

## **A arbitragem em Direito Tributário: perspectivas no Direito Brasileiro\***

*João Dácio Rolim\**

Atualmente nós temos um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, tratando especificamente da arbitragem tributária. A expectativa é que o assunto seja retomado com mais força em 2011 e talvez aprovado já no próximo ano, em função da sua conveniência e da relativa maturidade da lei de arbitragem privada já declarada definitivamente constitucional pelo STF. Se a adoção da arbitragem privada se justificou política, jurídica e socialmente, talvez com mais razão na área tributária, cujos litígios tendem a ser mais numerosos e de duração e resultado incertos. Por exemplo, de uma pesquisa pública da FGV realizada em fevereiro 2010, 95% dos entrevistados reclamaram da lentidão da Justiça, sobre a demora em geral da apreciação jurisdicional. Esta demora também foi refletida na decisão sobre a própria constitucionalidade da lei de arbitragem privada que foi uma apreciação direta no STF, demorando-se praticamente sete anos para declarar a constitucionalidade da lei. Mas é lógico que os casos normais tributários demoram muito mais, porque em matéria tributária por exemplo há a instância administrativa, em que se podem levar cinco anos para encerrar uma causa, e no judiciário talvez mais quinze anos pela complexidade das matérias e quantidade de recursos. Então, uma causa ou um litígio tributário pode demorar vinte anos no Brasil. Realmente, é uma denegação de Justiça a demora em demasia na apreciação jurisdicional, conforme precedentes judiciais de jurisdições internacionais como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como uma afronta à própria Constituição Federal de 1988 (EC 45/2004, art 5 inciso LXXVIII), no que toca a razoabilidade da duração do processo e sua celeridade).

Do ponto de vista sociológico que se entrelaça com alguns argumentos jurídicos a arbitragem em matéria tributária pode se justificar pelo próprio tripé da arbitragem em geral, ou seja, por sua celeridade, especialidade de conhecimento e confiança. Se um destes elementos faltar a própria justificativa da arbitragem em matéria tributária não se sustentaria. Evidente que temos excelentes juízes no Brasil, mas quando a especialização pelo assunto específico pode tornar o litígio mais célere e bem fundamentado, não se pode ignorar os benefícios da arbitragem.

Do ponto de vista mais estritamente jurídico, a decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem privada apreciou, fundamentalmente, duas questões, que podem favorecer a arbitragem tributária. A primeira foi a da universalidade da jurisdição, ou da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual. Então se analisou se era constitucional uma lei de arbitragem permitir, através de convenção entre as partes, que o litígio não fosse

---

\* *Transcrição da exposição no seminário comemorativo dos 10 anos da Câmara de Arbitragem da Eurocâmaras.*

\* *LLM International Taxation pela London School of Economics and Political Science (LSE) – Doutor em Direito Tributário pela UFMG (Brasil) – Prof. de Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas – Pesquisador na Queen Mary University of London – Advogado no Brasil e em Portugal, e representante no Brasil da AIBAT (Associação Ibero Americana de Arbitragem Tributária).*

levado ao judiciário após a decisão arbitral. Então o STF debateu muito essa questão e entendeu que o que proíbe aquele dispositivo constitucional é uma lei que forçasse a arbitragem. A segunda questão fundamental que foi discutida foi a natureza da lei de arbitragem que se restringia a direitos disponíveis. Assim entrou-se indireta e também, paralelamente, na discussão do conceito de direitos disponíveis e indisponíveis.

Por parte do Fisco, dos representantes da receita pública (federal, estadual ou municipal), colocar-se-ia a discussão da indisponibilidade do crédito tributário. Mas é perfeitamente razoável se entender que essa indisponibilidade do crédito tributário, no fundo, é um direito do jurisdicionado. O cidadão, o contribuinte, é que tem o direito de exigir da autoridade administrativa que ela faça o lançamento do tributo de acordo com a lei. Então a autoridade tem o dever e o contribuinte tem o direito de que o tributo seja lançado da forma prevista em lei. Em geral direitos patrimoniais são considerados disponíveis, desde que não afetem outros direitos indisponíveis como o direito à vida. Se o direito constitucional à observância do devido processo legal para a cobrança do tributo pode ser considerado disponível, a arbitragem prevista como faculdade em lei específica faria parte deste conceito constitucional do devido processo legal.

E a questão da possibilidade da arbitragem em matéria tributária também se pode colocar sobre a óptica de que numa arbitragem não se dispõe do crédito. O que se faz é eleger um ou mais árbitros para que se interprete e se aplique a lei. Então não há um acordo de vontades entre Fisco e contribuintes determinando o montante do tributo devido ou dizendo que nesse caso a lei não se aplica ou nesse caso a interpretação é num sentido ou noutro. Não. Acorda-se sim que terceiros (árbitros especializados e legalmente habilitados) irão aplicar a lei no caso concreto. É lógico que cabem exceções a serem previstas na própria lei de arbitragem, como por exemplo em se tratando de analisar a constitucionalidade de lei a competência continuaria a ser privativa do Poder Judiciário.

Muitos países já adotaram a arbitragem em matéria tributária, tal como recentemente Portugal, através do Decreto-lei no 10/2011 de 20 de janeiro de 2011, originário da proposta de lei OE2010 aprovada pela Assembleia da República. Dos seus 30 artigos, podem-se ressaltar pelo interesse da prática da arbitragem no Brasil, dentre outros os que tratam da anulação da decisão arbitral (similar ao da arbitragem privada), a sua celeridade (decisão em seis meses prorrogáveis justificadamente por mais seis meses), e recurso direto ao Tribunal Constitucional quando a decisão arbitral declara a inconstitucionalidade de lei ou aplicar lei cuja constitucionalidade tenha sido suscitada. Embora consagre a irrecorribilidade da decisão arbitral em geral, em outro caso excepcional admite o recurso para o Supremo Tribunal Administrativo (instância máxima em matéria tributária, exceto em matéria constitucional) quando contraria a sua jurisprudência relativa à mesma questão fundamental de direito. Assim, podendo ser uma fonte de inspiração ao legislador brasileiro pela similaridade de ordenamentos jurídicos, a lei portuguesa tenta consagrar em matéria pública tributária as vantagens da arbitragem em sintonia com outros princípios constitucionais como o da igualdade e o direito de acesso ao Judiciário.