

Deontologia e ética arbitral tributária

Manuel Fernando dos Santos Serra¹

(Presidente do Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa)

Antes do mais, uma rápida saudação a todos os presentes e um agradecimento por se associarem a nós, esta tarde, para assinalar a consagração legal da possibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de litígios emergentes das relações jurídicas de natureza tributária.

A arbitragem constitui uma forma para-jurisdicional de resolução de conflitos, muito próxima portanto da via jurisdicional propriamente dita.

Esta proximidade traduz-se no facto de o árbitro ser um juiz e a sua decisão uma sentença, que faz caso julgado e que fica em condições de ser objecto de execução judicial.

Por essa razão, abrir portas à arbitragem nas relações jurídicas tributárias representa, para o Estado, uma importante delegação de autoridade.

Mais concretamente, da autoridade para compor litígios de natureza tributária, até aqui reservada aos tribunais administrativos e fiscais, e doravante parcialmente colocada à guarda de tribunais de natureza arbitral.

Seria perigoso porém assinalar, como hoje aqui fazemos, o momento histórico da introdução da arbitragem no âmbito do direito fiscal, sem que se tome a oportunidade para reflectir sobre a complexidade dessa expansão, tendo em conta a função jurisdicional a desempenhar pelos tribunais arbitrais e os interesses objecto dos litígios que neles, a partir de agora, darão entrada.

¹ Intervenção do Presidente do Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, Conselheiro Manuel Fernando dos Santos Serra, na sessão de apresentação do novo regime de arbitragem fiscal. Lisboa, 14 de Dezembro de 2010

Complexidade que importa não tanto temer quanto enfrentar com coragem – e, claro está, porque a coragem, nestas questões, por si mesma, não basta, com uma engenharia institucional apta – aquela mesma que o Centro de Arbitragem Administrativa tem procurado alcançar, no seu ainda curto tempo de vida.

Assim, e logo à partida, é preciso que o regime de arbitragem tributária ora constituído consiga afastar receios de que, por via da arbitragem, as partes consigam contornar as imposições legais que sobre si recaem, e que façam letra morta dos princípios da legalidade e da igualdade entre contribuintes em matéria tributária, com a capacidade negocial diferenciada das partes a sobrepor-se ao princípio da tributação de acordo com a sua real capacidade contributiva.

Princípio que, sublinhe-se, é de importância vital para a legitimidade do nosso sistema fiscal, e, como tal, também para a aceitação, pelo contribuinte, do seu dever solidário de pagar impostos.

O afastamento de um tal receio depende, em última instância, da qualidade das sentenças arbitrais que venham a ser emitidas pelos tribunais arbitrais fiscais em funcionamento sob os auspícios do CAAD, e que têm de ser, pelo menos, tão rigorosas quanto as normalmente prolatadas pelos tribunais judiciais.

O que neste contexto significa, muito em concreto, que as decisões arbitrais devem ser expressa e claramente fundamentadas, bem como dar provas inequívocas de uma aplicação correcta, objectiva e igualitária das leis tributárias, sem concessões a influências indevidas ou a arranjos oportunistas.

Decisões tomadas pelo direito constituído estrito, e que, apesar de decorrerem de um processo menos formal e mais célere do que o seguido nos tribunais do Estado, têm de se mostrar igualmente fiáveis.

Uma fiabilidade que deverá ser, de resto, submetida ao controlo da comunidade fiscal alargada, nela incluídos os contribuintes, sendo este controlo possibilitado pela publicidade – isto é, pela publicação célere e de fácil acesso *online* das decisões arbitrais.

Noutras palavras, a sentença arbitral tem de ser pública, clara e persuasiva, mostrando-se inequivocamente apta a salvaguardar os direitos e interesses das partes, sejam eles os direitos ou interesses privados injustamente lesados pela máquina fiscal, seja ele o interesse público, que à administração tributária compete

primeiramente prosseguir, dentro e fora do processo arbitral, mas que o próprio tribunal arbitral não pode deixar de ter em linha de conta, quando nele todos os contribuintes são afinal contra-interessados.

Em boa verdade, sendo a arbitragem fiscal uma arbitragem necessariamente qualificada pela especificidade da matéria envolvida, dela se exige um arraigado sentido de interesse público, que começa logo na garantia de democraticidade no acesso à justiça arbitral.

Esta não pode ser a justiça de uma minoria privilegiada, que, em função da sua condição económica favorável, pode beneficiar de uma justiça célere e especializada.

Pelo contrário, e como a experiência do CAAD o demonstra já no domínio do direito da função pública, a justiça arbitral fiscal pode, *e deve*, ser uma justiça para todos, uma justiça verdadeiramente democratizada, de que nenhum contribuinte se veja afastado por insuficiência de recursos.

Mas se a experiência do CAAD demonstra que o interesse público, começando pelo maior acesso à justiça, pode ser garantido na jurisdição arbitral, esta tem igualmente de dar provas de neutralidade em relação às partes, pública e privada, em contenda.

Não esqueçamos, a este título, que se é certo que, ao admitir a expansão da arbitragem tributária, o Estado delega parte da sua autoridade jurisdicional, por outro lado, através dessa mesma delegação, a administração fiscal adquire um poder significativo, que anteriormente não detinha e a saber:

O poder de escolher, ou, pelo menos, de participar na escolha de quem emitirá um juízo jurisdicional sobre a legalidade da sua actuação.

Daqui se retira que a legitimidade da arbitragem tributária depende também da independência do tribunal arbitral, mormente em relação ao próprio Estado, e das condições da sua efectivação institucional.

Por isso mesmo se justifica a entrega da arbitragem fiscal, não a tribunais arbitrais *ad hoc*, mas ao CAAD, um centro de arbitragem institucionalizado, com um procedimento concreto, previamente regulamentado, e insusceptível de manipulação pelas partes, que actua em articulação com (e sob a supervisão do) Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Por via desta parceria com o órgão de salvaguarda da independência dos juízes administrativos e fiscais, o CAAD constituiu um órgão homólogo, indispensável à tutela da confiança dos contribuintes na idoneidade, imparcialidade e transparência do Centro, dos tribunais arbitrais e dos próprios árbitros actuando sob o seu auspício.

Falo-vos, claro está, do Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, um órgão independente, cujo presidente é designado pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, de entre juízes jubilados dos tribunais superiores da jurisdição.

Porque o Centro de Arbitragem Administrativa resulta de uma parceria público-privada, o Estado desempenha nele um papel duplo: de parte institucionalmente interessada e de potencial parte de um tribunal arbitral.

Esta simultaneidade de papéis poderia levantar suspeições de falta de transparência.

Mas quaisquer razões para suspeita ficam arredadas face aos poderes e às funções atribuídas ao Conselho Deontológico do Centro.

Poderes e funções na mira da figura do árbitro, a peça fundamental da justiça arbitral.

É que na arbitragem, e por maioria de razões na arbitragem fiscal, tendo em conta a delicadeza dos interesses em jogo e os difíceis equilíbrios que há a manter, assume particular relevo o papel dos árbitros, sendo, por conseguinte, imperioso que haja no CAAD um órgão supra-partes, responsável pela tutela da idoneidade, competência, neutralidade, independência e isenção destes juízes-árbitros.

Condições sem as quais se encontraria perfeitamente justificada uma menor confiança, ou mesmo, uma prevenida desconfiança, relativamente aos tribunais arbitrais.

O Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa é o órgão ao qual cumpre responder pela salvaguarda dessas condições de neutralidade e transparência, incumbindo-lhe, para tal, pronunciar-se

sobre a lista de árbitros do Centro, escolher árbitros da lista quando as partes não os designem, bem como desenvolver, aprovar e assegurar a aplicação de um Código Deontológico, que estabeleça expressamente os parâmetros de conduta dos árbitros administrativos e fiscais.

Esse Código já existe, e foi há exactamente nove dias atrás publicado pela Coimbra Editora, na obra colectiva, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal* – uma obra de reflexão teórico-prática sobre a extensão da arbitragem ao campo do direito público, que discorre sobre a experiência recente do Centro de Arbitragem Administrativa no que respeita às dificuldades e às virtualidades inerentes a essa mesma expansão.

Conjuntamente com as normas deontológicas integradas no diploma de autorização da arbitragem tributária, esse Código estabelece o enquadramento ético da actuação dos árbitros em exercício de funções nos tribunais do Centro.

O conjunto de normas deontológicas que nele vemos codificadas oferece, assim, ao público em geral, e, muito em particular, aos futuros utentes do Centro, uma declaração claríssima das finalidades, ideais e valores que devem informar a actuação de um juiz-árbitro.

Além disso, pela definição de um regime muito exigente de impedimentos e de boas práticas arbitrais, o Código coloca nas mãos dos utentes do Centro instrumentos preciosos de controlo do desempenho dos árbitros, um controlo que tem no Conselho Deontológico o seu garante, já que ao Conselho compete promover boas práticas arbitrais, se necessário, pelo afastamento ou pela responsabilização, penal ou civil, dos árbitros prevaricadores.

A codificação de deveres deontológicos, e a criação de um órgão independente, responsável pela sua tutela, serve assim vários fins públicos beneméritos, que importa aqui destacar.

Desde logo, temos

- 1) A promoção de uma maior consistência de conduta entre os membros da função arbitral;
A que acresce,

- 2) O fornecimento de guias de acção seguros aos próprios árbitros, que poderão vir a ajudá-los no inevitável confronto com situações problemáticas concretas, em que diferentes deveres deontológicos podem mesmo entrar em conflito entre si;
O Código permite ainda
- 3) O desenvolvimento, pelos utentes do Centro, de expectativas razoáveis e, mais do que isso, fiáveis quanto ao que podem esperar das práticas arbitrais;
Tudo culminando
- 4) Na segurança decorrente da “justiciabilidade” das regras éticas que enformam tais práticas junto do Conselho Deontológico do Centro.

Nos termos do Código Deontológico, dos árbitros em funções no CAAD é esperada:

- 1) *Imparcialidade* relativamente às partes;
- 2) *Neutralidade* face ao conflito de interesses;
- 3) *Idoneidade* moral e sentido de interesse público;
- 4) *Capacidade* para valorar, técnica e juridicamente, a questão controvertida;
- 5) *Competência* para chegar a uma decisão de qualidade, naquele prazo relativamente curto que lhes é imposto pelas regras do processo arbitral, mas também, e sobretudo, pelas legítimas expectativas das partes, que optam pela via arbitral na esperança de beneficiar de uma justiça fiscal mais célere.

Parece pouco, quando posto assim, em meia dúzia de palavras, mas não é.

E tanto mais assim não é quanto estes “deveres” gerais cumulam com exigências especificamente talhadas para os árbitros fiscais, entre as quais sublinharia:

- 1) A nível das *qualificações*, os dez anos de comprovada experiência na área do direito tributário;
- 2) A nível dos *deveres profissionais*, o dever de sigilo fiscal;
- 3) A nível dos *impedimentos*, os previstos no Código do Procedimento Administrativo e no Código de Processo Civil, a que acresce a exigência de que o árbitro não tenha estado, nos últimos dois anos, directa ou indirectamente, ao serviço de qualquer uma das partes envolvidas no processo.

Sendo ainda de realçar que o Conselho Deontológico pode exonerar os árbitros que falhem o cumprimento destes requisitos, bem como responsabilizá-los, penal ou civilmente, por actos e omissões praticados no exercício das suas funções e pelo incumprimento das suas obrigações, designadamente no que respeita aos prazos para prolação da decisão arbitral e à sua anulação por erro grosseiro.

As preocupações com a garantia de independência e isenção dos árbitros fiscais assumem destacada consideração neste diploma, e conduziram à criação daquilo que configura um apertado regime de obrigações e impedimentos, cuja aplicação escrupulosa é legalmente confiada ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa.

Porque tem plena consciência da importância do seu labor de garante ético, o Conselho Deontológico tudo fará para que a ética arbitral seja menos código do que realidade inscrita no carácter e nas práticas rotineiras dos árbitros que venham a integrar os seus tribunais.

Disso depende, aliás, o futuro, que se quer risonho, da arbitragem nas relações jurídicas de direito público.

E, para fazer esse voto de confiança no futuro da arbitragem administrativa e fiscal, melhor dia não haverá do que aquele em que se assinala exactamente um ano sobre a assinatura do protocolo entre o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Centro de Arbitragem Administrativa.

Instituições pai e mãe daquele órgão que responde pela robustez da ética arbitral administrativa e fiscal:

- 1) Perante as entidades que formam o CAAD;
- 2) Perante as partes no processo; e
- 3) Perante a sociedade civil portuguesa em geral, que quer encontrar na arbitragem um exemplo de democraticidade e de bom funcionamento da Justiça.