

**Intervenção de Manuel Fernando dos Santos Serra  
Presidente do Conselho Deontológico do CAAD**

**CONFERÊNCIA IDEFF (FDUL)  
O NOVO REGIME DA ARBITRAGEM FISCAL**

**4 DE FEVEREIRO DE 2011**

Permitam-me que comece por expressar os meus agradecimentos aos organizadores desta conferência, Prof. Doutora Ana Paula Dourado e Mestre Nuno Oliveira Garcia, pelo convite que me dirigiram para proferir umas breves palavras sobre a relação entre o poder judicial e a arbitragem.

Antes de fazer uso dos cerca de 15 minutos que me estão destinados, gostaria igualmente de saudar o Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa por se assumir como um agente activo de mudança num país que, por fundadas razões, se inquieta, e que, no meio dessa inquietude, necessita do impulso de uma sociedade civil e de universidades actuantes, para traçar possíveis caminhos de futuro, incluindo o que ora se abre, com a introdução da arbitragem fiscal.

Sem mais, passaria, então, ao tema que me foi reservado.

Por demasiados anos, a resolução de litígios foi, no nosso país, tida como reserva absoluta dos tribunais, e a realização do direito como mister exclusivo do poder judicial.

Os resultados dessa perspectiva estão à vista, e falam-nos com a dureza crua dos números.

Só no domínio do direito fiscal, são cerca de 44 000 os processos que aguardam decisão nos tribunais tributários de 1ª instância, havendo tribunais em que a pendência é hoje de mais de 1000 processos por juiz.

A situação é insustentável, e traduz-se numa descredibilização do sistema tradicional de tribunais do Estado que atinge proporções preocupantes.

O desalento dos portugueses com a ruptura dos tribunais, sobretudo os de primeira instância, é compreensível.

O prazo de resolução processual, de tão dilatado, redundará amiúde num sem-número de injustiças, tanto mais que são muitos os processos parados por tantos

anos que acabam por prescrever, sem que nada seja apurado, sem que ninguém seja condenado ou ressarcido.

Bem ou mal, a sensação que fica é a de que o processo judicial, pela demora patológica a que está condenado, acaba por favorecer quem a Justiça não quer: o prevaricador.

É que, importa não esquecer, há sempre quem beneficie dos atrasos da Justiça, e não esteja de todo interessado em que os processos se decidam rapidamente.

E nessa percepção de que a Justiça é abusada, e se encontra privada de meios cabais de reacção, quem não seja prevaricador perde a motivação para recorrer aos tribunais a fim de ver reposta a legalidade rompida.

Como tive ocasião de constatar nos 12 anos em que presidi ao Supremo Tribunal Administrativo e, por inerência, ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, neste vai-vem de expectativas goradas, os tribunais são transformados em bode expiatório da chamada “crise da justiça”.

E os tribunais tributários, muito em particular, são acusados de contribuírem para situações com vastíssimas consequências sociais negativas, tais como:

- a depauperação do erário público;
- o desincentivo quanto ao investimento, designadamente estrangeiro;
- a destruição da vida dos contribuintes e de muitas pequenas e médias empresas que, obrigadas à prestação de garantia em processos de execução fiscal, ficam financeiramente asfixiadas e, com o arrastamento do processo em tribunal, perdem ingloriamente a luta pela sua sobrevivência.

Mas se, de facto, muito haverá a mudar ainda no funcionamento e na gestão dos nossos tribunais, a bem da libertação dos juízes para o exercício da função que é efectivamente sua, **JULGAR**, e da prolação tempestiva de decisões, é preciso não perder de vista que, durante décadas, os nossos tribunais, com destaque para os tribunais tributários, estiveram arredados das prioridades públicas de investimento.

Com efeito, enquanto presidente do STA, tive ocasião de trazer a público o problema da gritante insuficiência do quadro de juízes e de funcionários dos tribunais tributários.

Parentes pobres do nosso sistema de tribunais, os poucos e insuficientemente dotados tribunais tributários continuavam a laborar numa situação de quase ruptura.

Era como que, perante as exigências duma sociedade crescentemente juridificada, em que literalmente toda a conflitualidade era transferida directamente para o Judiciário, se pudesse responder com os tribunais de sempre.

Não se estranhará que o resultado tenha sido uma situação em que se multiplicam as leis – e as leis fiscais são especialmente volúveis, mas a sua aplicação escasseia.

A situação que, afinal, hoje todos conhecemos.

E com que me deparei com maior acutilância desde 1997, na qualidade de presidente do STA, o que me levou a sucessiva e publicamente alertar para o facto de a Justiça não poder continuar a ser tarefa exclusiva dos tribunais.

Uma das nossas maiores falhas foi, sem dúvida, a de, ao longo de décadas, confundir o sistema judicial com o sistema dos tribunais, a estes se exigindo a primeira e última palavras na resolução de todo e qualquer tipo de pleito.

O desafio que enfrentamos agora é o de estender o sistema de justiça para além do tradicional sistema de tribunais do Estado, e de o fazer articuladamente, para que as diferentes vias de acesso à Justiça, que ora se abrem, não se atropelem ou afrontem, mas antes se diferenciem e complementem, na prestação de um melhor serviço de Justiça.

Os críticos da abertura à arbitragem têm dito que a arbitragem fiscal não resolve os problemas da Justiça Tributária.

E nessa evidência, artificialmente erguida a crítica, têm plena razão.

A arbitragem não é, nem alguma vez pretendeu ser, panaceia para as obstruções à Justiça.

De resto, eu sempre disse, e continuo a dizer, que caminharemos sobre pés de barro enquanto entendamos que a realização da Justiça e do Estado de Direito é função exclusiva dos tribunais – tradicionais *ou arbitrais*.

Para reabilitar a Justiça em Portugal, é preciso começar a montante dos tribunais do Estado: isto é, é preciso urgentemente apostar em mecanismos de prevenção de litígios, para que menos deles haja a entregar à resolução jurisdicional ou para-jurisdicional.

Falando claro, é à própria Administração Fiscal que compete aplicar e executar irrepreensivelmente o ordenamento jurídico em primeira linha.

O bom funcionamento da nossa Justiça Fiscal depende, assim, da aposta que venha a ser feita na maior qualidade dos serviços do Fisco, aumentando o esforço de fundamentação dos seus actos e alimentando uma relação de boa-fé com os contribuintes, que venha, com o tempo, pôr cobro ao actual ciclo vicioso da imposição e da fuga.

Desta relação de maior confiança entre Fisco e contribuinte depende, de resto, a concretização da possibilidade de muitos litígios fiscais encontrarem resolução por recurso a uma ampla colaboração com os contribuintes, muitas vezes plasmada em acordos e contratos, que, além de promoverem a participação dos contribuintes nas decisões da administração, proporcionam soluções mais céleres e com menores custos para ambas as partes, ao mesmo tempo que obstam ao recurso sucessivo aos tribunais.

Entendo, de resto, que os meios alternativos de resolução de conflitos, sobretudo os que visam a aproximação de posições entre contribuintes e Fisco, deveriam começar a actuar muito cedo, logo na fase graciosa, para assim se aumentar as faculdades preventivas ou profiláticas do nosso sistema de justiça tributária.

É que, ainda mais importante do que a capacidade de resposta do sistema de justiça tributária ao conflito instalado, é a sua capacidade de prevenção, até porque entre os conflitos fiscais muitos há que são apenas potenciais, e muito possivelmente resolúveis, a contento das partes, fora dos tribunais.

Mas onde o litígio fiscal se haja, de facto, instalado, a possibilidade de recurso à arbitragem, num conjunto de matérias criteriosamente delimitadas, pode – creio eu – trazer notórios benefícios, desde que a arbitragem fiscal funcione sob forte controlo público: isto é, ainda sob a *longa manus* do poder judicial.

Ouso mesmo dizer que é preferível ao juiz togado não deter o monopólio absoluto do acto de julgar, a tê-lo para prestar um serviço jurisdicional ineficiente e, principalmente, extemporâneo.

Os juízes são afinal os mais atingidos quando a Justiça se transforma numa sombra de si mesma, pela incapacidade do legislador em efectuar uma clara divisão de trabalho, que separe as matérias fundamentais, em que aos tribunais terá sempre de caber a primeira palavra, daquelas em que eles devem ser apenas auscultados, e de forma muito selectiva, em sede de recurso de uma decisão arbitral contestada.

Assim, é de todo inconcebível pensar a implementação e o desenvolvimento da arbitragem sem a cooperação estreita do poder judiciário, e, ainda mais assim é, quando falamos da arbitragem tributária, dados os fins e os interesses públicos envolvidos.

É que nos processos tributários não temos apenas uma oposição de interesses entre dois particulares, mas antes uma situação em que todos os contribuintes – todos nós – somos afinal contra-interessados.

Daí a enorme importância do protocolo celebrado entre o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, órgão superior de gestão da respectiva

jurisdição, e o Centro de Arbitragem Administrativa, cujo Conselho Deontológico tem como presidente um juiz conselheiro designado por aquele Conselho Superior, de entre juízes jubilados dos tribunais superiores da jurisdição administrativa e fiscal.

Tendo em conta a função para-jurisdicional a desempenhar pelos tribunais arbitrais, e considerando os interesses objecto dos litígios em matéria tributária, esta parceria, entre o CSTAF e o CAAD, mostra-se indispensável à instauração de um clima generalizado de confiança dos contribuintes na idoneidade do novo regime de arbitragem tributária e – muito em particular – no centro de arbitragem institucionalizada que a acolhe e no conjunto de árbitros que a irão pôr em prática.

É que, sendo absolutamente indispensável salvaguardar o respeito pelos princípios da legalidade e da igualdade entre os contribuintes, torna-se igualmente necessário acautelar, no âmbito do CAAD, o interesse público, que aqui se desdobra em várias vertentes, a saber:

- no acesso generalizado à arbitragem pelos contribuintes, mesmo os de menores posses;
- na tomada de decisões arbitrais de acordo com o direito constituído, sem quaisquer concessões a negócios ou pressões escusas;
- na fundamentação expressa dessas decisões e na sua publicidade, condição essencial à sua transparência e à sua exposição ao crivo crítico da comunidade, jurídica e outra .

Tudo isto são pré-condições para o estabelecimento, em bases sólidas, de uma forma célere e especializada, menos onerosa e mais informal, mas igualmente fiável, de composição de litígios tributários, naquelas áreas em que não seja necessária a intervenção de um juiz, ou onde seja benéfica a intervenção de um perito, de um sub-ramo do direito ou mesmo que não do direito.

Fiabilidade que, na arbitragem, passa, tem de passar, pela garantia da isenção, independência, imparcialidade e competência dos árbitros, quer através da aplicação de rigorosos critérios de recrutamento, quer através da instituição de um exigente regime de impedimentos, suspeições, escusas, afastamento, substituição e responsabilidade, que ao Conselho Deontológico do CAAD caberá, com total equidistância, aplicar.

Tudo isto existe já no novo regime de arbitragem fiscal, e tudo isto é indispensável para que os tribunais tributários do Estado encontrem nos tribunais arbitrais fiscais parceiros condignos na consecução de um objectivo que lhes é comum: realizar uma Justiça tempestiva, que só assim é realmente Justiça.