

É possível limitar o direito ao recurso na arbitragem tributária?

Irrecorribilidade, por via de regra, das decisões arbitrais não é inconstitucional

FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS

15/04/2020 13:26



Crédito: Pixabay

1. Palavras iniciais

Considerando que na ordem jurídica brasileira se encontra a tramitar uma iniciativa legislativa que visa a previsão da arbitragem tributária, este é o momento adequado

para escrever algumas palavras sobre a questão que a doutrina portuguesa designou como o “pecado original” do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem Tributária – RJAT), a limitação do direito ao recurso das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais, constituídos sob a égide do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Ou, dito de outro modo: viola o regime jurídico de recursos das decisões arbitrais o princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva?

2. O direito ao recurso no RJAT

Regra geral, as decisões dos tribunais arbitrais são irrecorríveis, embora essa solução se encontre temperada por hipóteses excecionais de controlo pelos seguintes tribunais: i) Tribunal Central Administrativo Sul; ii) Tribunal Constitucional e iii) Supremo Tribunal Administrativo.



Contudo tal opção legislativa não se revelou, *ab initio*, pacífica, pois a doutrina logo assinalou que o regime de recurso e impugnação das decisões arbitrais colocava sérias dúvidas de constitucionalidade^[i] – violação do direito à tutela jurisdicional efetiva, na medida em que seriam substancialmente menores as possibilidades de controlo das decisões arbitrais em comparação com o regime da impugnação judicial, meio processual que inspirou o legislador no desenho do processo arbitral tributário – artigo 124.º, n.º 2 da Lei n.º 3-B/2010 de 28 de abril.

Antes de se adotar uma posição relativamente à questão, importa descrever, de forma sumária, o sistema de controlo das decisões arbitrais.

Assim, apesar da aludida regra geral, o sujeito passivo não fica absolutamente impedido de reagir às decisões arbitrais, pois o RJAT admite a reação para o Tribunal Central Administrativo Sul – tribunal de segunda instância e, em segundo lugar, para o Tribunal Constitucional e para o Supremo Tribunal Administrativo.

Na primeira hipótese, a formulação normativa designa a reação como “impugnação”, na medida em que se pretende colocar em crise a coerência formal e estrutural da decisão arbitral, utilizando os seguintes fundamentos: i) não especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; ii) oposição dos fundamentos com a decisão; iii) pronúncia indevida ou omissão de pronúncia e iv) violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes – artigo 28.º do RJAT.

Na segunda, a pretensão reconduz-se à reapreciação do mérito da decisão arbitral, sendo designada de “recurso”. O recurso para o Tribunal Constitucional pode ter por fonte a recusa de aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade e, em segundo lugar, quando o tribunal arbitral aplicar qualquer norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo. Pelo contrário, o recurso para o Supremo Tribunal Administrativo da decisão que encerre o processo arbitral pode ter por fundamento a oposição quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo (Norte e Sul) ou pelo Supremo Tribunal Administrativo – art. 25.º do RJAT.

Sucedo que, a aplicação do RJAT demonstrou que o recurso para o Supremo Tribunal Administrativo podia ser inócuo, pois quando a lei fiscal substantiva foi alterada, o prazo de decisão dos tribunais tributários de primeira instância cifrou-se em quatro anos. Ou seja, a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a aplicação da referida alteração normativa apenas seria produzida cinco a seis anos após a sua entrada em vigor quando, recorde-se, as decisões arbitrais têm de ser proferidas no prazo de seis meses, embora com a possibilidade de prorrogação até ao máximo de um ano. Em suma, este recurso podia consubstanciar uma mera proclamação solene, bastava, repete-se, que a génese do litígio se encontrasse na aplicação de uma nova norma tributária.

Deste modo o legislador, através da Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro alterou o teor do artigo 25.º, n.º 2 do RJAT e ampliou os fundamentos para apresentação de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo, pois desde 1 de outubro de 2019 é admissível recorrer para tal instância jurisdicional da decisão arbitral que ponha termo ao

processo, quando esteja em oposição relativamente à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral.

A nosso ver, se é de enaltecer tal alteração legislativa, pois permite a desejável uniformização jurisprudencial entre a produzida pelos tribunais estaduais e os arbitrais e o reforço do acesso à Justiça, por outro lado, para assegurar a principal vantagem da arbitragem tributária^[ii] – tutela jurisdicional efetiva, na dimensão de emissão de uma sentença em prazo razoável – defendemos que deveria ter sido atribuída natureza urgente ao recurso apresentado com este fundamento. Embora, diga-se, em abono da verdade que, mesmo antes da alteração normativa em análise, já era frequente verificar a citação de jurisprudência estadual por parte dos tribunais arbitrais e jurisprudência arbitral pelos tribunais estaduais. Ou seja, de algum modo, essa convergência decisória já se verificava na maioria das questões de mérito apreciadas pelos tribunais arbitrais.

Mas é agora tempo de responder à questão que formulamos. Assim, a irrecorribilidade, por via de regra, das decisões arbitrais não é inconstitucional, pois a utilização da arbitragem tributária envolve uma renúncia, ainda que limitada, ao direito à tutela jurisdicional efetiva, quando o legislador o consagra, como é disso exemplo, o artigo 25.º do RJAT. Isto é, a renúncia a direitos fundamentais só é admissível quando o legislador o admita e para o concatenar com outro direito com a mesma dignidade. Ora, na arbitragem tributária é admissível limitar, em parte, o direito à tutela jurisdicional efetiva, na dimensão do direito ao recurso, para assegurar outra dimensão do mesmo direito, v.g. a obtenção de uma decisão jurisdicional em prazo razoável^[iii].

A posição que se defende no parágrafo anterior foi sufragada pelo Supremo Tribunal Administrativo no processo n.º 0164/18.7BALSBS quando defende que: “*[o]utro dos traços marcantes da arbitragem tributária é o de que envolve uma renúncia, ainda que limitada, ao direito à tutela jurisdicional, renúncia essa em tese admissível, quando o legislador a consagre, como sucede no regime jurídico previsto no RJAT (Vide Francisco Nicolau Domingos, Os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos Tributários, ed. Núria Fabris, págs. 474/478). Note-se que o tribunal arbitral é uma opção do contribuinte.*”^[iv].

3. Palavras finais

A limitação das possibilidades de recurso das decisões arbitrais não viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que é uma opção inequívoca do legislador dar

concretização prática ao princípio em estudo, na sua dimensão de prolação de uma decisão jurisdicional em prazo razoável.

[i] SOUSA, Jorge Lopes de. Algumas notas sobre o regime de arbitragem tributária, Estudos em memória do Professor SALDANHA SANCHES. Volume V. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

[ii] DOMINGOS, Francisco Nicolau. A superação do dogma da incompatibilidade da arbitragem tributária com os princípios da legalidade, tutela jurisdicional efetiva e indisponibilidade do crédito tributário. Economic Analysis Law Review. vol. 9, n.º 1, 2018, pp. 335-346.

[iii] DOMINGOS, Francisco Nicolau. Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários: novas tendências dogmáticas. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

[iv] Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3a440761d7e89c5780258359004e9cd4?OpenDocument&ExpandSection=1> . Acesso em 02/04/2020.

FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS – Professor Adjunto do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL), Instituto Politécnico de Lisboa. Investigador integrado do Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Árbitro em matéria tributária junto do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.