se permitir qualquer interesse, desnaturando o sistema de tutela de direitos coletivos. É o que se observa no AgInt no AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 2050205/SP, no qual se afastou a legitimidade ativa, por se desnaturar a exigência de representatividade adequada. Vale dizer, que no caso, o pleito consistia no pedido de abstenção para que o Estado de São Paulo impusesse restrições ao horário de funcionamento do comércio, ao passo que, as finalidades do Instituto proponente se mostravam excessivamente genéricas quanto ao incentivo ao liberalismo.

No bojo do Recurso Especial de n. 1.731.299/MG foi assentado o entendimento no sentido de se reconhecer a pertinência temática de associação na proposição de ação civil pública que versava sobre a necessidade de realização de concurso público para outorga de delegações de cartórios de notas e registros, na medida em que o feito tratava da proteção do patrimônio público e social e, uma das finalidades da parte recorrente consistia, exatamente, na:

Defesa dos concursos públicos de provas e títulos para outorga de delegações de notas e registros, promovidos por todos os Tribunais de Justiça (supressão do termo 'estaduais'), conforme prevê a Constituição Federal", a fim de resguardar os princípios da "moralidade, transparência e ampla acessibilidade nos citados concursos públicos (BRASIL, 2019)

Em outro acórdão, proferido quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.864.136/SP, houve determinação para o julgamento da ação civil pública, pois houve o reconhecimento da representatividade adequada em questão envolvendo a proteção das pessoas com deficiência, no qual se postulava o fornecimento de transporte especial para os municípios com deficiência ou mobilidade reduzida, destacando em voto do Ministro Herman Benjamin, que:

Sempre que possível as finalidades estatutárias das Organizações não Governamentais devem ser interpretadas em favor da legitimidade ativa para a

instauração do processo coletivo, o que é consentâneo com o modelo de ampliação do Acesso à Justiça previsto no art. 5º, XXXV, da CF (BRASIL, 2021)

Consta ainda no voto que a legitimidade ativa da Associação para o processo coletivo deve se ater ao prazo de constituição de um ano e a pertinência temática, sendo esta última destinada a evitar que algum espertalhão usufrua do processo coletivo para instituir benefícios pessoais e não para a comunidade, evitando até mesmo associações com finalidades extremamente indeterminadas, que poderiam abarcar o tudo ou quase tudo.

Em mais um acórdão, proferido em sede de Agravo Interno em Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1.788.290/MS, reconheceu-se a existência de dois requisitos para a parte figurar na relação processual como substituta, a saber, a existência consistente no prazo de um ano de constituição e necessidade de pertinência temática quanto à sua finalidade existencial, ambas reconhecidas no caso.

Em que pese o entendimento dos Tribunais que caminham para avaliar apenas a existência dos requisitos quanto ao tempo de constituição e pertinência temática (*ope legis*), entende-se, em sentido oposto, como mais adequada a corrente *ope judicis*, ou seja, que permite ao árbitro o controle da representatividade adequada diante de preceitos constitucionais.

Para tanto, parte-se do pressuposto que, todo o arcabouço para a resolução de demandas coletivas em sede arbitral se encontra na própria Constituição Federal: i) primeiro, em seu artigo 5º XXI, que reconhece a legitimidade das associações; ii) segundo, porque a mesma Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LIV e LV garante, a todos, a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em todas as esferas e, iii) a mera observância temporal de constituição das associações e a pertinência temática, não garantem, por si só, a adequada representação.

A representatividade adequada, para Júlio Camargo de Azevedo, consubstancia em legítimo filtro processual ao exercício das ações coletivas e sua análise “in concreto” não constitui mera faculdade, mas sim um dever inerente à jurisdição, que também é realizada pelo árbitro, pois a simples disposição em lei dos legitimados não assegura, por si, a representatividade adequada, sendo que, esta, é diferente da legitimidade. Pode haver legitimidade coletiva e não se exercer uma representatividade adequada, como seria o exemplo de uma associação, que muito embora preencha os requisitos previstos em lei, defenda interesses escusos e destoantes da coletividade representada (AZEVEDO, 2012).

Entendimento semelhante é compartilhado por Débora Chaves Martins Fernandes, ao assentar que no Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º LIV, garante o

devido processo legal que se consubstancia no princípio efetivo da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º LV da Constituição Federal de 1988 e que estão intimamente ligados ao direito à segurança e à própria realização de justiça.

Como demonstrado na parte introdutória, a doutrina é muito escassa com relação ao tópico específico do presente trabalho, que é a representatividade adequada das associações como requisito ao ingresso na arbitragem coletiva e, por esta mesma razão, são tratados os temas acerca da tutela coletiva, arbitragem coletiva, legitimidade e representatividade adequada em obras gerais e específicas sobre os temas, trazendo para o presente trabalho, as definições aplicáveis ao que se defende sobre a representatividade adequada.

No caso específico da representatividade adequada das associações, Marco Christiano Chibebe Waller (2020, p. 100 – 108), assenta que o sistema brasileiro optou apenas por escolher quem poderia representar os grupos ou mesmo toda a sociedade em demandas coletivas, não havendo regras sobre a análise da representação adequada, mas ressalva que o direito atual, no qual se verifica um papel mais ativo do magistrado, deve-se estar atento a eventuais vícios processuais e, ao receber a inicial, mostra-se possível verificar a existência da representatividade adequada.

É necessário, assim, conjugar o entendimento acima com o fato de que, a análise da representatividade adequada, por se relacionar com o devido processo legal, logo, matéria de ordem pública, possibilitaria ao árbitro o poder/dever de analisar a representatividade das associações, com os temperamentos necessários e respeitando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, conferindo segurança à coletividade e assim, unindo, os benefícios do instituto da arbitragem e com a participação das associações.

A justificativa para o exercício, pelo árbitro, para esse controle, como descrito acima, é constitucional e decorre da observância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos no artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

Esse controle de constitucionalidade no juízo arbitral, tal qual ocorre no juízo estatal, está intimamente ligado ao princípio constitucional do devido processo legal e a legitimidade de parte é matéria de ordem pública. Daí, aventar-se a possibilidade de o árbitro exercer esse controle quanto às associações civis de direito privado, não apenas quanto aos requisitos objetivos e pertinência temática, mas também a representatividade adequada, havendo ou não previsão expressa no Regulamento da Câmara Arbitral.

Desse modo, o regulamento poderá prever que nas demandas arbitrais coletivas, compete ao árbitro a verificação da existência de representatividade adequada, embasado,

como demonstrado, no próprio texto constitucional (artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988) e, ainda, como forma de se evitar o uso indevido das demandas coletivas, sem que isso implique qualquer impedimento ou obstáculo ao uso de meios adequados de solução de conflitos.

Nesse contexto, o processo coletivo arbitral é apenas um caminho previsto pela lei para a tutela dos direitos materiais, servindo como garantia e proteção dos direitos. A representatividade adequada integra o conceito de legitimidade e, nos processos coletivos, consiste num mecanismo de acesso à justiça e economia jurisdicional, possibilitando a resolução de problemas de forma conjunta, sendo assim, um dos seus institutos mais importantes, capaz de conferir segurança a uma relação processual. Trata-se da possibilidade de defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, em qualquer esfera (judicial ou extrajudicial) e não consta como requisito expresso, para a tutela coletiva, principalmente, em nenhuma codificação (FORNACIARI, 2010, pag. 42 - 58).

Os direitos individuais homogêneos transcendem o plano puramente individual para alcançar relevância social, atingindo interesses da comunidade como um todo e, assim, a arbitragem coletiva deve observar certas garantias, a fim de assegurar com mais veemência o respeito ao contraditório e o devido processo legal, devendo se transpor à arbitragem coletiva ao menos, a estrutura do processo coletivo, na forma em que disciplinado pelo ordenamento brasileiro, atraindo a incidência dos seguintes princípios: legitimidade extraordinária do autor da demanda que propõe arbitragem para defender direito alheio, mediante regime de substituição processual; efeito *erga omnis* da sentença, sempre em benefício aos terceiros substituídos e a publicidade do procedimento, sendo este o pensamento de Pedro Lins Conceição de Medeiros (2022, p. 689 - 717).

A representatividade adequada é corolário do devido processo legal e, com base na doutrina norte-americana acerca da classificação na *class action*, seria o principal requisito garantidor de que ninguém será privado dos seus bens sem a garantia do *due process of law*. Nesse contexto, o controle da representatividade adequada surge como solução para garantir que as partes que recorram ao processo coletivo tenham condições técnicas adequadas para tutelar o direito que buscam assegurar (BRANT, 2018, p. 11).

Possível então, definir representação adequada como uma qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou grupo de interesses coletivos, que se verifica com a defesa eficiente desses mesmos interesses, em qualquer âmbito, inclusive fora do processo judicial. Para o autor, a aferição da existência de representatividade adequada, pode ser verificada de acordo com a natureza objetiva (descritos pela própria lei,

evidenciando as características do representante) e subjetiva, na qual se assentam os maiores motivos de preocupação, pois há que se observar, com relação ao representante, a sua credibilidade, capacidade, prestígio, experiência, coincidência de interesses, tempo de instituição da associação, dentre outros (FERREIRA, 2015, p. 74)

Ao estudar o sistema estadunidense das *class actions*, Diego Santiago Y Caldo (2018, p. 128-130), diante da impossibilidade prática da participação de toda a coletividade em um processo metaindividual, assenta que se criou a ficção de que ela exerceu o seu direito na corte, caso os direitos tenham sido defendidos de forma suficiente e, assim, permite que membros ausentes do grupo, sejam atingidos pela coisa julgada. Desse modo, se o destino da coletividade foi corretamente representado, eles tiveram o seu dia na corte. Logo, considerando que o destino da coletividade está nas mãos do seu porta-voz no processo e do respectivo advogado constituído, a representatividade adequada assume papel de requisito essencial para que haja respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, indispensáveis à vinculação com a coisa julgada.

O exame da representatividade adequada é realizado em cada caso concreto, com base em premissas estabelecidas pelo legislador, como forma de garantia da efetivação da cláusula do devido processo legal e a garantia procedimental é instintivamente extraída dessa mesma cláusula (BRANT, 2018).

É necessário, contudo, evoluir nessa teoria e se adentrar, em questões sobre justiça processual, surgindo, assim a teoria substantiva. A teoria substantiva é apresentada por Canotilho de forma a justificar a ideia material de um processo justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares:

Mais do que isso: o “processo devido” começa por um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa, Os objectivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo. Esta a razão pela qual os autores passaram a reclamar a necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum ou “disposições estatutárias”. Passou-se, assim, a falar-se de devido processo substantivo. (CANOTILHO, 2003 p. 494)

A análise da legitimação coletiva e, por consequência da representatividade adequada, deve ser aferida em duas fases, sendo a primeira acerca da autorização legal para que o ente possa substituir os titulares do direito coletivo e conduzir o processo coletivo e, a seguir, o órgão colegiado faz o controle da adequação da legitimidade, verificando se se encontram presentes todos os elementos que venham a garantir a representatividade adequada.

Afirma, ainda, que é necessário o controle judicial, como forma de garantia do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva e aplicável, assim, à arbitragem coletiva. (DIDIER, 2010 p. 187 – 188).

Edilson Vitorelli (2019, p. 534 – 535) entende que a escolha do legitimado adequado deve levar em consideração a complexidade do litígio, ou seja, dos interesses envolvidos, assim como a própria condução do processo pelo legitimado. Para cada tipo de litígio, é possível vislumbrar um tipo de representatividade. Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), também defendem ser necessária a representação adequada, em benefício da coletividade:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenha tido a oportunidade de ser ouvidos. (CAPPELLETI, Mauro; GARTH, 1988, p. 50)

No que se refere à possibilidade de o árbitro realizar o controle difuso de constitucionalidade, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2017) assentam que a Lei de Arbitragem prevê expressamente que o árbitro é juiz de fato e de direito (artigo 18 da Lei n. 9.317/96) e, diante do acolhimento da natureza jurisdicional da arbitragem, as sentenças arbitrais possuem os mesmos efeitos da sentença produzida pelos órgãos do Poder Judiciário, constituindo dever dos árbitros a realização do controle difuso de constitucionalidade diante do seu caráter de norma de ordem pública.

Uma questão interessante é levantada por Carlos Eduardo Montes Netto, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Luiz Guilherme de Souza Castro (2020), no sentido de que a arbitragem, por possuir natureza jurisdicional, atuando o árbitro como juiz, figura entre os seus deveres a declaração de inconstitucionalidade, tal como ocorre no controle difuso, eis que não se conforma com o Estado Democrático de Direito e com a segurança jurídica, a ideia de que a supremacia da lei Maior seja desconsiderada por quem detém o poder de aplicar o direito ao caso concreto. Assim, os árbitros são encarregados de proferir decisões de acordo com o ordenamento jurídico e, por óbvio, de acordo com a Constituição Federal. O controle de constitucionalidade é matéria de ordem pública e a Lei de Arbitragem em seu artigo 2º, § 1º estabelece que as partes podem escolher livremente as regras a serem aplicadas na arbitragem, desde que não venham a colidir com a ordem pública e os bons costumes, o que torna obrigatória o respeito a normas constitucionais. Os autores defendem, ainda, em razão

do exposto, a aplicação do artigo 97 da Constituição Federal nas arbitragens colegiadas, ou cláusula de reserva de plenário e consideram a inafastabilidade do controle de constitucionalidade pelos árbitros nas sentenças arbitrais, sob pena de nulidade

O Regulamento da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil possui um Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas, envolvendo entidades associativas, grupos e quaisquer partes representadas por substituição ou representação processual, prevendo a necessidade de autorização de seus membros (artigo 1º item 1.1.) para a submissão à arbitragem coletiva.

Esse mesmo Regulamento, em seu artigo 3º, item 3.1., ao tratar da legitimidade para figurar como parte da Arbitragem Coletiva, indica como partes legitimadas, as mesmas eleitas para a propositura de ação civil pública ou qualquer grupo de pessoas representativo de uma Classe ou grupo por sua importância social e econômica, reconhecido pelo Tribunal Arbitral, sendo que o item 3.4 do Regimento prevê a inépcia da inicial em razão dos vícios de legitimidade e representação e o item 6.1 do artigo 6º reconhece a possibilidade do Tribunal Arbitral proferir sentença parcial em questões atinentes à representação de uma classe ou grupo.

Observa-se ainda, que o item 6.2. do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas da Câmara Portuguesa elenca os requisitos para o recebimento do procedimento arbitral, consistente nos seguintes aspectos: a classe ou grupo são tão numerosos que a propositura de demandas individuais é impraticável, onerosa ou dificultosa; há questões de fato e direito comuns à classe ou grupo que predominem sobre interesses individuais; o procedimento coletivo é mais adequado para justa, célere e eficiente resolução da controvérsia; os pleitos ou defesas representadas sejam típicos ou comuns aos pleitos do grupo.

É possível aferir que o Regulamento acima citado, preocupou-se com em evidenciar a importância social do grupo ou classe, o que também pode ser verificado nas questões tributárias, que revelam mitigação ao direito de propriedade, envolvendo grande número de contribuintes em situações idênticas, conferindo relevância econômica e social ao debate levado ao juízo arbitral. Há questões tributárias de valor diminuto, quando consideradas individualmente e que não justificariam a instauração do juízo arbitral, mas, quando pensadas no aspecto coletivo, ganham repercussão social e financeira.

No que se refere especificamente às associações, há que se fazer uma outra consideração, no sentido de que essas têm possibilidade de reequilibrar os riscos processuais e

reduzir a desproporção organizacional e financeira dos grandes grupos empresariais ou, no caso deste estudo, em face do próprio Estado

Como demonstrado acima, há possibilidade da existência de demandas tributárias que não justificam, por exemplo por questões de custos e atribuição do valor à causa, a instauração do juízo arbitral, ao passo em que, somados os interesses individuais homogêneos, patrimoniais e disponíveis da coletividade, adquirem a relevância social e econômica, cujo benefício justifica a legitimação extraordinária, como é o caso da participação das associações.

Assim, uma vez identificada a possibilidade de participação e o papel das associações de direito privado na arbitragem coletiva, a verificação da representatividade adequada, baseada na existência formal e regular há mais de um ano e a pertinência temática, como requisito de obediência ao devido processo legal, mostra-se como requisito de fundamental relevância, constituindo, ainda, dever do árbitro a sua análise.

É nessa linha que se compartilha o entendimento de ZUFELATO (2021), ao assentar que há legitimidade das associações para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, sendo que o direito brasileiro dispensa qualquer tipo de exigência prévia de representação assemblear da associação e autorizações individuais para exercício de sua legitimação extraordinária, sendo exigido, apenas a finalidade institucional e o fato de estar constituída há mais de um ano. No caso da arbitragem coletiva há um aspecto central, qual seja, controlar a forma pela qual estão sendo defendidos, pelos legitimados coletivos, os direitos individuais homogêneos de uma gama enorme de indivíduos.

Importante registrar, como já citado, que há entendimento contrário, como é o caso de Dinamarco (2013), no sentido de que haveria a impossibilidade de o Ministério Público atuar na arbitragem, uma vez que a sua legitimidade estaria condicionada a situações que cuidam de direitos indisponíveis, que não são possíveis de resolução via arbitral, o que não é o caso das questões tributárias.

Com relação à participação do Ministério Público, considerando que as questões afetas ao direito tributário analisadas neste estudo são consideradas como direitos individuais homogêneos, com caráter patrimonial e disponível, não haveria a necessidade de sua atuação e, no caso, tal qual previsto no Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas da Câmara Portuguesa, as questões se resolveriam com dispositivos semelhantes, aos estipulados no artigo 3º, item 3.1, que trata da legitimidade para figurar como parte, no artigo 6º, item 6.1 que cuida das questões sobre a representação e no artigo 6º item 6.2, ao tratar do recebimento pelo Tribunal Arbitral, reforçando a necessidade da realização de um controle da

representatividade adequada pelo árbitro, com temperamentos que preservem o efetivo acesso à justiça.

Deve ser garantido à parte uma tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada, mediante critérios de competência, honestidade, histórico na proteção de interesses coletivos, grau de representatividade, dentre outros aspectos, inclusive financeiros, pois a parte deve dispor de recursos para os atos processuais, como perícias, por exemplo, evitando incoerências e injustas violações aos direitos pertencentes às coletividades representadas.

Por essas razões CALDO (2018), exemplifica, a questão, ao demonstrar que uma associação pode ser considerada como representante adequada de um determinado grupo, em um determinado contexto e um representante inadequado em relação aos interesses de outro grupo, destacando, ainda, que pequenas associações podem não possuir conhecimento técnico-científico ou capacidade para atender à demanda de seus associados, ou ainda, formular pedidos contrários aos reais interesses da classe.

Desse modo, diante da ausência da participação do Ministério Público na arbitragem coletiva tributária, o árbitro deverá realizar o controle da representatividade adequada, visando assegurar que os interesses envolvidos estejam devidamente defendidos no processo arbitral, permitindo-se com clareza, a identificação de que a substituição atingiu os fins pretendidos, ou seja, a associação falou em nome da coletividade representada, perseguindo o real interesse desta.

Quando se pensa na arbitragem coletiva em matéria tributária, no plano fático, é muito difícil vislumbrar a participação de uma associação que atue de maneira temerária ou, até mesmo, em conluio com a outra parte, que no caso é o fisco ou entidade paraestatal, visando coisa julgada desfavorável ao associado o que justifica, ainda mais, o controle pelo árbitro, diante da ausência de intervenção do Ministério Público.

Para ZUFELATO (2021), a representatividade adequada serve, justamente, para se evitar que a associação autora desvirtue os fins buscados pela tutela coletiva de direitos, o que justificaria, inclusive, a indispensabilidade de participação do Ministério Público, muito embora não seja requisito previsto em lei, isso suplantaria eventual defesa frágil da parte da associação ou conluio com a contraparte, bastando, ao tribunal arbitral, a sua notificação para acompanhamento e manifestação.

No entanto, mesmo esse controle, não pode vir a representar um obstáculo ao amplo acesso à justiça, devendo ser assegurada a ampliação dos legitimados aos meios adequados de resolução de conflitos, como é o caso da arbitragem coletiva, revelando a participação das associações apreço às garantias constitucionais de acesso à justiça, ao mesmo

passo que podem contribuir para a concreção do acesso efetivo à justiça, inclusive com a potencialização dos benefícios da jurisdição privada: economia, celeridade, especialidade, dentre os demais citados e com o respeito ao devido processo legal, diante da superação de qualquer obstáculo relativo à representatividade adequada.

De qualquer forma, conclui-se que o exame da representatividade adequada nas arbitragens coletivas, como papel do tribunal arbitral, encontra seu fundamento de validade no próprio texto constitucional, qual seja o artigo 50, inciso XXI e decorre da observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo apontou que o Poder Judiciário se encontra em uma “crise” gerada pela morosidade na prestação da tutela jurisdicional, contando com milhões de processos em tramitação, os quais aguardam, em alguns casos por anos, uma solução definitiva, comprometendo o acesso efetivo à justiça e gerando obstáculos para a concreção de direitos individuais e coletivos dos indivíduos.

É necessário salientar que o acesso à justiça não se concretiza somente com o ingresso de disputas perante o Poder Judiciário, sendo importante a existência e eficácia de outros meios para resolução de conflitos.

A história humana é marcada por conflitos de toda ordem e, junto deles, verifica-se o desenvolvimento de ferramentas para dirimi-los e que, ao longo do tempo foram pautados nos institutos da autocomposição, autotutela, arbitragem, dentre outros. Quanto à arbitragem verificamos o seu surgimento em antigas civilizações e seu berço em Roma. No Brasil, surgiu em 1842, ganhando forte impulso com a Lei de Arbitragem, de n. 9.317/96, com aplicabilidade em diversas áreas do direito que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, como direito do consumidor, direitos coletivos, direito do trabalho, direito de família, direito tributário e administração pública, dentre outros.

Trata-se, a arbitragem, de mecanismo extrajudicial e autônomo de solução de conflitos, com árbitros dotados de jurisdição para solucionar o conflito futuro ou presente, consistente em acordo de vontade das partes, manifestação direta da autonomia privada quanto à escolha do juízo privado.

O instituto da arbitragem, de maneira geral, possui benefícios, como a liberdade de escolha do árbitro, com conhecimentos técnicos sobre o assunto, o que confere imparcialidade e segurança, a escolha do rito procedimental adequado ao conflito, a celeridade, a confidencialidade (muito embora com as ressalvas destacadas com relação à administração pública, como é o caso da arbitragem coletiva tributária).

No caso da arbitragem coletiva, que não possui previsão legal, mas é amplamente aceita pela doutrina, com algumas restrições por alguns autores, uma única decisão poderia resolver controvérsias que afetam grande número de pessoas e conferir uniformidade e segurança jurídica no tratamento da questão.

Com relação à sua utilização em lides tributárias, o principal desafio apontado é a indisponibilidade do crédito tributário, que é superável, uma vez que, na arbitragem não se abdica do crédito, havendo meramente uma mudança de procedimento quanto à sua forma de

recebimento. O crédito tributário, conforme demonstrado no trabalho, é patrimonial e disponível, sendo, assim, passível de transação. Além disso, como é o caso da transação tributária. Em outros países, como Portugal, a experiência da arbitragem em direito tributário, mostrou-se possível e com resultados encorajadores para a sua implantação no Brasil, onde, pode ser perfeitamente aplicada, com alterações legislativas, conferindo segurança à sua aplicabilidade.

A edição de uma lei específica definindo a possibilidade, as matérias, os valores e eventuais condições para a utilização da arbitragem, traria maior segurança para os entes federativos e também para contribuintes, podendo impulsionar a utilização do instituto.

Especificamente quanto à arbitragem coletiva tributária e a participação das associações civis de direito privado, foi possível constatar que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante a existência dessas associações e incentiva a sua criação, legitimando-as à proteção e defesa do interesse dos seus associados nas esferas judicial e extrajudicial.

Desta forma, a utilização da arbitragem coletiva tributária pode potencializar os benefícios típicos do instituto, contemplando expressivo número de contribuintes e o próprio interesse público secundário da administração pública, consistente no fomento na arrecadação dos tributos.

Há, contudo, que se ter cautela com alguns aspectos da arbitragem coletiva tributária, como é o caso da representatividade adequada das associações, no sentido de que a sentença arbitral seja proferida em estrita obediência ao devido processo legal, atendendo efetivamente aos interesses do grupo representado.

Nessa perspectiva, não se observa nenhum impeditivo à participação das associações privadas na arbitragem coletiva em matéria tributária na defesa dos interesses dos seus associados, desde que ostentem um mínimo de representatividade adequada, que grande parte da doutrina trata em conjunto com a legitimidade.

Na arbitragem coletiva com a participação das associações, foi possível constatar que a representação não está expressamente prevista em lei e, assim, deve ser observado o rol de legitimados previstos no artigo 5º da LACP.

A análise da representatividade adequada demanda a verificação da pertinência temática e de questões objetivas, como o prazo de constituição da associação e a participação do árbitro na sua aferição, inclusive por se tratar de questão constitucional, em razão do dever de obediência ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, conforme se denota do artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

O controle da representatividade adequada das associações, deve, ainda, garantir à parte uma tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada, atuando, a associação, com competência, honestidade, histórico na proteção de interesses coletivos, grau de representatividade, dentre outros aspectos, inclusive financeiros, evitando incoerências e injustas violações aos direitos pertencentes às coletividades representadas. Este controle visa suplantar eventual defesa frágil da parte da associação ou conluio com a contraparte, bastando, ao tribunal arbitral.

Necessário destacar que a representatividade adequada está em sintonia com o princípio da autonomia privada, tendo em vista que, apesar da ampla liberdade que as partes possuem no procedimento arbitral, devem sempre respeitar a ordem pública, sob pena de nulidade da sentença arbitral e eventual controle judicial.

Sendo o instituto um corolário do devido processo legal, que tem fundamento constitucional e constitui matéria de ordem pública, verifica-se o poder/dever do árbitro de aplicar a Constituição e analisar a sua existência ou não no caso concreto, sendo que já existe regulamento específico em Câmara Arbitral, como é o caso do Regulamento Suplementar para Arbitragens Coletivas da Câmara Portuguesa.

Reforça a necessidade de controle da representatividade adequada pelo árbitro, a ausência de participação do Ministério Público na arbitragem coletiva tributária (que trata exclusivamente de direitos individuais homogêneos, com conteúdo patrimonial e disponível), como forma de assegurar de forma efetiva a defesa dos interesses da coletividade representada na disputa e a utilização indevida do instituto.

É necessário destacar, entretanto, que esse controle deve ser realizado pelo árbitro com temperamentos e parcimônia, considerando que não pode representar um entrave ao amplo acesso à justiça, tendo em vista que constitui objetivo dos meios adequados extrajudiciais de resolução de conflitos a efetiva ampliação do acesso à justiça e a concreção de direitos individuais e coletivos, lembrando que a representatividade adequada visar evitar eventual defesa frágil da parte da associação ou conluio com a contraparte.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**. 3ª ed. Forense: São Paulo, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **A cláusula compromissória arbitral: uma perspectiva comparada no direito canadense e do direito brasileiro**, 2013. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05122013-151903/en.php>>. Acesso em 20 de mai. 2022.
- ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Arbitragem na Justiça Laboral**. Jus. 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/6254/arbitragem-na-justica-laboral>>. Acesso em 27 de jun. 2022.
- AGUIAR, Gabriel Moura. **Arbitragem coletiva: A experiência internacional e a aplicabilidade no direito brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade Estadual “Júlio de Mesquita Filho”. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/194441/Aguiar_GM_me_franca.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 08 de ago. 2022.
- ANCEL, Bertrand. **O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”**. Disponível em: <<https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/9970>> . Acesso em 02 de jan. 2023.
- ANNONI, Danielle et al. **O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável**. 2006. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89512> >. Acesso em 10 de jan. 2023.
- ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. **A Representação adequada nas ações coletivas**. Ed. Juspodivm, 2013, p. 148.
- ARBITRAGEM Tributária: Cabimento e Perspectivas | Direto ao Ponto | Canal Arbitragem. S.I.: Canal Arbitragem, 2022. P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FzODE-4POd4>. Acesso em: 10 ago. 2022.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Legitimidade Processual Coletiva**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu – Direito) – Faculdade de Ciências
- BACK, Gabriela Cristina. **Arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual**. 2018. Dissertação (Mestrado) – Fundação Escola Superior do Ministério público. Disponível em

BARROSO, Luís Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana**. In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENELI, Gerson José. **A arbitragem e os princípios norteadores dos artigos 1º e 2, da Lei 9.307/96**, Marília, 2002, pág. 117 e 118.

BEREZOWSKI, Aluísio. **Reflexões sobre a anulação da sentença proferida em arbitragem coletiva**. *Arbitragem e processo coletivo – Revista dos Tribunais*, São Paulo, RB – 2.1, ISBN: : 9786526008225, 2022.

BERLIRI, Antonio. **Princípios de derecho tributário: Vol. II**. Editorial de Derecho Financiero, 1971.

BITTENCOURT, Alexandre Magno da Conceição. **A representação adequada no processo coletivo: aspectos teóricos e elementos para a sua sistematização**. *Dissertação (Mestrado em Cidadania, Estado e Globalização do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro)*, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONIZZIO, Marcelo José Magalhães. **Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever**. Universidade de São Paulo. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/002875325>>. Acesso em 15 de jul de 2022.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Vol. 13. Editora Renovar, 2004.

BORN, Gary B. **International commercial arbitration**. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2014.

BRANT, João Paulo Alvarenga. **A representação adequada no processo coletivo como corolário do devido processo legal**. Tese de pós-graduação. Universidade Federal de Minas Gerais, 2018.

BRASIL, Centro de mediação e arbitragem. Disponível em: <<https://www.camaraportuguesa.com.br/centro-de-mediacao-e-arbitragem/>> . Acesso em 10 de jan. 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números – 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>> . Acesso em 25 de jun. 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022: Judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022/>> . Acesso em 10 de jan. 2023.

numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/.> Acesso em 6 de mar. de 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em 06 de set. 2022.

BRASIL, Congresso Nacional. **Projeto de Lei Complementar**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01dq3qks56i6p915yo9t5j5b97z4890562.node0?codteor=648724&filename=Tramitacao-PLP+469/2009>. Acesso em 10 de mar. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 22 out. 2012.

BRASIL. Regulamento da Câmara Portuguesa do Comércio no Brasil. Disponível em: <<https://www.camaraportuguesa.com.br/centro-de-mediacao-e-arbitragem/>>. Acesso em: 10 de mai de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) n. 82, de 2019**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8028147&ts=1624912168155&disposition=inline>> (versão atual aprovada pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado). Acesso em: 10 de set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei (PL) nº 4.468/2020**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>>. Acesso em: 10 de set. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - REsp 1.272.827 (recurso repetitivo), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julg 22/05/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Dje de 04/05/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1477935337/agravo-em-recurso-especial-aresp-1971227-sp-2021-0257175-9>>. Acesso em 07/07/2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – AgInt no AREsp 1715536/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, Dje 16/03/2022. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1477935337/agravo-em-recurso-especial-aresp-1971227-sp-2021-0257175-9>>. Acesso em 07 de jul. de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª T., AgRg no REsp 781.900/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, julgado em 13.02.2007, DJ 15.03.2007 p. 270.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª T., REsp 651.064/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25 de abril de 2004, p. 240.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª T., Recurso Especial 1731299/MG. Rel. Ministro Sérgio Kukina, julgado em 16 de maio de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., Recurso Especial nº 1.864.136/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 24 de novembro de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª T., AgInt nos EDcl no Recurso Especial nº 1.788.290/MS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 24 de maio de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 2050205/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ag. Eg. Na Sentença Estrangeira N. 5.206-7 Reino da Espanha, Rel. Min Presidente, 08 de maio de 1997.

BRASIL, Tribunal de Justiça – RN – AC 20170130460. Disponível em: <<https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548122908/apelacao-civel-ac-20170130460-rn>>. Acesso em 07/07/2022

BRASIL, Tribunal de Justiça – SP – APL 0006442-21.2010.8.26.0296. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117023233/apelacao-apl-64422120108260296-sp-0006442-2120108260296>>. Acesso em 07/07/2022.

BRASIL, Tribunal de Justiça – PA – AC 0004783-16.2012.8.14.0042. Disponível em: <<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815342565/apelacao-civel-ac-47831620128140045-belem>>. Acesso em 07/07/2022.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 1475/2002-193-05-00. 7ª Turma. Rel. Min. Pedro Paulo Manu. DJU 17.10.2008.

BRITO, Camila Moura de. **Arbitragem e direito tributário: uma análise da viabilidade do procedimento arbitral na resolução de conflitos em matéria tributária**, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/21934>>. Acesso em 28 de fev. de 2022.

BRITO, Gilton Batista. **O acesso à justiça, a teoria da mediação e a resolução 125/2010 do CNJ**. Revista Ejuse, Sergipe, v. 20, p. 103-121, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79118977>>.pdf. Acesso em 06 de jan. de 2022.

BRUNO, Susana. **Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. **A mitigação da confidencialidade da arbitragem na recuperação judicial**. Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. 15, Issue 57 (2018), pp. 45-66.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**. São Paulo. 2002

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010: Mediação e Conciliação**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco José. **Arbitragem para conflitos decorrentes da dissolução de União Estável**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: União Estável – Aspectos Polêmicos e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Vol. III. 2ª ed. Trad. Douglas Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **Princípio da legalidade: reserva legal e densidade normativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CALDO, Diego Santiago Y. **Controle da Representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparativo dos sistemas brasileiro e norte-americano**. Dissertação de mestrado

CAMPOS, Diogo Leite de. **O sistema tributário no Estado dos cidadãos**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. São Paulo. Editora Almedina, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Velho: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à lei 9.307/96**. 3.ª ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

,000

,CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 141.

CARMONA, Carlos Alberto. In: **APRIGLIANO**, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, Apresentação.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

CIPRIANO, Najara de Paula. **Arbitragem tributária no Brasil: Desafios e perspectivas para um novo marco legal**, 2018. Disponível em: <<https://bdm.unb.br/handle/10483/21730>>. Acesso em 09 de maio de 2022.

COLAIÁCOVO, Juan Luis. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática.** Trad. Adílson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 94.

COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro.** In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.) **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe.** 1ª ed.; São Paulo: Quartier Letim, 2009.

GRIECO, Nicole. **Ações coletivas em matéria tributária.** Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30296/A%C3%A7%C3%B5es%20coletivas%20em%20mat%C3%A9ria%20tribut%C3%A1ria%20-%20Nicole%20Grieco.pdf?sequence=3>>. Acesso em 02 de mai. 2022.

DACOMO, Natália de Nardi. **Direito tributário participativo: transação e arbitragem administrativas da obrigação tributária.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DA SILVEIRA, Sebastião Sergio; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Fabiana. **Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: arbitragem de direitos coletivos.** Revista Húmus, v. 9, n. 25, 2019. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/10853/6458>. Acesso em 05 de jul. de 2022.

DA SILVA PIRES, Cristina Caroline. **Arbitragem para o direito tributário no Brasil.** Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 149, p. 57-86, 2022. Disponível em: <<https://www.rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/470/209>>. Acessado em 09 de maio de 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIAS, Aline; MURIEL, Marcelo A. **Controle de representatividade adequada nas arbitragens coletivas.** Arbitragem societária coletiva. São Paulo, ISBN 978-65-5614-806-9, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo.** v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 212.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Arbitragem na teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional.** Revisa Jurídica, 05-15, Porto Alegre: Notadez, dez/2001. Tutela Jurisdicional. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. II

DOMINGOS, Francisco Nicolau. MACHADO, Carlos Henrique. **A indisponibilidade do crédito tributário: obstáculo à arbitragem no Brasil? Uma análise luso-brasileira.** IBEROJUR. 2019.

DOMINGUES, Juliana Peralva. **Efetividade no processo antiexacional: A persecução da compensação tributária na execução coletiva do direito individual homogêneo.** Revista eletrônica de direito processual, v. 9, n. 9, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20381/14712>>. Acesso em 07 de jul. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Cristiano. RUIZ, Priscila Pâmela. **Desjudicialização da cobrança de tributos: a aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito do processo tributário.** Revista da AJURIS: Porto Alegre, 2018.

FARINA, Juan M. **Defensa del consumidor y del usuario**, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2009.

FERNANDES, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues e FERNANDES, Ana Elisa Silva. **A resolução nº 125/2010 do CNJ como política pública de tratamento adequado aos conflitos nas relações familiares: em direção à proteção da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos patrimoniais.** Disponível em: <<https://fafibe.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/791>>. Acesso em 10 de jan. de 2022.

FERRAZ, Beatriz Biaggi et al. **Transação em matéria tributária.** 2018. Tese de Doutorado. Dissertação de mestrado sob a orientação da Professora Doutora Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/21753/2/Beatriz%20Biaggi%20Ferraz.pdf>>. Acesso em 14 de mai. 2022.

FERREIRA, Alexsandro Fonseca. **Ação Coletiva Passiva: Representatividade Adequada como Critério de Legitimação.** Tese de mestrado. Universidade de Ribeirão Preto. 2015. Disponível em: <<https://www.unaerp.br/documentos/1947-alexandro-fonseca-ferreira/file>>. Acesso em 20 de set de 2022.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **TJ/SP admite a constitucionalidade de lei municipal que prevê arbitragem tributária.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/339455/tj-sp-admite-a-constitucionalidade-de-lei-municipal>>. Acesso em 09 de fev. 2023.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem comentada: artigo por artigo.** São Paulo: Juspodivm, 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, MONTES NETTO, Carlos Eduardo e SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. **A cláusula compromissória como instrumento adequado de acesso à justiça no pós-pandemia,** 2021. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/53797>>. Acesso em 10 de jan. de 2022.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, MONTES NETTO, Carlos Eduardo. **Transação tributária on-line**. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/373980/transacao-tributaria-on-line> >. Acesso em 09 de fev. 2023.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999. p. 37.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. Disponível em: < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/publico/Representatividade_Adequada_nos_Processos_Coletivos.pdf >. Acesso em 10 de jan. 2023.

GIANDOSO, Wanessa de Figueiredo. **A autonomia privada na arbitragem**. Disponível em: < <http://www.revistasapereade.org/index.php/edicoes/anos-antiores/ano-2-vol-1-12/ano-2-volume-11-junho-2014/send/70-06-2014-ano-2-volume-11/109-a-autonomia-privada-na-arbitragem> >. Acesso em 20 de dez. 2022.

Global access to justice Project. 2021. Disponível em: < <https://globalaccesstojustice.com/historical-background/?lang=pt-br> >. Acesso em: 16 de nov de 2022.

GOMES, Técio Spínola. **A transmissibilidade da cláusula arbitral diante da cessão de posição contratual**. 2015. Disponível em: < https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/46032465/A_transmissibilidade_da_clausula_arbitral_diante_da_cessao_de_posicao_contratual_-_Tecio_Spinola_Gomes-libre.pdf?1464494385=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA_transmissibilidade_da_clausula_arbitra.pdf&Expires=1675170210&Signature=Y5P0~hFV4Ea5POkFpy88y2E5mHZXJyh22BmsN0W1NDqZpHFNVaPFurXTn--g1Pg6oZKaXCpjcSUIHL~uUKwM~zFB5h6j-0iRTUTBQ9MQGWJbLJYNJodrH1UjeJbcmuTZSFKef8ARPutKIXxuGQtqoqYvqTCymgoi9iv1YEFsZ1yxY~-SUVDW8qc9siOCVVHPWEpQZAK5jNIKVQVSs8szcFD2N4rUJD7xbLzgaeXbuLBRvJJgY0~PW5KKE3mVod8x8RtJRnzCS0PoJ9HIWNpvMkD~SF4U7LyaaIqhGySLqgvh42jxJtUyircss4W3orr1METIGfX7YA1IpSFpMsoCew__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA >. Acesso em 10 de jan. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v.3. contrato e atos unilaterais. 7ªed. São Paulo. Saraiva. 2010

GRUPENMACHER, Betina Treiger ; FERRAGUT, M. R. ; SHOUERI, L. E. ; PISCITELLI, T. . **Arbitragem e Transação em Matéria Tributária**. In: Tathiane Piscitelli; Andréa Mascitto; Priscila Faricelli de Mendonça. (Org.). Arbitragem Tributária. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 196-209.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.

HAMMOUD, Leonardo Rocha. **Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e a realidade brasileira**. Tese de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2019.

JAKUBOWSKI, Jerzy. **Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation**. In: *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration: Liber Amicorum, Pieter Sanders, 12 september 1912 - 1982*. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law, 1982. p. 175 - 188.

JARACH, Dino. **El hecho imponible: teoría general del derecho tributario substantivo**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p.65.

LEE, João Bosco. FILHO, Clávio de Melo Valença. **A arbitragem no Brasil. Brasília: Confederação das Associações comerciais do Brasil**, 2002.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOPES, Hely Meirelles. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUZ, Eduardo Silva; SAPIO, Gabriele. **Métodos alternativos de resolução de conflitos e a problemática do acesso à justiça em face da cultura do litígio**. Interfaces Científicas, Aracajú, v. 6, n. 1, p. 9-22, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Interf-Dir_v.06_n.1.02.pdf. Acesso em: 20 de jul. 2022.

MACHADO, Carlos Henrique, SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos, CATARINO, João Ricardo. **A arbitrabilidade objetiva dos conflitos envolvendo o Poder Público e as perspectivas da arbitragem tributária no Brasil**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11278>>. Acesso em 08/07/2022

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 199/200.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 81.

MACHADO, Hugo de Brito. **Transação e arbitragem no âmbito tributário**. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org0). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Forum, 2008).

MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens Coletivas no Brasil. Dissertação** (Mestrado em Processo Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013

MARIONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4 ed. Atualizada e ampliada. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, pág. 69 e 70.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1999

MASCITTO, Andréa. **Requisitos institucionais para a arbitragem entre fisco e contribuintes no Brasil**. In Arbitragem tributária: Desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paul: Thomson Reuters, 2018, p. 84.

MATTOS NETO, Antônio José de. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 122, p. 151-166, 2005.

MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. **A figura do *amicus curiae* na arbitragem coletiva: condições de admissibilidade e limites de atuação**. Arbitragem e processo coletivo. Revista dos Tribunais, São Paulo, ISBN: 9786526008225, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 230

MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Relação jurídica tributária: em busca do equilíbrio entre a eficiência da administração tributária e a proteção dos direitos individuais**. Vol. 86. 2.jul/dez.2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed, 2010, p. 253.

MENDES, Carolina Alves. **Associações de classe empresarial: Assimetria de poder e risco de disfunção**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30479>>. Acesso em 10 de dez. 2022.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 117

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. T. XXVI**. Campinas: Bookseller, 2003.

MONTANS DE SÁ, Renato. **Manual de direito processual civil**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MONTEIRO, André Luis. FICHTNER, José Antônio. MANNHEIMER, Sérgio Nelson. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo. **Aplicação da Proporcionalidade na Arbitragem coletiva**. Tese de Doutorado. Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, 2022.

MORAIS, Carlos Yuri Araújo. **Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro**. In: Saraiva Filho, Oswaldo Othon Pontes; GUIMARÃES, Vaco Branco. Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum: 2008. P. 483-503.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. **O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 288-311, dez. 2018.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei no. 9.307/96**. Dissertação de Mestrado apresentada na PUC. São Paulo, 1997, s/p APUD CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 68.

MUJALLI, Walter Brasil. **A nova lei de arbitragem**. Leme: Editora de Direito, 1997

NABAIS, José Casalta. **Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária**. In Revista da PGFN encontrada <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-1/casalta.pdf>, pag. 31. Acesso em 12//10/2023.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **Class Arbitration: Instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual**. Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2003.

NETTO, Carlos Eduardo Montes. **Aplicação do artigo 97 da Constituição Federal na arbitragem**. Rev. Faculdade de Direito. 2020. Disponível em <<https://revistas.ufg.br/revfd/article/download/61816/36239/305815>>. Acesso em: 05 de mai de 2022.

NETTO, Laudelino João da Veiga. **Arbitragem tributária no Brasil como mecanismo de desenvolvimento econômico à luz do modelo português, 2021**. Tese de doutorado. Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2944/Dissertac%CC%A7a%C%83o%20-%20LAUDELINO%20JO%C3%83O%20DA%20VEIGA%20NETTO.pdf>>. Acesso em 10 de jun. 2022.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 223.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NUNES, Danilo Henrique; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; MATTOS, Isabella. Relação entre o Estado e a sociedade: a arbitragem como instrumento adequado de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. In: JORNADA CIENTÍFICA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 14., 2020, Araraquara, SP. Anais [...]. Araraquara: FCL-UNESP, 2020. p. 871-889.

OLIVEIRA, Alexandre Rodrigues de. **A arbitragem na solução de conflitos trabalhistas individuais e coletivos.** Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/266/272>>. Acesso em 28 de fev. de 2022.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem Tributária: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro. **Aspectos gerais da lei de arbitragem,** 2004. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/7>>. Acesso em 10 de ago. 2022.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **A legitimidade ativa nas arbitragens coletivas: uma análise a partir dos dispositivos normativos e dos institutos jurídicos brasileiros incidentes na espécie.** Arbitragem e processo coletivo. Revista dos Tribunais, São Paulo, ISBN: 9786526008225, 2022.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A transação em matéria tributária.** 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-03042017-140125/publico/Dissertacao_Mestrado_Phelippe_Toledo_Pires_de_Oliveira_INTEGRAL.pdf>. Acesso em 20 de fev. 2022.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo arbitral e sistema.** Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/pt-br.php>>. Acesso em 10 de jan. 2022.

PELUSO, César. **Mediação e conciliação.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 15-19, jul./set. 2011.

PEREIRA, Cesar e QUINTÃO, Luísa. **Arbitragem coletiva no Brasil: A atuação de entidades representativas.** Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE103/Arbitragem_coletiva.pdf>. Acesso em 10 de jan. 2023.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; TELLES, Carolina Mota da Silva. **Arbitragem coletiva societária: onde estamos e para onde vamos?** Arbitragem e Processo Coletivo, São Paulo, RB-15.1, ISBN: : 9786526008225, 2022.

PEREIRA, Rui Ribeiro. **Breves Notas sobre o regime da arbitragem tributária.** In: A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios. Ed. Almedina: Coimbra, 2012, P. 198; VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais. Guia da Arbitragem tributária. 3ª ed. Almedida: Coimbra, 2017, p. 19.

PEREIRA, Thiago Merege. **Mandado de segurança coletivo: legitimidade, objeto e coisa julgada.** Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28355/R%20-%20D%20-%20THIAGO%20MEREGE%20PEREIRA.pdf>>. Acesso em 10 de jan. 2023.

PINTO, José Emilio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do código civil.** Revista de arbitragem e mediação, v. 2, n. 4, p. 34-47, 2004.

PIRES, Adilson Rodrigues. **A arbitragem no direito tributário** Apud SARAIVA, Oswaldo Othon de Pontes Filho; GUIMARÃES, Vasco Branco (coords.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 413.

PIRES, Cristina Caroline da Silva. **Arbitragem para o direito tributário no Brasil: possibilidade e vantagens da implantação para o Fisco Federal**. *Revista Tributária de Finanças Públicas*. 2021.

PISCITELLI, T.S. Priscila Faricelli. Andréa Mascito; ALVIM L. A. R. Arbitragem tributária no Brasil: os motivos pelos quais ela é necessária, mas sua implementação deve ser gradual. In: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andrea; MENDONÇA, Priscila Faricelli. (Org.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2ed.: , 2019.

PISKE, Oriana. **Considerações sobre a arbitragem no Brasil**. Disponível em: < https://www.amagis.org.br/images/Artigos/Consideracoes_sobre_a_arbitragem_no_Brasil.pdf >. Acesso em 10 de nov. 2022.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2020.

PRADO, Viviane Muler. DECCACHE, Antonio. **Arbitragem coletiva e mercado de ações**. *Jota*. 11 de janeiro de 2017. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-coletiva-e-mercado-de-acoes-11012017>>. Acesso em 20 de ago de 2022.

PRYLES, Michael. **Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure**. *Journal of International Arbitration*, v. 24, n. 3, p. 327-339, 2007.

PUCCI, Adriana Noemi e Outros. **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor**. In: *Revista Direito GV*. São Paulo 4(1). 2008.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Aspectos do instituto da arbitragem**. *Nuestra Revista*, 15 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/aspectos.php>. Acesso em 8 de mai. 2022.

ROCHA, Joaquim Freitas da. **A desestadualização do direito tributário. Em particular, a privatização do procedimento e a arbitragem**. In: *A arbitragem administrativa e Tributária: problemas e desafios*. Ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 217; VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Guia da Arbitragem Tributária*. 3ª ed. Ed. Almedina: Coimbra, 2017, p. 18.

RODRIGUES, Anselmo. **A possibilidade da arbitragem tributária**. I Conferência AIBAT-IDEFF, 2010.

ROMÃO, Filipe. **“A arbitragem em Direito Tributário**. I Conferência AIBAT- IDEFF.”. 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. **Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura**. 2014. 286 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10454&PHPSESSID=m3t8jn7u nlmmq40gg845gjc553. Acesso em: 15 jun. 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**. 3ª Ed. Forense, São Paulo, 2020.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Arbitragem e acesso à justiça**. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15104>. Acesso em 06 de fev. de 2022.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 4.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCARPARO, Eduardo. **Controle de Representatividade adequada em processos coletivos no Brasil**.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 98.

SERRA, Manuel Fernando dos Santos. **A Arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectivas**. In: Villa-Lobos, Nuno; Vieira, Mônica Brito (Org.) Mais Justiça Administrativa e Fiscal: arbitragem. Lisboa: Coimbra Editora, 2010. p. 19-29.

SILVA, Érica Barbosa. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-084020/pt-br.php>. Acesso em 02 de abr. 2022.

SILVA FILHO, Antonio Carlos Monteiro da. **Processo Civil: um anticristo na arbitragem**. Revista do Advogado, Ano XXV, Dezembro de 2005, nº 84, p. 8.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários a reforma trabalhista**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Renato Luiz da. **A evolução da Arbitragem no Brasil**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1289/1229>. Acesso em 26 de jan. de 2022.

SMITH, Adam. **A riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Trad. Luiz João Baraúna. Nova Cultura: São Paulo, 1996.

SOUTELINHO, Susana. **Arbitragem tributária: uma realidade**. In: A arbitragem administrativa e Tributária: problemas e desafios. Ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 216; VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais. Guia da Arbitragem Tributária. 3ª ed. Ed. Almedina: Coimbra, 2017, p. 27.

SOUZA, Leonardo F. **Arbitragem coletiva sobre Direitos Individuais Homogêneos.** Arbitragem e processo coletivo, RB – 34.1, São Paulo – Revista dos Tribunais, ISBN: : 9786526008225, 2022.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Tese de Doutorado. Universidade de Santa Catarina, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> . Acesso em 02 de mai. 2022.

STRENGER, IRINEU. **Autonomia da vontade em direito internacional privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem.** São Paulo: LTr, 1998. p. 126.

SWEET, Alec Stone. **The new Lex Mercatoria and transnational governance.** *Journal of European Public Policy*, p. 627-646, aug. 2006.

TAPIAS, Camila Abrunhosa. **Análise Comparativa dos órgãos de solução de litígios em matéria tributária: experiências bem sucedidas in: Medidas de redução do Contencioso Tributário e o CPC 2015: contributos práticos para resigificar o processo administrativo e judicial tributário.** São Paulo: Ed. Almedina: 2017, p. 267.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** São Paulo: Método, 2008. p. 65-74.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro.** CORE, 1997, p. 48.

TEIXEIRA, Aurenice da Mora. **O processo administrativo tributário face ao princípio da isonomia: uma análise da atuação dos Conselhos de Contribuintes Federal e do Estado de Minas Gerais.** Tese de mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. 2001.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A Legitimação Ativa nas Ações Coletivas: Um Contributo Para o Estudo da Substituição Processual.** Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

TORRES, Heleno Tavares. **Novas Medidas de Recuperação de Dívidas Tributárias.** Revista Consultor Jurídico, 17 de julho de 2013. Acesso em 09 de maio de 2022. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-17/consultortributario-novas-medidas-recuperacao-dividas-tributarias>>. Acesso em 10 de jun. 2022.

VALENTE, Larissa Peixoto. **A aplicabilidade dos meios alternativos de solução de conflitos no direito tributário.** Tese de mestrado. Universidade Federal da Bahia. 2016.

VARGAS, Sarah Merçon. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais.** Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/en.php>> . Acesso em 10 de jan. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Arbitragem. Disponível em: <www.escriptorioonline.com.br>. Acesso em 09 de ago. 2022.

VERÇOSA, Fabiane. **A questão da publicidade nas arbitragens coletivas societárias.** Arbitragem e processo coletivo – Revista dos Tribunais, São Paulo, RB – 16.1, ISBN: 9786526008225, 2022.

VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Guia da Arbitragem Tributária.** 3ª. Ed. Eed. Ed. Almedina: Coimbra, 2017, p. 5-6.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos.** 2ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2020.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

YURGEL, Ana Paula Olinto. **Arbitragem tributária em Portugal: Possibilidade de inserção do instituto no direito tributário brasileiro.** Disponível em: <<https://arquivo.iengenharia.org.br/site/ieadm/arquivos/cmanoticiaarquivo307.pdf>>. Acesso em 10 de mai. 2022.

WALLER, Marco Christiano Chibebe. **Garantias da Representatividade do Processo Coletivo.** Tese de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura doo acesso à justiça.** 2012. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/3970>> . Acesso em 10 de abr. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 7ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pag. 19.

ZUFELATO, Camilo. **A Admissibilidade da Arbitragem Coletiva no Brasil: uma análise a Partir do Contexto dos Direitos dos Investidores no Mercado Mobiliário.** Doutrina Nacional, 2021.