

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL: APRENDENDO COM A EXPERIÊNCIA PIONEIRA EM PORTUGAL

Roberto Pasqualin

*Advogado em São Paulo
Arbitralista e Tributarista*

***“Querem, mas não sabem como,
ou sabem, mas não querem?...”***

C.C., médico e filósofo em São Paulo (1941-1981)

Sob a inspiração das indagações acima, aceitei fazer breves reflexões sobre o que está no título deste artigo.

O objeto deste apanhado de ideias é, mais uma vez, o tema da necessidade e da oportunidade de implantar no Brasil a arbitragem privada como uma terceira via para solução adequada de litígios em matéria tributária entre fisco e contribuintes.

Tenho há anos a convicção de que, tal qual água em pedra dura, voltar ao mesmo tema deve resultar em que se furem as maiores pedras que travam esse caminho. Pedras duras que não têm permitido a implantação da arbitragem tributária por aqui, como vejo, são a ignorância técnica, a resistência política e o medo de aceitar mudanças. Queremos a arbitragem tributária no Brasil e não sabemos como implantá-la? Ou sabemos, mas não queremos?...

Houve oportunidades para implantá-las, mas nunca foram além de valiosos estudos acadêmicos e de projetos de lei que não vingaram. Talvez bater na mesma tecla ajude chegar a hora disso mudar.

Reflexões: sabem e não querem?

Antes de entrar no objeto propriamente dito deste artigo peço um instante para uma reflexão que aparentemente nada tem a ver com o tema escolhido. Explico. O convite para participar desta obra coletiva me foi feito antes do momento que vivemos neste início de 2020. Está sendo escrito em plena pandemia e será lido, espero, já ultrapassada -- e o comportamento da sociedade, já modificado. *Este é fio de ligação com o tema do artigo.*

Por primeiro, um lugar comum. Absolutamente imprevisível até há poucos meses, esta nova doença é espetacularmente impactante, pela velocidade e extensão da contaminação, pelo sofrimento e morte dos infectados, pelo isolamento dos que procuram não se infectar, pela insuficiência da estrutura hospitalar para atender os doentes, pelo despreparo dos governos para enfrentar sua gravidade, por vezes desprezada... Será ainda mais impactante pela paralisia da economia mundial: cortam-se empregos, deixa-se de produzir, descumprem-se contratos, adiam-se impostos, desorganiza-se a vida em sociedade, teme-se uma judicialização intensa.

Por segundo, um outro lugar (in)comum: o despertar de sentimentos nobres de ajuda, de solidariedade, de admiração, de paciência, de respeito e de humildade ante tão impressionante situação. Surgem mudanças de comportamento social e na maneira de fazer diferente o que se fazia anteriormente. Todos torcem para que esse despertar do lado humano do ser humano continue presente no convívio em sociedade quando a pandemia passar... Sabemos que é bom, queremos que continue.

Até quando?

Acontece que a humanidade já experimentou esse despertar em outras pandemias, em muitas guerras, em outras calamidades. Os sentimentos nobres que também afloraram nessas ocasiões, a memória curta do ser humano fez adormecer o que a calamidade despertou. O egocentrismo voltou a ser o padrão e, com ele, a litigiosidade.

Assim será mais esta vez?!... Queremos conviver em paz? Vimos que, sim, que soubemos como! Até quando será mais calamidades para despertar o bem viver? Até quando a sociedade viverá em litígio ao invés de em paz?...

Litígios continuam, o Direito cura

Volto à indagação inicial. A humanidade quer viver em paz, mas não sabe como? Ou sabe, mas não quer?... Enquanto permanecer esse dilema, a sociedade continuará condenada a viver com o litígio. É o que a história mostra.

Enquanto assim é, os litígios deixaram de ser resolvidos pela força bruta e construiu-se o Direito. Sim, o Direito que, em sua concepção mais ampla é ‘a disciplina da convivência humana, que promove o ‘viver honestamente’, o ‘não prejudicar o outro’, o ‘atribuir a

cada um o que é seu'. É o Direito que faz justiça para restabelecer o bem conviver. E para fazer justiça, alguém diz o Direito a aplicar.

Justiça estatal e justiça privada

Dizer o Direito na solução dos litígios é preferencialmente, quando não exclusivamente, reservado ao judiciário estatal -- assim o próprio Direito disciplina. A evolução da civilização mostrou que não apenas o órgão impessoal do Estado pode dizer o Direito. Viu-se que também podem dizer o Direito as próprias pessoas que convivem em sociedade --- árbitros privados escolhidas livremente pelas partes em litígio, através da arbitragem., que dizem o Direito e fazem justiça. Praticada com sucesso no Brasil por particulares, empresas e a administração pública, a arbitragem privada se consolidou como instituto célere, eficaz e adequado para dizer o Direito e solucionar litígios.

Encerro aqui esta reflexão, caro leitor. A sociedade brasileira quer a justiça privada para resolver seus litígios, no caso, os em matéria tributária, e não sabe como implantá-la? Ou sabe, mas não faz?...

Em Portugal, se faz...

Pretendo discorrer brevemente sobre o Direito que pode disciplinar a arbitragem tributária no Brasil, aprendendo de quem a faz: a experiência de Portugal, em que lei especial autorizou a implantação da arbitragem tributária portuguesa, em 2011, paralela e complementarmente à justiça estatal.

Analisando o cenário da época, a jurista portuguesa MARIA DA CONCEIÇÃO OLIVEIRA, criticou a (quase) exclusividade da justiça estatal em Portugal por não seguir a tendência dos países europeus de usarem métodos extra judiciais:

“... a Justiça [em Portugal] está cometida, quase exclusivamente, aos tribunais, contrariamente à tendência generalizada de desenvolvimento de meios extrajudiciais para a resolução [de conflitos] ...”¹

¹ OLIVEIRA, Maria da Conceição, “Mediação e Arbitragem no Roteiro da “Boa Administração” – A Experiência Portuguesa no Contexto Europeu”, in “Mais Justiça Administrativa e Fiscal, Arbitragem,

MANUEL FERNANDO DOS SANTOS SERRA, manifestou-se no mesmo sentido: “... uma maior abertura a meios alternativos ... é vital para o reequilíbrio do nosso sistema de justiça [e] não pode deixar de estender-se aos meios alternativos de carácter jurisdicional, designadamente a arbitragem ... confiada ao árbitro, que profere verdadeiras sentenças, com carácter obrigatório e exequibilidade não dissemelhante das proferidas pelos tribunais.”²

Também JOSÉ-MIGUEL JÚDICE deu importante depoimento sobre natureza jurisdicional da arbitragem tributária praticada em Portugal através do Centro de Arbitragem Administrativa (o “CAAD”), com competência exclusiva para administrar o dizer o Direito nas arbitragens portuguesas em matéria tributária. Esse reconhecimento foi feito pelo Tribunal de Justiça Europeu. Segue o trecho de José-Miguel:

“Three years after the entry into force of the Portuguese Tax Arbitration Regime, the European Court of Justice finally issued a groundbreaking decision regarding the long standing question of whether the Tax Arbitral Court (the “CAAD”) is a true ‘jurisdictional body’ ... [an] arbitration tribunal dealing with tax issues [that] should be considered a court or tribunal of a member State” [of the EU] ... “... the recent decision of the Court has the virtue of... erasing any doubts that might still endure regarding the jurisdictional nature of the tax arbitral tribunals”³.

Arbitragem tributária: sabe-se como; por que não?

A arbitragem comercial privada está consolidada no Brasil e é cada vez mais utilizada para solucionar rápida e adequadamente litígios de várias naturezas, inclusive com a

organizada por Nuno de Villa-Lobos et al, ed. Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 1ª ed., Novembro 2010.

² SERRA, Manuel Fernando dos Santos, “Arbitragem Administrativa em Portugal: Evolução Recente e Perspectivas”, in “Mais Justiça Administrativa e Fiscal, Arbitragem, organizada por Nuno de Villa-Lobos et al, ed. Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 1ª ed., Novembro 2010,

³ JÚDICE, José Miguel e CASTILHO, Luis, “What Can we Infer from the Ascendi Case?”, Kluwer Arbitration Blog – Latest Entries, posted 19 Oct 2014

administração pública. A Lei Brasileira de Arbitragem de 1996 foi bem aceita pela sociedade e confirmada pela jurisprudência de nossos tribunais. Atualizada em 2015, é hoje garantia de segurança jurídica e importante fator de promoção de um melhor ambiente de negócios no Brasil. Mas houve resistências em sua implantação.

NUNO DE VILLAS-BOAS, presidente do CAAD, se referiu a essa resistência, que também aconteceu em Portugal. É a seguinte sua reflexão:

“Se a novidade suscita curiosidade, também gera incerteza, tensão e, por vezes, até suspeição; ... a falta de precedentes a nível nacional e internacional levantou naturais reservas na comunidade jurídica [portuguesa e] a decisão de avançar [com a implantação da arbitragem tributária] envolvia riscos numa área muito sensível. Receios havia de que se tornasse uma justiça elitista, pouco transparente e que não viesse resolver por si só as pendências dos tribunais tributários... No entanto, o funcionamento da arbitragem tributária tem vindo a dissipar tais receios, sendo cada vez mais vista como uma alternativa sólida e eficaz, com aplicação estrita da lei... À medida que o funcionamento da arbitragem foi sendo conhecida pelos contribuintes, a tendência de crescimento é [em 2012] cerca de 5 vezes superior à registrada no ano de arranque [2011]. Espera-se que a tendência de crescimento se mantenha em 2013, com o contributo de todos os envolvidos, nomeadamente do fisco, dos contribuintes e dos árbitros. Espera-se ainda que a replicação da experiência portuguesa a nível internacional venha a ser uma realidade.”⁴

Como tributarista desde o início de minha vida profissional e arbitralista que passei a ser também ao conhecer esta notável ferramenta de solução privada de litígios, passei a empreender, bem antes de 2011, uma cruzada pessoal, quase quixotesca à época, para unir a arbitragem privada à necessidade de uma justiça tributária rápida, técnica e eficiente. A ideia de unir a arbitragem ao contencioso tributário voltou a ganhar espaço a partir da experiência portuguesa. Não está mais tão distante e não é mais tão impensável.

⁴ VILLAS-BOAS, Nuno de, ed. Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 1ª ed., Novembro 2010, texto publicado em 2014.

Necessidade de inovar, um 'ovo de Colombo' tributário

Há evidente necessidade de algo novo para resolver os litígios entre fiscos e contribuintes que, arrisco dizer, em última análise se resumem simplesmente ao dever de os fiscos cobrarem legalmente seus tributos, de um lado, e, de outro, à obrigação dos contribuintes pagarem corretamente o que devem. Essa relação jurídico-tributária conceitualmente simples é, no entanto, a fonte dos litígios em matéria tributária a afogar os órgãos encarregados de sua cobrança no Brasil.

Esse algo novo pode ser a implantação da arbitragem em matéria tributária como uma nova via de contencioso tributário arbitral, paralela e complementar ao contencioso administrativo ou judicial, como em Portugal. O contencioso arbitral tributário português é praticado separada e complementarmente ao contencioso tributário administrativo e judicial, cada qual com jurisdição própria e independente.

Portugal mostra a nós que a arbitragem tributária é não apenas uma via adequada juridicamente como oportuna economicamente, e é hoje o país europeu mais avançado na solução dos litígios tributários pela via da arbitragem, o que foi reconhecido até mesmo pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, como visto acima. Atualmente, os procedimentos arbitrais em matéria tributária em Portugal são resolvidos em média em quatro meses e meio, tempo de resolução impensável no Brasil. Sabe-se como fazer?

MANUEL FERNANDES DOS SANTOS SERRA, à época da autorização da arbitragem tributária em Portugal, declarou que:

“As vantagens normalmente associadas à arbitragem são conhecidas: ... caráter mais reservado; celeridade proporcionada por uma significativa simplificação processual; menores custos; maior especialização dos árbitros na matéria controvertida. Refira-se, por fim, que a relativa informalidade da arbitragem configura-a como uma justiça de maior proximidade, criando-se assim um ambiente propício à contenção do

conflito e mesmo à aproximação de posições entre partes, que pode ... dar origem a uma resolução do litígio por processo conciliatório.”⁵

Apesar das notórias diferenças de dimensão econômica, geográfica e populacional entre Portugal e Brasil, fato é que lá em Portugal a arrecadação tributária pela via arbitral superou a arrecadação obtida nos âmbitos administrativo e judicial. Por que não poderíamos ter isso acontecendo aqui também? A implantação da arbitragem tributária no Brasil pode ser um 'Ovo de Colombo Tributário' para resolver as enormes dificuldades dos governos, dos contribuintes e do judiciário na gestão do contencioso tributário. Estamos diante de mais uma oportunidade de colocar esse 'Ovo' em pé. Sabemos como?

Arbitragem na administração pública, por que não tributária?

Uma vez que na modernização da Lei Brasileira de Arbitragem em 2015 o uso da arbitragem privada foi expressamente admitido para resolver conflitos envolvendo a administração pública -- e a administração pública tributária é parte da administração pública --, o próximo e natural passo seria então admitir a arbitragem para solucionar também os conflitos em matéria tributária, que entretanto permanecem ainda sob a jurisdição exclusiva do judiciário estatal, judicial e administrativo.

Podemos aprender com a experiência portuguesa e incluir a arbitragem tributária entre o que já é admitido na administração pública. Será construir um novo tipo de contencioso tributário, praticado em ambiente privado, por instituições arbitrais privadas e por árbitros privados. Será talvez a inovação mais relevante na história ainda recente da arbitragem privada no Brasil. E será inovação extraordinariamente útil para aliviar ao menos em parte o impressionante congestionamento do contencioso tributário submetido exclusivamente ao judiciário estatal, administrativo e judicial.

Terceira via no contencioso tributário brasileiro

Não se propõe que a arbitragem tributária venha retirar do judiciário a função de resolver litígios tributários de variadas naturezas. Nem se propõe extinguir a função julgadora de órgãos administrativos, O que se pretende é que a arbitragem tributária atue paralela e complementarmente a eles, uma terceira via para a solução desses litígios, ao lado dos

⁵SERRA, Manuel Fernando dos Santos, 2010, p. 22-23

que existem hoje. Essa terceira via pode ser construída com a segurança jurídica da arbitragem comercial privada já existente no Brasil para solução rápida e especializada de litígios tributários fora do Judiciário e fora da administração pública.

Sistema tributário nacional é a origem dos litígios

A mais importante razão da litigiosidade tributária tem origem no complexo e burocrático sistema tributário brasileiro. Um verdadeiro cipoal de normas que nem mais se pode se chamar de ‘sistema’. Normas tributárias constitucionais, complementares, ordinárias, infra legais, interpretações jurisprudenciais e, ainda, orientações verbais nos balcões das repartições fazendárias que atendem as dúvidas dos contribuintes.

É impossível não haver erro na aplicação desse cipoal infernal. É comum os próprios agentes da administração tributária – e os contribuintes -- não saberem como aplicar ou interpretar as milhares de normas que compõem o ‘sistema’ tributário nacional. Os erros de conformidade e os erros de interpretação são o fato gerador da impressionantemente e volumosa litigiosidade tributária, administrativa e judicial.

A demora é o ‘perde-perde’ no tributário

Trilhões de reais ficam retidos em processos que demoram anos e anos para serem solucionados, que não chegam aos cofres do Estado enquanto os processos não terminam. Apesar do esforço de juízes e julgadores administrativos, o contencioso estatal é reconhecidamente ineficiente para resolver litígios tributários em tempo razoável e em matéria tão sensível para os governos, de um lado, e para os contribuintes, do outro.

Sabe-se que nos negócios e também nos contratos com a administração pública inevitavelmente acontecem litígios. Quando não se consegue evitá-los nem se consegue compô-los, cabe solucioná-los rápida e adequadamente para que não aumentem nem entrem as atividades dos envolvidos. O mundo dos negócios se movimenta cada vez mais rapidamente e as empresas não podem esperar anos e anos para a solução de litígios tributários sob pena de ‘perderem o bonde da história’. A solução demorada dos litígios tributários chega fora do tempo. Quando os processos acabam, o mundo já não é mais o mesmo. Os governos e as políticas mudaram. As partes envelheceram morreram, fecharam, faliram ou foram vendidas.

O resultado da demora é um ‘perde-perde’ inevitável. Os governos não conseguem arrecadar o tributo tempo previsto; o déficit fiscal aumenta enquanto a arrecadação não vem; os gastos e investimentos públicos são reduzidos porque a arrecadação não chega... Os contribuintes, por seu lado, são obrigados a fazer provisões contábeis para contingências tributárias pendentes de solução; as provisões reduzem o lucro das empresas e dos acionistas; com lucro menor, o crédito bancário e comercial fica mais difícil; os investimentos são adiados, a produção e a oferta de empregos caem...

Essa demora, que também havia em Portugal, foi estudada por MANUEL FERNANDO DOS SANTOS SERRA na implantação da arbitragem tributária lá:

“... a demora processual, para além daquela que é necessária à cognição cabal dos factos e do direito, faz aumentar o risco da paralisia dos direitos e garantias ... no domínio das relações jurídicas administrativas e fiscais. Todos sabemos que uma sentença tardia pode resultar inútil ou até adicionar prejuízos aos já de outra forma enfrentados pela parte lesada. ...as situações consolidadas pela passagem do tempo tendem a ser materialmente irreversíveis e os danos causados de difícil avaliação pecuniária. Efeitos perversos que em tribunais assoberbados pelo grande volume de pleitos, como são, de há anos a esta parte, os tribunais administrativos e fiscais...”⁶

Registro aqui também manifestação especialmente relevante a respeito da (in)eficiência da administração pública trazida por MAYARA NUNES MEDEIROS DE SOUZA, E SÂMILA VIANNA:

“Neste sentido, observe-se o que diz ALEXANDRE DE MORAES sobre a eficiência: ‘Assim, o princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, pelo exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para [a] melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social’⁷

⁶ SERRA, Manuel Fernando dos Santos, 2010, p. 20

⁷ SOUZA, Mayara Nunes Medeiros de e VIANNA, Sâmila, 2016

Por que não aqui? Sabemos como? Queremos?

O pioneiro sistema de arbitragem em matéria tributária implantado em Portugal evidencia sua viabilidade jurídica e impressionante celeridade operacional. Implantada essa prática aqui no Brasil haveria uma oferta mais ampla de alternativas adequadas para a solução de litígios que poderiam ser categorizados, por exemplo, pela natureza específica dos diferentes tributos, pela maior ou menor complexidade das hipóteses de incidência, pelas diferentes circunstâncias dos fatos imponíveis, pelo maior ou menor valor do crédito em discussão etc. É como se fez em Portugal.

Em tempos de mudanças profundas e reformas estruturantes que o Brasil vem procurando estabelecer está a oportunidade de propor à deliberação da sociedade e das lideranças do país a introdução da arbitragem em matéria tributária. Pode à primeira vista parecer ousadia, mas é possível, como foi em Portugal. A hora é agora, não há dúvida. Teríamos aqui, como em Portugal, uma justiça arbitral tributária privada, especializada, rápida, independente, imparcial, segura, a complementar o modelo brasileiro de contencioso tributário atual, administrativo e judicial. Podemos aproveitar a experiência de como fazer.

Construção da arbitragem tributária em Portugal

Quando já estava autorizada a implantação da arbitragem tributária em Portugal, em 2010, mas não estava ainda criada por lei, o que ocorreu em 2011, JOSÉ CASALTA NABAIS já alertava para a necessidade de legislação especial para incluir essa ferramenta no sistema jurídico tributário português:

“... se pode invocar ... o facto de o direito fiscal constituir um ramo especial do direito administrativo; ... a introdução da arbitragem tributária no nosso sistema jurídico [de] uma matéria tão importante e manifestamente inovadora ... não pode resultar da disciplina da arbitragem administrativa ... se configura a arbitragem tributária como um direito potestativo dos contribuintes ... o que significa que a Administração Fiscal, em caso de litígio com os contribuintes, por um lado, é forçada a uma jurisdição arbitral e, por outro lado, é-lhe negado o acesso à justiça estadual.”⁸

⁸ NABAIS, José Casalta, 2010, p. 37

A implantação da arbitragem tributária em Portugal se deu pela edição do Decreto-lei 10/2011, de 20 de janeiro, alterado pelas leis ns. 64-B/2011, de 30.12; 20/2012, de 14 de Maio; e 66-B/2012, de 31 de Dezembro

O DL 10/2011 regulou o regime jurídico da arbitragem como uma alternativa de resolução jurisdicional extrajudicial de conflitos fiscais, indicando como objetivos de sua implantação oferecer tutela eficaz de direitos e interesses dos contribuintes -- que têm a exclusividade de requerer a arbitragem para solução de litígio tributário com o fisco; dar maior celeridade à solução dos litígios fiscais, com processos sem maiores formalidades e autonomia de julgamento pelos árbitros; e para reduzir as pendências de processos fiscais no judiciário. Alguma semelhança com o Brasil de hoje é coincidência?...

Seguem as principais disposições do DL 10/2011, informados por ROGÉRIO M. FERNANDES⁹:

“1. São princípios da legislação que introduziu a arbitragem tributária em Portugal o contraditório em relação aos fatos que originaram o litígio e quanto ao direito aplicável em sua solução; a isonomia das partes em todo o procedimento arbitral; a autonomia do tribunal arbitral na condução do procedimento e seu livre convencimento para a prolação da decisão; a oralidade, a cooperação e a boa-fé processual de todos os envolvidos no procedimento; e a publicidade das decisões, sem a identificação das partes.”

2. Os tribunais arbitrais podem ser coletivos, com três árbitros escolhidos, um por cada parte e o presidente pelos árbitros escolhidos pelas partes, ou podem ser designados pela instituição arbitral; ou os procedimentos podem ter árbitro único, escolhido pela instituição arbitral.

2.1 Podem ser árbitros juristas com experiência em matéria tributária e podem também ser economistas ou administradores com experiência nos fatos objeto do litígio;

⁹ FERNANDES, Rogério M., em estudo próprio de 2011

o presidente do tribunal deve ser sempre um jurista com 10 anos ou mais em matéria de litígio.

2.2 Os árbitros têm o dever de imparcialidade, independência e sigilo e estão sujeitos a impedimento por conflito de interesse em relação às partes ou por interesse próprio na solução da questão; e podem ser impugnados se não atenderem a estes requisitos;

2.3 A arbitragem só se inicia quando formado o tribunal arbitral.

3. O procedimento arbitral somente pode ser instaurado a requerimento do contribuinte, deve ser respondido pela administração tributária e se inicia com a formação do tribunal arbitral, que tem o dever de conduzir a arbitragem e promover a primeira reunião com as partes para indicar o procedimento a ser seguido e a fixação de calendário preliminar para apresentação de razões e provas a serem produzidas.

3.1 O pedido de instauração de arbitragem deve ser feito eletronicamente, suspende a execução fiscal e suspende ou interrompe os prazos de decadência e prescrição.

3.2 A administração tributária pode revogar, ratificar, reformar substituir ou manter o ato objeto do litígio, ficando vinculada à decisão arbitral;

4. A decisão dos litígios tributários deve ser de direito, vedado o uso da equidade, e vinculam o contribuinte e a administração tributária, que não pode repetir o ato julgado inválido exceto se por fatos novos.

4.1 A decisão do Tribunal Arbitral deve ser proferida no prazo de até 6 meses do início da arbitragem, prorrogável por até mais 6 meses, justificadamente, e tem o mesmo valor jurídico da sentença judicial e é irrecorrível exceto quando contiver matéria constitucional ou quando contrariar jurisprudência pacificada.

4.2 A decisão arbitral pode ser anulada se não for justificada; for contraditória entre conteúdo das justificativas e os da decisão; for ultra petita ou se omitir em relação a qualquer pedido das partes; violar o contraditório e a igualdade das partes.”

Ainda comentando o DL 10/2011, ROGÉRIO M. FERNANDES indicou a extensão das matérias que podem ser resolvidas pela arbitragem tributária portuguesa:

“O Tribunal Arbitral Fiscal poderá pronunciar-se sobre diversos tipos de pretensões, como a apreciação da declaração de ilegalidade de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e dos pagamentos por conta, assim como a apreciação de ilegalidade de actos de determinação da matéria tributável, actos de determinação da matéria colectável e actos de fixação de valores patrimoniais, entre outros”¹⁰

Comentando a Portaria 112-A/2011, de 22 de março, sobre a vinculação da administração tributária portuguesa á arbitragem tributária, ROGÉRIO M. FERNANDES informou:

“Estabelece ... a Portaria 112-A/2011... que a partir de julho próximo [de 2011] a Direção Geral dos Impostos (DGCI) e a Direção Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC) se encontram vinculadas à jurisdição dos tribunais arbitrais ... em determinadas causas tributárias. Para algumas matérias, a vinculação da administração tributária fica condicionada a anterior ‘recurso à via administrativa’. A vinculação da administração tributária à jurisdição arbitral foi excluída para ‘os litígios de valor superior a 10 milhões de euros ...’”

Comentando o Regulamento das Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, de abril de 2011, e o Regulamento de Seleção de árbitros em matéria tributária, de junho de 2011], ROGÉRIO M. FERNANDES acrescentou:

“Os árbitros deverão ser escolhidos entre ‘pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público’. Poderão ser juristas com pelo menos dez anos de experiência profissional ... [e] ainda ... árbitros licenciados em Economia ou Gestão, embora apenas [em] questões que exijam conhecimentos especializados dessa área não jurídica e não podendo ... exercer as funções de árbitro presidente.”

¹⁰ FERREIRA, Rogerio M. Fernandes, 2011, p. 2

“Para arbitragens com valores iguais ou superiores a 500 mil ou a 1 milhão de euros, o árbitro-presidente ‘deve ter exercido [a] magistratura nos Tribunais tributários ou possuir o grau de mestre ... ou doutor em Direito Fiscal’, respectivamente. Quem pretender fazer parte da lista de árbitros [do CAAD] ... precisa ... candidatar-se, por meio de consulta pública anual, à lista de árbitros ... ordenada segundo um critério de especialidade ...”¹¹

ROGÉRIO M. FERNANDES resumiu ainda a questão dos custos da arbitragem:

“As custas no processo arbitral -- genericamente designadas como taxas de arbitragem -- compreendem a taxa ... pelo ‘impulso processual’ e os encargos do processo arbitral ... (v.g., honorários dos árbitros, despesas ... para produção de prova etc.). ... A taxa de arbitragem é calculada com base em dois critérios fundamentais: o valor da causa e o modo de designação do árbitro ... [Nos] casos de designação de árbitro pelo CAAD [1 ou 3 árbitros], o valor mínimo ascende a 306 euros ... e o valor máximo tabelado é de 4.896,00 euros” [Tabela I, faixas menores de valor da causa];... nos casos [em que] as partes designem os árbitros [sempre três], ... o limite mínimo é de 12.000 euros ... e o limite máximo [é] de 120 mil euros...” [Tabela II, faixas maiores de valor da causa]”¹²

Cabe destacar neste passo aspecto peculiar à arbitragem tributária em Portugal, fator de críticas possivelmente infundadas. Trata-se da designação do CAAD como a instituição arbitral única para processar litígios em matéria tributária no país. Seja porque já estivesse instalada para administrar litígios administrativos de outras naturezas, seja pela menor extensão territorial e menor fluxo de litígios em Portugal, a determinação de uma única instituição arbitral atendeu a necessidade inicial daquele país.

Essa escolha não parece adequado para o Brasil, e daí a crítica que se faz. Aqui, será necessário escolher instituições arbitrais privadas para administrar os procedimentos de arbitragem tributária em todo o território nacional que deverão atender as diferentes unidades federativas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que não caberia a uma única instituição. Temos no país número razoável de instituições arbitrais em localizações geográficas distintas e com larga experiência no trato das arbitragens

¹¹ Fernandes, Rogério M., 2011, p. 6-8.

¹² Fernandes, Rogério M., 2011, p. 9-10.

comerciais. Essas instituições arbitrais poderão ser credenciadas a administrar arbitragens em litígios em matéria tributária e desempenhar, no Brasil, o que o CAAD faz em Portugal.

Registro aqui breves mas importantes anotações de DOMINGOS SOARES FARINHO sobre o modelo institucional do CAAD e a clara separação das funções institucionais das funções arbitrais, o que pode ser adotado pelas instituições arbitrais brasileiras:

“ ... o CAAD é uma associação privada [em] que não se deve confundir o modelo institucional de um centro de arbitragem com a sua estrutura funcional [e] deve ficar claro que uma coisa é o tribunal arbitral, seu objeto, seu regulamento, seus juízes-árbitros e forma de processo, e outra coisa é a instituição que gere e assegura o funcionamento regular do tribunal arbitral;... enquanto estrutura institucional, convoca um conjunto de problemas de governo institucional que devem merecer atenção e tratamento autónomo do conjunto de problemas convocado por sua dimensão funcional, ou seja, pelas questões jurídicas convocadas pela arbitragem; o modelo institucional do CAAD assegura de modo claro a distinção entre os problemas de governo institucional específicos de uma associação que se consubstancia como centro de arbitragem ... e sua conseqüente função arbitral ... ”¹³

Como ilustração do desempenho inicial da arbitragem tributária em Portugal, registro também algumas estatísticas reunidas por SERENA CABRITA NETO e apresentadas em Power Point em congresso arbitral realizado em Recife em 2014:

“Balanço dos dois primeiros anos completos de experiência – Estatísticas Oficiais CAAD:

***Número de Processos:** Processos decididos de Setembro a Dezembro de 2011: 26; Processos decididos em 2012: 150; Processos decididos em 2013: 285*

¹³ FARINHO, Domingos Soares, “Algumas notas sobre o modelo institucional do CAAD”, in “Mais Justiça Administrativa e Fiscal, Arbitragem, organizada por Nuno de Villa-Lobos et al, ed. Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 1ª ed., Novembro 2010, p. 33-34 e p. 44-45

Tipos de Árbitros: Designados pelo CAAD: 1,3%; Designados pelas partes: 98,7%

Tipos de Arbitragem: Singular: 50,5%; Colectiva: 49,5%

Sentido da Decisão: Favorável ao Contribuinte: 59%; Favorável à AT: 41%

Valores totais decididos: 93.901.146,64 de Euros

Tipos de Decisão: Revogação dos actos: 11; Com decisão: os restantes

Prazo médio da Decisão: 4 meses e 22 dias!”¹⁴

Construção legal da arbitragem tributária no Brasil

Esse é o exemplo de como fazer. Será preciso ver se efetivamente queremos... Mudança de cultura e de procedimentos são normalmente difíceis de acontecer sem o trabalho permanente de colocar em prática as novas ideias. Há que haver persistência até que elas se materializem. É o que estamos vendo acontecer no Brasil em relação à proposta de implantação da arbitragem tributária, dificuldade reduzida aqui com o aprendizado que podemos tirar da experiência pioneira de Portugal.

Neste aspecto, a disciplina legal da arbitragem tributária em Portugal pode nos ensinar os princípios que foram adotados lá, a começar pela lei autorizativa do instituto e pelo decreto-lei disciplinando sua implantação, com as portarias detalhando elementos operacionais. Esse conteúdo normativo de Portugal serve como experiência a ser estudada no Brasil. A implantação da arbitragem tributária aqui, no entanto, haverá de estar subordinada ao sistema jurídico brasileiro.

Defendem alguns que a arbitragem tributária deveria ser introduzida em nosso sistema por lei complementar nacional, complementada por leis ordinárias das três esferas de

¹⁴ CABRITA NETO, Serena, “Arbitragem Tributária: a experiência em Portugal”, apresentação em 30 de maio de 2014, no V Encontro Nacional de Mediação e Arbitragem realizado pelo CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem em Recife, PE

governo. Há por outro lado quem defenda que já temos legislação em vigor que, sistemicamente bem interpretada, permitiria que conflitos tributários fossem submetidos à arbitragem sem necessidade de legislação especial. A autorização em lei especial me parece necessária para dar aos agentes das administrações tributárias e aos contribuintes a segurança jurídica necessária para recorrer a esses métodos sem o risco de contestação judicial e de custosa e demorada construção jurisprudencial.

Pela importância das repercussões que a implantação da arbitragem tributária seguramente irá provocar, há de se ter grande cuidado na elaboração da legislação que disciplinará sua implantação. Hoje o Brasil trilha um caminho concreto rumo a essa implantação com o Projeto de Lei 4.257, 6 de agosto de 2019, do senador Antonio Anastasia, que optou fazê-lo por lei ordinária. A tramitação do Projeto de Lei do Senador Anastasia deve ser acompanhada passo a passo até que se obtenha a maior qualidade possível de texto para sua aprovação. Temos no Brasil inteligência jurídica suficiente para contribuir para essa qualidade na legislação especial que o Senador Anastasia propôs. Temos também inteligência política para isso, quero crer. Há ainda trabalho a fazer, portanto, para que a arbitragem tributária se torne realidade no Brasil.

* * *

Volto agora à indagação inicial: *Queremos* a arbitragem tributária no Brasil *e não sabemos como* fazê-la, *ou sabemos, mas não queremos?* É o que veremos...

Convoco a quem possa e queira que participe conosco dessa cruzada.

* * *
