



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**Uma jurisdição fiscal eficiente: a mitigação dos custos de transação
através da arbitragem**

Mestrado em Ciências Jurídicas
Especialidade de Direito Fiscal

André Garcia Barbosa

Orientador: Professor Doutor Carlos Manuel Baptista Lobo

Lisboa – Portugal

Fevereiro 2024



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**Uma jurisdição fiscal eficiente: a mitigação dos custos de transação através
da arbitragem**

André Garcia Barbosa

Orientador: Professor Doutor Carlos Manuel Baptista Lobo

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL como parte da exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, perfil Ciências Jurídicas, especialidade de Direito Fiscal.

Lisboa – Portugal

Fevereiro 2024

“But I still haven’t found what I’m looking for (...)” U2

AGRADECIMENTOS

Afortunado quem está envolto de pessoas e instituições garantidoras do esteio necessário para te permitir ir mais longe. Neste crescimento pessoal, em belas terras lusitanas, materializado no presente texto científico, é chegada a hora de manifestar a minha mais profunda gratidão para com elas.

A todo instante, eu agradeço à minha esposa Débora, *o meu riso é tão feliz contigo*, e aos meus filhos Thomas e Julian. Meus amores! Juntos somos a melhor *equipa!*

Ao meu “menino danado” e à minha mãe por depositarem em mim e nos meus irmãos todo o amor possível e suportarem as renúncias que dele advém; enaltecendo a importância dos estudos e a não procrastinar. Ainda hoje, Monlevade tem o porto mais seguro.

Gegel e Bubu, meus irmãos, meus melhores amigos. Obrigado por sermos, a todo tempo, mosqueteiros: “*un pour tous et tous pour un!*”

Caro Professor Doutor Carlos Lobo, muito agradecido pela disponibilidade em me orientar no estudo do tema escolhido.

À grande família portuguesa cuja saudade e o carinho são enormes. Nícolas, Aline e “minhas noras” atam um sólido laço fraternal. Vovô Rubens, vovó Virgínia e tios que nos acolheram e despejaram amor. Noriega e Saboia são sobrenomes apropriados pelo coração.

Para o meu amigo Siegel, em que a distância é proporcional ao apreço e admiração.

Àqueles que sempre fazem sombra por onde eu passo: meus padrinhos (*in memoriam*)

Por derradeiro, à minha casa Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), valorizando a qualificação dos seus membros.

RESUMO

Portugal tem uma grande peculiaridade em termos de jurisdição fiscal. Quer dizer, diferentemente de muitos ordenamentos jurídicos ocidentais, há previsão de que determinadas contendas fiscais possam ser dirimidas pela arbitragem “privada”. Um centro sem vinculação formal à estrutura do Poder Judiciário. Aspecto cujo nascedouro, ao término da primeira década deste milênio, foi o descontentamento social em torno da eficiência na atuação jurisdicional do Estado. Um adjetivo com elevada carga axiológica, demandando a definição de balizas na concretização. Para melhor compreender este fenômeno, o presente trabalho, em um primeiro momento, pretende trazer à reflexão a ideia de eficiência nas perspectivas filosófica, econômica e jurídica; concluindo que este atributo tem forte referência na economia quando analisado na vertente processual. Dito isso, partindo da premissa de que o sujeito passivo da obrigação e a Administração tributária têm como propósito a Justiça Fiscal, é trazido a lume a contribuição dos estudos sobre custos de transação. A circunstância em que o contribuinte e o Estado fazendário (fiscal), enquanto *homos economicus*, renunciam o Estado-Juiz e constroem entre si a justa alocação no liame entre propriedade privada e esta receita pública derivada. Com efeito, as partes vislumbram outras modalidades de resolução de controvérsias para minimizar as variáveis aptas a onerar a busca pela pacificação fiscal. Seja pela autocomposição aplicada por meio da transação consoante modelo vigente no Brasil, seja pela heterocomposição viabilizada pela arbitragem no Estado português, conforme relato pretérito. Neste último caso, atento à realidade e valendo-se de dados estatísticos recentes, busca-se mensurar o quão a arbitragem fiscal é capaz de mitigar os custos de transação perante os tribunais da jurisdição fiscal. Parâmetros como a duração, o custo financeiro e a efetividade (ou índice de conformidade da decisão); mostram que não há unanimidade para qualquer das duas alternativas.

Palavras-chave: Eficiência; Jurisdição fiscal; Custos de transação; Arbitragem.

ABSTRACT

Portugal has a great singularity about tax jurisdiction. It means, differently from many others western legal systems, the possibility of some tax disputes being settled by “private” arbitration. A center with no formal bind on structure of its judiciary. A fact whose origin, at the end of the first decade in this century, was a social unrest around efficiency in judicial practice in the State. This adjective has strong axiological load, demanding some defined bounds to be realized. For further understanding about this phenomenon, the present dissertation, at first, aims to bring a reflection about perspectives of philosophical, economic and legal efficiency; showing this predicate has considerable economic influence when it is analyzed by procedural strand. Thus, starting from the premise that subject of tax obligation and Tax Administration have the same purpose: tax justice, it is brought to light contributions of transaction costs studies. The circumstance in which taxpayers and Fiscal State, as *homo economicus*, waive judicial power and build between them fair allocation, regarding the limits of private property and public revenue derived. Indeed, both parts wish other ways of dispute resolution to minimize variables able to overburden the quest for fiscal pacification. Either by self-composition applied through transaction in the Brazilian current model, or hetero-composition enabled by arbitration in Portuguese State, according mentioned before. In this last case, being watchful to reality and taking advantage of recent statistical data, there is a question: how much is tax arbitration capable of reducing transaction costs towards courts from tax jurisdiction. Baselines as duration, financial costs and effectiveness (or conformity index of decisions), show there is no unanimity to either of the two alternatives.

Keywords: Efficiency; Tax Jurisdiction; Transaction costs; Arbitration.

NOTAS DE ESCLARECIMENTO

Utilização do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Escrita baseada na língua portuguesa empregada no Brasil.

Adotada a Norma de Estilo Portuguesa 405 (NP 405).

Pesquisa realizada até a data de 06 de novembro de 2023.

ABREVIACÕES

Ac. – Acórdão

ADR – Alternative means of dispute resolution

AT – Autoridade tributária

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CC – Código Civil

CCIP – Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa

CEPEJ – *Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice*

CIDEEFF – Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal

CNI – Confederação Nacional da Indústria

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

COVID – *Corona Virus Disease*

CPC – Código de Processo Civil

CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário

CPTA – Código de Processos nos Tribunais Administrativos

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGCI – Direção-geral dos Impostos

DGAIEC – Direção-geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre Consumo

DL – Decreto-lei

FPP – Fronteira de possibilidade de produção

ICC – *International Chamber of Commerce*

IDV – Instituto do Desenvolvimento do Varejo

INE – Instituto Nacional de Estatística

IRC – *Internal Revenue Code*

IRS – *Internal Revenue Service*

LAV – Lei arbitragem voluntária

LCIA – *London Court of International Arbitration*

LGT – Lei geral tributária

LOE – Lei do Orçamento do Estado

ONG – Organização não governamental

PIB – Produto interno bruto

RCP – Regulamento das custas processuais

RCPAT - Regulamento de Custas nos Processos de **Arbitragem** Tributária

RFB – Receita Federal do Brasil

RJAT – Regime jurídico da arbitragem tributária

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TAC – Tax arbitration courts

TCA – Tribunal Central Administrativo

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJEU – Tribunal de Justiça da União Europeia

UC – Unidade de conta

ÍNDICE

Introdução.....	11
1 – A Eficiência e as suas dimensões e domínios.....	16
1.1 – Considerações iniciais sobre o Estado e a eficiência.....	16
1.2 – A eficiência e a linguística.....	17
1.3 – O conceito de eficiência na Filosofia.....	19
1.4 – O conceito de eficiência na Economia.....	22
1.5 – O conceito de eficiência no Direito.....	28
2 – Uma Justiça Fiscal eficiente com enfoque nos custos de transação.....	50
2.1 – Reflexão sobre a eficiência da Justiça Fiscal.....	50
2.2 – O que são custos de transação e a origem econômica.....	58
2.3 – Contribuinte, Estado-Arrecadação e o fenómeno da internalização ou mitigação dos custos de transação para alcançar a Justiça Fiscal.....	63
3 – Abrandamento do papel do Estado em termos jurisdicionais para solução de controvérsias.....	67
3.1 – Meios alternativos à pacificação social.....	67
3.2 – Transação tributária – um estudo de caso brasileiro.....	74
3.3 – Arbitragem como instrumento auxiliar à Justiça.....	83
3.4 – Arbitragem para além das relações privadas – a realidade de Portugal.....	93
4 – A litigiosidade fiscal portuguesa na seara arbitral e a eficiência.....	96
4.1 – O estado da arte: a crise do Poder Judiciário (fiscal) português.....	96
4.2 – Uma jurisdição fiscal “privada” - arbitragem tributária mitigada.....	100
4.3 – CAAD e os parâmetros de eficiência.....	116
4.3.1 – Duração razoável do processo.....	116
4.3.2 – Custo de litigância.....	119
4.3.3 – Efetividade sob a ótica da conformação decisória.....	126
5 – Considerações finais.....	130
Referências.....	137

INTRODUÇÃO

As relações jurídicas permeáveis ao ambiente social, dentre as mais diversas classificações, podem ser definidas como de direito privado ou de direito público. Para esta última hipótese, faz-se referência à indispensável inclusão do Estado como uma das partes. Ademais, este vale-se do seu *ius imperium* de modo a exercer uma autoridade em face da contraparte; verticalizando o vínculo. Um relacionamento pautado pela disposição de atos unilaterais cujo requisito de validade está na prévia estipulação legislativa. Dito isto, é possível enquadrar nesta espécie a relação jurídico-tributária.

A fiscalidade decorrente da interação entre o Estado e o contribuinte pressupõe todos os aspectos supracitados. O legislador institui a hipótese de incidência do tributo, o agente a concretiza através da ocorrência do fato gerador, a obrigação tributária surge e o respectivo crédito é formalizado a partir do ato de liquidação realizado, por mais das vezes, pela autoridade tributária. Nasce uma relação entre o credor estatal em face do sujeito passivo, em regra, particular, para satisfação um crédito tido como indisponível.

Por óbvio, o adimplemento ao Fisco corresponde ao meio mais usual de extinção deste encargo pelo contribuinte. No entanto, este legitimamente pode não se conformar com qualquer aspecto jurídico (formal ou material) que embase a exação fiscal. Referida inconformidade busca guarida no próprio Estado de Direito, através da função jurisdicional e na estrutura hierarquizada dos seus respectivos órgãos. A exclusividade atinente a esta modalidade de solução da controvérsia tributária a muito é justificada pela natureza da relação supramencionada.

Não obstante este domínio corresponda à construção de um raciocínio jurídico mais ortodoxo e associado à *civil law*, o Estado português foi além. A partir de outras interpretações do ordenamento jurídico, conjugadas com as circunstâncias fáticas desfavoráveis em termos processuais, Portugal inovou na forma de dar uma resposta ao litígio tributário. O artigo 124.º, da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, concedeu ao Governo uma autorização legislativa no sentido de instituir a arbitragem como forma alternativa de pacificação. Instituída pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, a norma autorizada correspondeu a um regime jurídico pioneiro em matéria de resolução de conflitos em matéria tributária – praticamente

inexistente na Europa¹. Ainda que transcorridos mais de dez anos, a contar da vigência do Decreto instituidor, esta exclusividade permanece em voga e abarca inclusive os países latinos americanos.

Então, hoje, o estado lusitano convive com um Centro de Arbitragem Administrativo – CAAD e com os órgãos jurisdicionais togados como formas de exercício da jurisdição fiscal. Aquela identificada legalmente como associação – pessoa coletiva de direito privado, sem fins lucrativos e constituída por tempo indeterminado – sempre teve como maior propósito desafogar estes através de um procedimento mais eficiente e igualmente ilibado. O esforço neste sentido permanece, porém, este órgão associativo ainda é objeto de forte reflexão e debate interno.

A título de contextualização, convém referenciar o estudo *Tax Litigation in Portugal: Legal and Empirical Study*², elaborado pelo Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal – CIDEEFF, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em julho de 2022 e coordenado pela professora doutora Ana Paula Dourado. Partindo de uma análise sistematizada de dados, o relatório dele proveniente permitiu tecer duras críticas ao Centro de Arbitragem Administrativo – CAAD. Dentre as conclusões desfavoráveis, apontam-se para: o Fisco tem uma taxa de (in)sucesso na ação arbitral (23%) muito inferior se comparada com a Justiça estatal; esta situação é agravada quando o autor (contribuinte) opta por selecionar um árbitro; a remuneração deste pode ser o dobro ou o triplo de um juiz de carreira; e há uma maior confiança da autoridade tributária junto aos tribunais³. São afirmações que maculam a credibilidade da associação privada de modo a ofuscar os aspectos positivos relacionados à eficiência daquele Centro.

Logo, no intuito de refutar os resultados obtidos pelo CIDEEFF, a presidência do CAAD contra-argumentou. A publicação intitulada *Contributo para reduzir o ruído e erros factuais*⁴, também publicada naquele mês, promoveu um debate ao revelar outros números e justificativas. A título de ilustração, cite-se: falha qualitativa e quantitativa na seleção da

¹ MARTINS, J. A., ALVES, J. C., *Procedimento e Processo Tributário*, p. 211.

² Disponível em: <https://www.cideeff.pt/initiatives/Tax-Litigation-in-Portugal-Legal-and-Empirical-Study/5265/> (consultado em 17/10/2022).

³ Disponível em: <https://expresso.pt/economia/2022-07-09-Justica-fiscal-arbitros-ganham-mais-do-dobro-dos-juizes-b296bbdc> e <https://expresso.pt/economia/2022-07-07-Fisco-so-vence-23-dos-processos-no-tribunal-arbitral-fd538837> (consultado em 18/10/2022).

⁴ Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/documentos/noticias/2022-07-08/Contributo_para_reduzir_o_rudo_e_os_erros_factuais.pdf (consultado em 18/10/2022).

amostra utilizada pelo Centro; erro na informação do número de vitórias da autoridade tributária para a amostra tratada; divulgação de um rol de circunstâncias aptas a justificar a reiteração de determinado árbitro; erro na estipulação remuneratória mensal do árbitro, quando deveria ser anual. Tudo para conter e/ou suplantar as teses desenvolvidas pelo órgão acadêmico.

Não se pode ignorar que os números (estatística) são de fundamental importância para bem analisar a litigiosidade tributária em Portugal no âmbito da arbitragem e do Poder Judiciário. Todavia, esta discussão atual pode ser enriquecida quando permitida uma leitura transdisciplinar com a Análise Econômica do Direito. À luz da teoria *coaseana* dos custos de transação torna-se possível melhor identificar a eficiência pretendida por ambas as partes do contencioso fiscal sem que isto se confunda com a procedência ou improcedência da ação. Repisa-se para o fato de que este trabalho não tem a pretensão de tomar partido, *a priori*, sobre um modelo jurisdicional fiscal. Mas trazer novos argumentos à querela de modo que a compreensão em torno do assunto possa progredir.

Destarte, a presente dissertação revela, como objeto de estudo, o tema: a (d)eficiência da litigiosidade tributária portuguesa, protagonizada por um centro de arbitragem institucionalizado – CAAD, em uma dimensão econômica do direito. A respectiva e necessária delimitação está centrada na melhor alocação dos recursos para que o bem-estar (jurídico) possa ser otimizado e na incidência da teoria *coaseana* associada aos custos de transação. Dado isto, demonstra-se a preocupação em clarear, restringir e relevar a matéria a ser estudada.

Com efeito, a produção científica tem em seu nascedouro a identificação de um problema. O levantamento de questões e dúvidas originais que mereçam ser solucionadas com rigor formal e profundidade argumentativa. No Direito, enquanto ciência social aplicada, estes aspectos também não podem olvidados. Busca-se identificar problemas jurídicos e apresentar soluções normativas correspondentes⁵. *In casu*, o fato jurídico controvertido reside na avaliação da processualística tributária, atribuída ao Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, para que se possa constatar aspectos de eficiência. Para a compreensão pretendida, buscar substrato e justificativa teórica na Análise Econômica do Direito é fator indispensável. Desta feita, surge o seguinte questionamento: a arbitragem tributária pode ser considerada como um meio de redução dos custos de transação, incidentes sobre o contribuinte e o Estado-Administração, para que a Justiça Fiscal (eficiente) seja alcançada?

⁵ POÇAS, L., *Manual de investigação em Direito: metodologia da preparação de teses e artigos jurídicos*, p. 26.

Para viabilizar o percurso científico a ser trilhado em busca da resposta ao questionamento lançado, foi suposto o levantamento prévio de uma ou mais hipóteses. Premissas elaboradas pelo investigador que, ao longo da pesquisa, puderam ser desenvolvidas e demonstradas⁶. Ademais, corresponderam ao alicerce fático presumível sobre a qual a lógica do trabalho foi construída. Neste projeto, quatro foram os enunciados provisórios (testáveis) identificados: a eficiência é um conceito de elevada carga axiológica cuja delimitação é necessária quando trabalhada no processo tributário; alcançar a Justiça Fiscal pressupõe, em termos processuais, refletir sobre a Análise Econômica do Direito, a partir da teoria *coasena* dos custos de transação, de modo a justificar a opção dos litigantes por vias alternativas à jurisdição estatal; a arbitragem representa uma opção factível e útil para solução de controvérsias; e, atualmente, a arbitragem tributária portuguesa tem aspectos positivos no alcance da pacificação jurídica. Em grande medida, foram estas proposições que delinearam a divisão capitular deste texto acadêmico.

Diante da exposição do tema, problema e hipóteses, forçoso constatar que o objetivo geral reside na compreensão da arbitragem tributária como meio de redução dos custos de transação para os litigantes, refletindo em ganhos de eficiência. Por conseguinte, em vista das ilações apresentadas e do que este trabalho acadêmico se propôs realizar, pode-se apontar duas abordagens metodológicas complementares. Uma diz respeito à análise teórica sobre: a eficiência em termos jurídico-processuais, o papel da arbitragem como meio alternativo para solucionar o contencioso tributário e a contribuição da teoria *coaseana* no que concerne aos custos de transação. Para tanto, uma acurada e atual revisão bibliográfica foi tida por indispensável. E a outra, complementar a esta fase qualitativa, teve a aplicação do método científico-estatístico. A partir da verificação de dados recentes, pretendeu-se tecer um panorama sobre a jurisdição fiscal portuguesa em termos de eficiência. Variáveis como custo financeiro para a litigância, duração do processo, recorribilidade da decisão, entre outros fatores, foram mensurados e compilados. São números que permitiram um duplo ensaio comparativo: em termos absolutos e gerais, com outros estados; e internamente, entre a arbitragem e os tribunais. Neste contexto, a conjugação dos dois “caminhos” mostrou-se a opção mais adequada para alcançar o resultado científico pretendido.

⁶ OLIVEIRA, M. M. de, *Como fazer projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses*, p. 39.

Nesse ínterim, seja para proporcionar maior proteção jurídico-processual aos contribuintes e à Autoridade Tributária, seja para orientar as políticas públicas portuguesas nesta seara, este trabalho acadêmico assenta sua relevância e originalidade prática e científica.

1. A EFICIÊNCIA E SUAS DIMENSÕES E DOMÍNIOS

1.1 – Considerações iniciais sobre o Estado e a eficiência

Em termos bem genéricos, a relação entre o exercício de uma conduta e o propósito almejado pode ser caracterizada por uma infinidade de adjetivos. Mas seja qual for a dimensão e o contexto (social, científico, esportivo, comercial, econômico), a noção de eficiência sempre estará presente⁷. Isto não escapa de qualquer ambiente em que haja busca por melhores resultados com ou sem competitividade. Ainda que não se queira apreciar, trata-se de um parâmetro cuja estimativa – através das muitas variáveis particulares ao caso concreto – pode apontar para um nível de otimização daquele liame. Destarte, tem-se o porquê de ser tão comumente suscitada e demandada.

Como não poderia deixar de ser, esta virtude alcança o próprio Estado. Uma associação cujos contornos ficam mais claros quando analisada sob o enfoque contratualista. Em que pese a existência de muitas outras teorias aptas a justificar a origem estatal, esta parece ser a mais adequada em contextualizar a eficiência por pressupor a troca como elemento fulcral justificador. Em um ponto indeterminado da história, vários indivíduos independentes, numa situação de liberdade plena ou “estado da natureza”, por conta de uma situação de beligerância, convencionaram por mútuo acordo a substituição daquela liberdade pela liberdade civil obediente à lei⁸. Sendo um poder emanado do povo e corporificado no Estado, o propósito basilar é prover e garantir uma organização social⁹ voltada aos interesses dos seus representados e capaz de justificar as renúncias individuais. O bem comum, que em termos contemporâneos alia-se sobremaneira à ampla acepção da dignidade da pessoa humana, é o fim maior. Por esse *trade-off*, os súditos, voluntariamente cerceados, reivindicarem a constante eficiência na atuação do Estado.

⁷ “It figures large in the many vocabularies that abound in the world today and it seems that 'efficiency' is one of the focuses of Western culture.” Disponível em: SCHIPPER, F., *Rethinking efficiency*, p. 01.

⁸ CICCIO, C.; GONZAGA, A. A., *Teoria Geral do Estado e ciência política*, p. 65.

⁹ “La función del Estado consiste, pues, en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un “status vivendi” comum que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaliza semejante.” Disponível em: HELLER, H., *Teoria del Estado*, p. 228.

Quanto maior a complexidade das relações sociais, mais intensas e heterogêneas são as correspondentes ingerências estatais. Para simplificar este universo, parte-se das funções fundamentais públicas em uma divisão tricotômica: função política, função administrativa e função jurisdicional¹⁰. A primeira é dedicada, sobretudo, ao reconhecimento elementar e geral do interesse público – a diretriz estatal no plano abstrato. Em contrapartida, as outras duas funções embrenham-se no campo eficiência. A execução administrativa é pautada na satisfação habitual e cotidiana das necessidades coletivas através do fornecimento de bens e serviços. Para exemplificar, cite-se: segurança, cultura, saúde, lazer¹¹. Por último a função togada necessária e útil na solução de controvérsias de natureza jurídica. Abrange pessoas singulares e coletivas, sem eximir o próprio Estado (de Direito), para dar o provimento declaratório, constitutivo ou condenatório, a partir da compreensão do direito, com fito de encerrar o litígio. Assim, resta claro que as duas últimas atribuições estatais devem orientar-se de modo a fornecer a todos que integram a sociedade bens e serviços (incluídos os jurisdicionais) portentosos, condignos, céleres, econômico. A título de ilustração, sob o enfoque do Poder Judiciário português, no dia 20 de abril, quando da sessão solene de abertura do ano judicial 2022, no Supremo Tribunal de Justiça em Lisboa, a excelentíssima Ministra da Justiça Catarina Sarmento e Castro discursou no sentido de querer entregar uma justiça mais eficiente aos portugueses, dentre outros predicados¹².

1.2 – A eficiência e a linguística

À luz da etimologia, a característica em destaque provém da palavra latina *efficientia -ae*, cujo significado corresponde ao poder ou faculdade de produzir um efeito, ação, propriedade, virtude¹³. Uma ideia que, na origem, sugere uma relação de causa e efeito, porém impregnada de elevada abstração e abrangência. Quer dizer, não sugere aferir aspectos qualitativos e quantitativos do antecedente (atuação) e tampouco do conseqüente (resultado). No entanto, para densificar o termo sob a perspectiva semântica, a língua portuguesa hoje o

¹⁰ MIRANDA, J., *Manual de direito constitucional*, vol. III, p. 23.

¹¹ FONTES, J. *Teoria geral do Estado e do Direito*, p. 33.

¹² *Uma justiça mais eficiente, próxima dos cidadãos, moderna e acessível*. Disponível em: <https://justica.gov.pt/Noticias/Uma-Justica-mais-eficiente-proxima-dos-cidadaos-moderna-e-acessivel> (consultado em 03 jan. 2023).

¹³ *Dicionário de latim – português*, p. 246.

entende como a capacidade de produzir o efeito desejado; ou a qualidade do que produz um trabalho ou executa uma tarefa com sucesso e rapidez; ou a qualidade de um sistema de produção, físico ou econômico, medida pela relação entre os meios despendidos e o trabalho que produz¹⁴. Há uma nítida natureza adjetiva de cariz positivo no conceito ora tratado. Dado isso, torna-se mais claro compreender a mensagem transmitida por aquela autoridade de Estado.

Entretanto, convém fazer uma emenda em torno desta positividade por não se mostrar absoluta. A eficiência ou deficiência de uma certa ação apenas será detectável se os termos explicativos e os parâmetros de análise e comparabilidade forem previamente estabelecidos – sentido e alcance. Explico com um exemplo. Atribuir a uma escola a qualidade de eficiente é algo demasiado genérico e induz a alguns questionamentos. Eficiente em que? Ensino, gestão, lucratividade(...)? Em sendo no ensino, sob quais fundamentos? Tendo por base os alunos: notas (valores) internas e individuais, resultado em exames nacionais, índice de empregabilidade no futuro? Comparado a que: outras instituições similares de ensino locais, nacionais, internacionais? São respostas que afastam qualquer grau de subjetividade de quem (investigador¹⁵) se propõe a qualificar algo como eficiente. Esta exclusiva delimitação é uma exigência metodológica essencial para que o adjetivo não perca a precisão.

Vista a ressalva de ordem procedimental, não obstante a utilização de dicionários seja o primeiro, indispensável e singelo passo para capturar o conteúdo de uma palavra, faz-se imperioso contextualizá-la. Somente através deste exercício que as expressões – ‘efeito desejado’, ‘sucesso e rapidez’, ‘meios despendidos’, ‘trabalho que produz’ – ganharão efetiva substância. É preciso objetivar os fatores que norteiam a eficiência, em determinado cenário, para justamente conseguir atestá-la não só sob o olhar de quem faz a constatação, mas também de terceiros alheios a ela. E para que o tratamento do assunto na seara jurídica tenha a profundidade necessária, antes surge o dever de abordar a eficiência em duas perspectivas correlatas ao Direito, a saber: a filosófica e a econômica.

¹⁴ *Dicionário da língua portuguesa contemporânea*, vol. I, p. 1334.

¹⁵ “É, pois, fundamental, que, ao iniciar uma investigação empírica, o investigador defina claramente, os conceitos que serão alvo do estudo, ou seja, operacionalize as variáveis em jogo (...)” Disponível em: COUTINHO, C. P., *Metodologia de investigação em ciências sociais e humanas: teoria e prática*, p. 71.

1.3 – O conceito de eficiência na Filosofia

A sofisticação racional é uma das características mais formidáveis do ser humano. O corolário imediato reside na permanente capacidade de reflexão sobre nós mesmos e o nosso entorno. Um estímulo para questionamentos que exige uma busca ininterrupta pela construtiva “verdade”. Aqui repousa a magnitude da filosofia ao surgir, antes de qualquer ciência, com o despertar dos homens¹⁶. Este processo reflexivo e complexo de conquista da realidade é o que justifica trazê-la para o enriquecimento do presente estudo.

O ser eficiente quando visto no plano filosófico pode ser traduzido nas palavras do pensador francês André Lalande como: *la cause qui produit son effet en se transformant en lui partiellement ou totalement*¹⁷. Um sentido que não se distancia do aspecto etimológico e semântico da palavra por trazer na sua essência a causalidade. Depois, constata-se um incremento conceitual quando sugere que a produção do efeito possa se dar em termos parciais ou totais; sugerindo que haja um mínimo do resultado pretendido para que esta qualidade possa denotar. Como será demonstrado, esta síntese não é taxativa. Múltiplos pensamentos surgiram pelas lições pretéritas e conjuntas de grandes filósofos ao longo da história para desenvolver a temática.

Da antiguidade, o assunto guarda em Aristóteles uma das contribuições mais remotas. Tendo como ponto de partida o princípio de causa e efeito (causalidade), ele busca descobrir o que realmente faz com que uma coisa exista de fato. Para tanto, foi elaborada a teoria das quatro causas¹⁸. O rol categórico, para além das causas material, formal e final, abarca a causa eficiente – *donde proviene el inicio del movimiento*¹⁹. Quer significar quem deu origem a um determinado ser ou objeto. Com o intuito de facilitar o entendimento, no caso de uma cadeira, as quatro causas seriam respectivamente: o material empregado (ex. madeira, metal); a forma estética que a define (ex. assento, encosto, braços); o propósito funcional (ex. servir de assento); e o construtor que a concebeu (ex. indústria, marceneiro). Por conseguinte, falar de eficiência em termos aristotélicos equivale a identificar a autoria do resultado pretendido – o agente ou fenômeno criador.

¹⁶ JASPER, K., *Iniciação filosófica*, p. 14.

¹⁷ LALANDE, A., *Vocabulaire, technique et critique de la philosophie*, p. 327.

¹⁸ SCHIPPER, F., *Rethinking efficiency*, p. 02.

¹⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, p. 80.

De início, não se ignora a relevante contribuição dada por aquele pensador antigo ao tornar um dos precursores em concatenar o conceito de eficiência à ideia de causa e efeito. Ainda assim, *data venia*, a percepção de Aristóteles merece uma nota em termos de atualidade. Fazer uma associação imediata de modo a reconhecer na autoria do evento resultante a eficiência parece um tanto inadequado. A uma, porque é possível identificar uma relação causal eficiente (em termos de pretensão buscada) sem que haja um responsável determinado. A duas, porque este pode não alcançar ou alcançar mal os objetivos pretendidos quando presente. Repisa-se que ambas as críticas inserem as percepções hodiernas do termo eficiência cuja evolução também foi sedimentada por outros filósofos.

Indo adiante neste ramo do conhecimento, fazendo uma parada entre os séculos XVI e XIX, mais precisamente na Inglaterra, oportuno citar os ensinamentos trazidos por Thomas Hobbes, Jeremy Bentham e John Stuart Mill.

Ao redigir a obra ‘Os elementos da filosofia’, na sua segunda parte, Hobbes destinou um capítulo ao tema: “*of cause and effect*”. Um texto que o torna um dos grandes defensores do determinismo ao fazer o relato da natureza causal. Para a construção teórica pretendida, três conceitos foram explorados: agente, paciente e acidente/efeito. O primeiro é caracterizado como o detentor do poder para mover. O segundo é quem possui o poder de ser movido. Ambos são descritos como sendo substâncias em que os poderes ativo e passivo são respectivamente inatos. Sintetizando, quando um corpo/objeto colocado à frente de outro gera *motion*²⁰ neste, aquele é chamado de agente; e o corpo/objeto em que o *motion* é gerado chama-se de paciente – então o fogo que aquece as mãos é o agente, e estas aquecidas são o paciente²¹. O resultado (*accident*), que é provocado no paciente, é chamado de efeito. Assim ser possível condensar a expressão causa eficiente como toda aquela contida no agente apta a gerar um ou mais acidentes/efeitos no paciente²². Não por acaso o substantivo ‘causa’ ter como sinônimos na língua portuguesa, dentre outras, as palavras: motor e móvel. Nota-se uma mudança em face das proposições estabelecidas por Aristóteles, visto que o conceito de eficiência descola da exclusividade dada à autoria (agente). Há um novo exame dedicado aos contornos mais

²⁰ “Subsequently, Hobbes reduces active power, i.e., the power of the agent to motion (...) the efficient cause is nothing but motion.” Disponível em: LEIJENHORST, C., *Hobbes’s Theory of causality and its Aristotelian background*, p. 430.

²¹ HOBBS, T., *Elements of philosophy*, p. 120.

²² “(...) the efficient cause is the aggregate of properties in the agent required for the production of the effect.” Disponível em: HULSWIT, M., *A short history of ‘causation’*, p. 06.

dinâmicos de causalidade – a correspondência entre dois ou mais elementos de modo que um detém potência para, no outro, gerar alguma alteração.

Prosseguindo no curso da história da filosofia, a corrente utilitarista vem trazer um novo atributo à preleção *hobbessiana*. O *accident* precisa ter um propósito volitivo e de utilidade. O efeito deve ser pretendido pelo agente já na origem. E esta busca resultante do nexo de causalidade é favoravelmente qualificada. A aprovação ou reprovação de um ato, seja ele qual for, está na tendência que parece ter em aumentar ou diminuir a felicidade das partes envolvidas – quer entre indivíduos privados, quer com uma medida governamental²³. Acaba por configurar uma ética normativa que transcende a seara filosófica – expandindo para o campo político, social, econômico – e deve nortear pessoas e instituições a maximizarem as suas felicidades; sendo moralmente condenáveis as ações cujo ímpeto seja dano, dor, maldade, infortúnio. Uma vez estabelecido o intento positivo, a causa é tida por eficiente quando o atinge. Supera a mera ideia de causa e efeito, vinculando este ao que foi inicialmente vislumbrado²⁴. A ineficiência surge quando a ação não atinge o efeito (útil) desejado.

Por derradeiro, ainda inserido na corrente utilitarista, o filósofo John Stuart Mill vem dar sua contribuição ao conceito de eficiência. Tendo como pano de fundo o meio produtivo dentro das organizações empresariais, a análise dos custos torna-se a variável imperativa. Sem ignorar os ensinamentos de Bentham, centrado na relação de causa e efeito com uma finalidade econômica específica (lucro), Mill sustenta que ser eficiente é produzir mais ao menor custo possível. Esta conclusão pode ser extraída em duas passagens: “*If, for instance, the general efficiency of all labour were increased, so that all things without exception could be produced in the same quantity as before with a smaller amount of labour (...)*”²⁵; “*Production is most efficient when the precise quantity of skill and strength which is required for each part of the process is employed in it, and no more...*”²⁶. Ademais, ele estabelece que “*greatest efficiency of labour*” é alcançado pela divisão do trabalho, pelo uso sofisticado das máquinas e por profissionais habilidosos apenas quando necessário por significar uma majoração nos custos²⁷. Como é possível notar, afóra a produção como efeito desejado e útil, o

²³ BENTHAM, J. *An introduction to the principles of morals and legislation*, p. 12.

²⁴ HIMMELFARB, G., *Bentham's utopia: the national charity company*, p. 113.

²⁵ MILL, J. S., *Principles of political economy II*, v. III, p. 481.

²⁶ MILL, J. S., *Principles of political economy* (abridged edition), p. 54.

²⁷ MILL, J. S., *Principles of political economy I*, v. II, p. 141.

conceito de eficiência também se refere às despesas imputadas. As causas (*inputs*) e resultados (*outputs*) em termos econômicos pela primeira vez se conectam ao ser eficiente.

Do que foi exposto, é razoável afirmar que a ideia de eficiência no campo filosófico tem estreita relação com o estudo da causalidade. André Lalande já havia confirmado isto a título inaugural. E adornando esta premissa vem as contribuições, complementares entre si, dos quatro filósofos retrocitados. Aútoria, *motion*, fim desejado/utilidade e custos são expressões trabalhadas por aqueles e capazes de sumarizar os aspectos mais essenciais que transbordam a relação de causa e efeito. Agora, remanesce prosseguir com a intensificação do ensaio, alterando a lente do conhecimento para o campo da Economia.

1.4 – O conceito de eficiência na Economia

Valendo-se da contribuição dada por Mill, muito provavelmente nenhuma outra ciência aborde com tanta profundidade a ideia de eficiência quanto a ciência econômica. Esta tem no seu embrião o reconhecimento da premissa de que os recursos (econômicos) são escassos, exigindo a “melhor” alocação entre aqueles que os demandam²⁸. Um campo científico vocacionado à busca pelo permanente ajuste entre uma oferta exígua e uma demanda intérmina. Uma insuficiência que tem início no próprio gerenciamento do tempo e na disponibilidade de recursos naturais; e uma “demanda” (em especial, nas sociedades capitalistas) cuja a “essencialidade” é alvo de questionamento por ser constantemente criada e renovada. O consumo volta-se ao querer e não ao precisar.

Neste cenário inconciliável, não é difícil imaginar que o *homo economicus* esteja envolto a inúmeras preferências. Cabe à Economia auxiliar no sentido de que sejamos capazes de fazer a escolha com total consciência das possíveis implicações que este exercício pode gerar²⁹. Tudo para uma orientação individual e/ou coletiva racional, em um ambiente de liberdade e interdependência, como esforço de otimização do bem-estar. Outrora mencionado, deste vínculo entre a diligência aplicada e o nível de saciedade atingido é que repousa a uma das facetas da eficiência.

²⁸ “Economics is the study of how men choose to use scarce or limited productive resources (land, labor, capital goods such as machinery, and technical knowledge) to produce various commodities (such as wheat, beef, and overcoats; concerts, roads, bombers, and yachts) and to distribute them to various members of society for their consumption.” Disponível em: SAMUELSON, P. A., *Economics – an introductory analysis*, p. 05.

²⁹ ROBBINS, L., *The nature and significance of economic science*, p. 133.

Para o que este trabalho se propõe, a abordagem econômica inicial dada à eficiência está intimamente associada com a chamada fronteira de possibilidades de produção – FPP. Partindo da premissa de escassez dos recursos, o aproveitamento e arranjo desses pelos agentes econômicos deve-se dar com a maior utilidade possível. Abstraindo as reflexões a respeito das trocas, busca-se identificar o quanto uma economia específica – pessoal, empresarial, nacional – pode chegar no ápice da sua potencialidade para a criação riqueza, valendo-se dos seus próprios meios. Em um plano superficial, o ‘limite’ sugere as várias combinações de produção de bens e serviços que são alcançáveis pela aplicação máxima e ótima dos correspondentes fatores de produção disponíveis a uma dada realidade (tecnológica)³⁰. De tal sorte que a eficiência sugere uma afetação plena dos *inputs* qualificada a atingir o vértice produtivo em termos qualitativos e quantitativos.

Em complemento, cabe frisar que a FPP não é representada em termos gráficos por um ponto singular, mas por uma reta ou uma curva. Ambas exprimindo um repertório fechado de combinações produtivas ótimas. O universo limitado de posições na fronteira deve-se ao chamado custo de oportunidade. Sob o ângulo da capacidade produtiva, o agente econômico produtor precisa eleger o que e quanto pretende manufacturar. Na medida em que a elaboração de um determinado bem exige o uso de algum insumo limitado e cuja utilidade poderia ter sido diversa, o bem alternativo abdicado é posto como custo de oportunidade do que fora produzido³¹. Diz-se da impossibilidade de produção de um bem sem produzir menos de outros bens para os quais seja viável realocar alternativamente o que foi utilizado. Em síntese, o “transitar” sobre a fronteira de possibilidades de produção significa um *trade-off* ou conflito de escolhas sobre o que ofertar – como uma soma zero³².

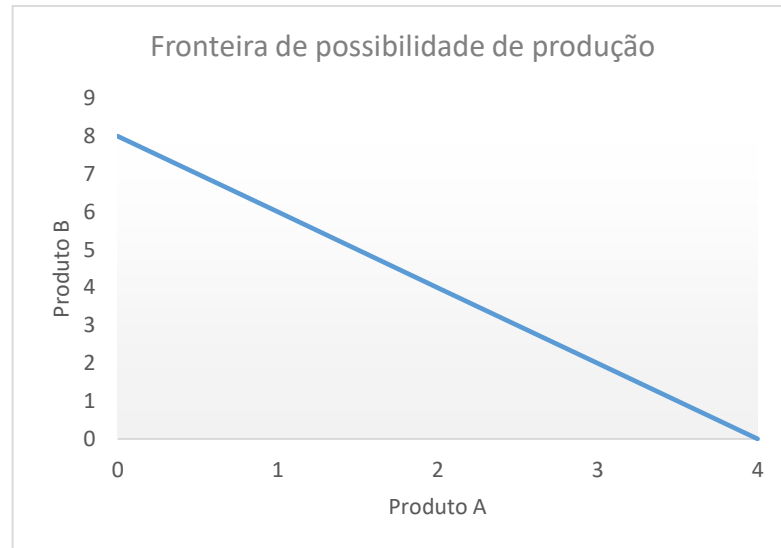
Com o intuito de tornar a apresentação do assunto mais didática, imaginemos uma economia em que a utilização de todos os fatores de produção (recursos naturais, mão-de-obra, capitais) e a tecnologia/conhecimento vigorante somente permitissem produzir dois produtos (A, B). Considerando a utilização absoluta do que está disponível seria possível produzir com exclusividade 04 (quatro) unidades do bem ‘A’ ou 08 (oito) unidades do bem ‘B’. Por ora, no exemplo, o desperdício é rechaçado. Ademais, o custo de oportunidade

³⁰ ARAÚJO, F., *Introdução à Economia*, vol. I, p. 131.

³¹ HEATHER, K., *Understanding economics*, p. 06.

³² Em qualquer combinação de fatores produtivos que seja feita no limite da capacidade, a soma da produção final (resultado) será sempre o mesmo em termos proporcionais, conforme a razão dos bens realizados.

corresponderia a uma relação de 1 por 2 – os insumos utilizados para confecção de 01 (uma) unidade do bem ‘A’ seriam suficientes para confecção de 02 (duas) unidades do bem ‘B’ e vice-versa; ilustrando:



Diante deste rudimentar modelo hipotético, qualquer nível de produção que esteja aquém da fronteira (no interior do triângulo) significará uma subutilização/desperdício de recursos. Um ambiente de ineficiência econômica já que as quantidades dos produtos A e B estão abaixo do possível. De outra banda, um nível de produção exterior à fronteira (fora do triângulo ou acima da linha azul) mostra-se inviável, seja por razões atinentes à própria escassez, seja por limitação tecnológico-científica. Seria necessária alguma alteração favorável no *status quo* desta economia para alcançar este panorama extraordinário. Logo, qualquer posição na fronteira (linha azul) representará uma situação ótima em termos de eficiência produtiva³³. Todos os insumos disponíveis estão gerando o máximo de riqueza possível.

Ainda fiel a um estudo facilitado do tema, importante registrar que a fronteira de possibilidades de produção pode ser alterada. Positivamente (área do triângulo aumentada), por razões quantitativas vinculadas ao aumento bruto de fatores produtivos, como qualitativamente³⁴ quando da melhoria da produtividade destes fatores (tecnologia)³⁵.

³³ COLANDER, D. C., *Microeconomics*, p. 15.

³⁴ Para contextualizar, vide manchete: ‘Cientistas da Faculdade de Ciências da Universidade do Porto – FCUP querem tornar o arroz mais resistente ao calor.’ Disponível: <https://noticias.up.pt/cientistas-da-fcup-querem-editar-os-genes-do-arroz-para-o-tornar-mais-resistente-ao-calor/> (consultado em 22/02/2023).

³⁵ ARAÚJO, F., *Introdução à Economia*, vol. I, p. 139.

Quaisquer das hipóteses pode se dar em termos proporcionais para ambos os produtos. Por exemplo, os vértices do triângulo passam ter limites máximos de 10 e 6 unidades para os produtos ‘B’ e ‘A’ respectivamente. Ou então esta melhoria pode contemplar somente o processo produtivo de um dos produtos (desproporcional) – *i.e.*, o limite máximo de ‘B’ permanece inalterado em 8, porém o limite de ‘A’ é deslocado de 4 para 6. Em ambos os casos, a maior geração de riqueza é patente. Por fim, não se pode olvidar que esta mesma fronteira pode ser reduzida por alguma ocorrência adversa (ex. fenômenos naturais calamitosos) idônea para diminuir a disponibilidade de um ou mais insumos.

A fronteira de possibilidade de produção, mesmo exibida sem elevada sofisticação acadêmica, permite contribuir para densificar o conceito de eficiência. Esta representação gráfica bidimensional – ao contextualizar palavras como insumos, produtividade, escolhas (*trade-off*), otimização, má utilização de recursos, progresso tecnológico e crescimento econômico³⁶ – sintetiza os três quadros possíveis de uma Economia: ineficiente, supraeficiente (abstrata, mas esperada) e eficiente. Para este último, espera-se um aproveitamento mínimo necessário dos *inputs* para promover o máximo de *outputs*. Uma geração de riqueza (bem-estar) em que não há espaço para o desperdício econômico, operando sempre na fronteira conforme as demandas e os incentivos apresentados à produção de um ou outro bem.

Evoluindo na análise econômica a respeito do tema, imperioso tecer algumas considerações sobre Vilfredo Pareto. Este economista italiano, no século XIX, propôs um conceito de eficiência ultrapassando o aspecto produtivo. Sem embargo de considera-lo como circunstância indispensável, a construção teórica adiciona outros dois pressupostos³⁷. A eficiência nas trocas, o que significa a impossibilidade de redistribuir uma certa quantidade de produtos e serviços de modo que beneficie alguém sem que ao mesmo tempo prejudique outro, não havendo necessidade de ocorrer mais trocas. Os bens estão alocados junto àqueles que estão mais dispostos a pagar por ele. E a eficiência no *mix* de produtos ao impor a impossibilidade de mudar a real combinação de produtos e serviços produzidos de modo que beneficie alguém sem prejudicar outro – as preferências dos agentes plenamente atendidas. Duas premissas em simultânea performance e dependência mútua.

³⁶ CARSON, N., TSIGARIS, P., *Illustrating Environmental Issues by Using the Production-Possibility Frontier: A Classroom Experiment*, p. 243.

³⁷ HARDWICK, P., *et al. An introduction to modern economics*, p. 145.

Ainda que esta construção teórica seja atingida apenas no plano teórico-abstrato, apoiada em um ambiente de concorrência perfeita³⁸ e sem externalidades, o Pareto-Ótimo pode ser resumido ao estado em que não é possível melhorar o bem-estar (utilidade) de alguém sem piorar o de outrem. Qualquer mudança na organização da produção e das trocas que beneficie alguém sem lesar outro melhorará o bem-estar econômico, permitindo alcançá-lo. Do contrário, havendo lesão, constata-se que a economia chegou no auge.

Diz-se originariamente Pareto-Ótimo quando a ideia apresentada tem sido gradualmente substituída pela expressão Pareto-Eficiente. O cerne do parágrafo anterior reside no fato de inexistir perda econômica desnecessária e os bens e serviços produzidos estarem perfeitamente ajustados ao nível mais alto de bem-estar dado o universo de agentes econômicos. À vista disso, o enfoque dado por Pareto é, na essência, a otimização da riqueza. Não há qualquer reflexão em termos distributivos ou de igualdade material, vindo a justificar a supressão da palavra “ótimo”³⁹.

Em verdade, este adjetivo traz uma elevada carga qualitativa que muito se aproxima da justiça – a maneira como o ganho é repartido. A forma como a igualdade é verificada nas comparações intersubjetivas de resultados distribuídos, independentemente da dimensão total daquele rendimento cuja maximização é o alvo da eficiência⁴⁰. Eficiência (paretiana) de forma incontestada não se confunde com igualdade econômico-social, embora aquela seja indispensável para que esta possa ser concretizada. Não se compartilha o nada.

Avançar no conceito de eficiência econômica que transborde a FPP e Pareto, em certa medida, significa complementar o critério tradicionalmente utilizado pelos economistas (neoclássicos) para dosar o bem-estar: utilidade. A geração de riqueza no limite do possível não pode ser o único parâmetro apto a mensurar uma atuação eficiente da economia. Há que se pensar também em termos distributivos⁴¹ e das liberdades individuais.

³⁸ “Together these include: large numbers (buyers and sellers); free entry and exit; full information and negligible search costs; product homogeneity and divisibility; lack of collusion; and absence of externalities and increasing returns to scale”. Disponível em: EATWELL, J., MILGATE, M., NEWMAN, P., *The New Palgrave: A dictionary of Economics*, vol. III, p. 838.

³⁹ EATWELL, J., MILGATE, M., NEWMAN, P., *The New Palgrave: A dictionary of Economics*, vol. III, p. 811.

⁴⁰ ARAÚJO, F., *Introdução à Economia*, vol. I, p. 76.

⁴¹ “While utilitarianism and utilitarian welfare economics are quite indifferent to the distribution of utilities between different persons (concentrating, as they do, only on the sum-total of utilities) ...” Disponível em: SEN, A., *The possibility of social choice*, p. 352.

Quanto à primeira perspectiva, a alocação dos ganhos de modo diverso àquela que seria realizada pela “mão invisível” do mercado tem guarida nas imperfeições/falhas intrínsecas a este. A presença de externalidades negativas e positivas, a garantia de bens públicos, o aproveitamento racional dos recursos naturais, a formação de monopólios e oligopólios empresariais, a ocorrência de assimetria informativa, a concentração de renda são alguns dos fenômenos com forte repercussão econômica que tornam mais complexa a ideia de eficiência. Há um transbordamento superior à promoção da riqueza. São adversidades que acabam por exigir a presença de um contraponto – o Estado.

Este ente com personalidade jurídica de direito público assume competências que transitam nas áreas fiscal, reguladora, prestadora e redistribuidora⁴². Tudo para dar voz aos interesses daqueles que o legitima, concretizando os anseios coletivos de maneira a reacomodar a racionalidade econômica. Destarte, aquele elenco de atividades do governo (*lato sensu*) surge quando as economias de mercado são ineficientes na garantia do próprio funcionamento mais competitivo, na disposição de bens e serviços alheios à iniciativa privada e na realocação dos recursos⁴³.

Sob o outro enfoque, coerente indagar se a eficiência pretendida não poderia ser quantificada à luz das liberdades individuais, em detrimento das utilidades ou da geração de riqueza. Na explicação desse resultado, pode-se ressaltar que, dada a escolha sagaz por parte dos indivíduos, a eficiência em utilidades individuais tem de ser, em grande medida, dependente da oferta aos indivíduos de oportunidades adequadas dentre as quais eles podem escolher⁴⁴. Sejam escolhas sobre cestas de mercadorias, sejam sobre as capacidades para desempenhar ações. *In casu*, pouco importa a motivação da escolha dos indivíduos, pois não há falar em satisfação do interesse, mas na disponibilidade da liberdade mesmo que não utilizada. Aqui, um espaço eficiente é um espaço em que os indivíduos tenham livres e iguais possibilidades independentemente do resultado.

Ainda que este texto não tenha o propósito de abordar a fundo qualquer tema sob o prisma econômico, tal como foi trabalhado na seara filosófica, os comentários trazidos

⁴² “In a popular essay in 1934, Keynes had already ranged himself on the side of these heretics, the writers ‘who reject the idea that the existing economic system is, in any significant sense, self-adjusting (...). The system is not self-adjusting, and, without purposive direction, it is incapable of translating our actual poverty into our potential plenty’”. Disponível em: KEYNES, J. M., *The general theory and after: part I, Preparation*, p. 487, *apud*, RAICO, R., *Was Keynes a liberal?*, p. 167.

⁴³ PARKIN, M., *et al.*, *Economics*, p. 432.

⁴⁴ SEN. A., *Desenvolvimento e liberdade*, p. 156.

auxiliam na concretização e alargamento semântico do termo ‘eficiência’. Fronteira de possibilidade de produção, Pareto-Eficiente, correção das imperfeições do mercado e liberdades individuais substantivas são discussões relevantes e preparatórias para desenvolver a questão relativa ao meio jurídico eficiente.

1.5 – O conceito de eficiência no Direito

Na essência, o homem é um ser social e político⁴⁵. O curso da história chancela esta premissa nos mais diversos recantos do globo. A construção de um ambiente comunitário apoia-se, consideravelmente, na incapacidade do indivíduo satisfazer com plenitude suas necessidades em um ambiente solitário. Sejam elas de ordem fisiológica, psicológica, reprodutiva, sentimental ou protetiva. Tirando lição da Sociologia, faz-se alusão aos processos sociais coesivos ou socializantes – a acomodação, a assimilação, a cooperação⁴⁶. Uma dependência mútua que tende a acompanhar toda a existência, não obstante o mister da conformação das individualidades seja uma *conditio sine qua non* neste processo de agremiação.

A vida isolada significa dispor de uma liberdade plena, uma vez que somente a natureza e a própria consciência seriam capazes de refreá-la. No campo ficcional é imaginar a vivência do personagem ilhéu Robinson Crusoe⁴⁷. As manifestações de pensamento ou vontade – até mesmo a ociosidade – não encontrariam obstáculos de ordem interpessoal a este ser eremítico. Por outro lado, referidos atritos são inevitáveis quando presumida a existência conjunta de uma pluralidade de pessoas, ainda quando sejam apenas duas. Diante da intrincada, peculiar e vasta vivência, compreensão, limitações, interesses e muitas outras variáveis constituidoras da personalidade humana, é certo que a oposição irrompa em um ou mais momentos e com as mais instáveis intensidades.

Diversamente do referenciado no penúltimo parágrafo, os chamados processos sociais dispersivos são tendentes a afastar os indivíduos se sucedidos. Podem ser

⁴⁵ “Estas considerações evidenciam que uma cidade é uma daquelas coisas que existem por natureza e que o homem é, por natureza, um ser vivo político. (...) só o homem, entre todos os seres vivos, possui a palavra (...) só ele sente o bem e o mal, o justo e o injusto; é a comunidade destes sentimentos que produz a família e a cidade.” Disponível em: ARISTÓTELES, *Política*, p. 54-55.

⁴⁶ PINTO, A. T., *Noções de sociologia*, p. 182

⁴⁷ *Robinson Crusoe* é um romance, cujo título leva o nome do personagem principal, escrito por Daniel Defoe e publicado originalmente em 1719, no Reino Unido.

catalogados através da diferenciação, competição ou conflito⁴⁸. Havendo prevalência pela manutenção comunitária, qualquer das fricções sugeridas demanda uma ou mais soluções pacificadoras e perenes. Todas preparadas para sujeitar os consortes de quem o reconhecimento da legitimidade resolutive se espera. Comungar o mesmo espaço geográfico em dado momento, por uma coletividade de homens e mulheres, impõe um mínimo de ordem que transcende as decorrentes das organizações familiares, religiosas, culturais ou fraternais. Em contraposição, um cenário de anarquia ou dissolução civil tende a florescer quando da ausência de instrumento de coordenação social com maior grandeza.

Nesta altura, há um resgate ao tópico tratado no início do presente capítulo – da personificação em um único indivíduo (monarquias absolutistas) à composição despersonalizada em diversas instituições apresentadas por indivíduos eleitos (repúblicas democráticas), o Estado tem o papel medular e justificante na ordenação da dinâmica coletiva. Uma conceptualização, no caso vertente, que albergada pelo advento da corrente contratualista permite extrair algumas características básicas. A primeira relacionada à voluntariedade dos governados, já que a *“existencia comunitaria significa ordenación conjunta y dirección de la voluntad individual em razón de un fin comúnmente aceptado. Lo que quiere decir algo más que la mera suma de las voluntades de muchos dirigidas al mismo fin.”*⁴⁹ Os anseios comuns sobrepõem-se aos particulares.

Há um desígnio de vontade avançado e plural para a construção de uma entidade maior. A ilustração disto pode ser extraída da Constituição francesa, no artigo 2º, *in fine*: *“Son principe est: gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple”*⁵⁰. Excluir este aspecto corresponderia a um singelo vínculo de dominação de modo que a suposta coesão social seria forçada e carente de plena legitimidade. Um cenário constantemente propenso a convulsão e cisão. Portanto, é a iniciativa voluntária entre sujeitos reunidos o primeiro passo para alcançar a estabilidade social – um adjetivo indispensável de cuja fonte etimológica latina também deriva o estado: *status*.

Tecidas breves considerações sobre o aparecimento e a legitimidade, parte-se para o estudo do poder do qual se sustenta e se confunde o Estado. Deixando à margem de apreciação o território e o povo como partes integrantes da formação estatal, este domínio deve

⁴⁸ PINTO, A. T., *Noções de sociologia*, p. 183.

⁴⁹ KUHN, H., *El Estado*, p. 128.

⁵⁰ Constituição da República Francesa até a revisão de 23 de julho de 2008.

ser compreendido como uma supremacia da autoridade pública no enfoque da utilidade – determinar o comportamento alheio. Diferentemente do poder econômico do qual se vale o detentor dos meios de produção em face daqueles desprovidos, cuja a única disponibilidade tende a ser o próprio corpo (força de trabalho); ou do poder ideológico baseado em certas formas do saber, conhecimentos, doutrinas para exercer influência sobre a atitude dos assim (in)formados; é trazido o poder político.

Embora os três poderes acima citados possam parecer independentes e não hierarquizados, o último prevalece e pode intervir nos outros com mais vigor. A justificativa está no fato de que a maior caracterização do poder político é a exclusividade do uso da força em relação à totalidade dos grupos que atuam em um determinado contexto social, exclusividade que é resultado de um processo que se desenvolve em toda a sociedade organizada, no sentido da monopolização da posse e uso dos meios com que se pode exercer a coação física⁵¹. Digo, o *ius imperium*, uma vez constituído pela delegação popular, é a ferramenta de subordinação ou o meio para fazer valer os interesses do governo vigente em representação e contornar ou suprimir oposições contingenciais; ultrapassando-as. A este exercício público contínuo pairam todas as atividades chamadas de políticas. Reflete o exercício da soberania, afirmando a personalidade jurídica do Estado e contendo eventuais resistências no campo do Direito⁵², quer no domínio próprio territorial (interno), quer no exterior⁵³.

Junto à delimitação espacial derradeira, pela relevância da matéria, acrescentam-se à soberania a autoridade para definir competências e a unidade. Deste modo, viabiliza a disposição dos meios normativos de direção que coordenam os comportamentos dos indivíduos relativamente a um complexo de condutas juridicamente organizado⁵⁴. O desequilíbrio de forças entre representante(s) e representados, adrede citado, é o que garante aquele controle. Em termos de dimensão do vigor, incabível supor uma quantidade módica. Ademais, a unicidade é imprescindível e assegura a inexistência de competências imperativas não estaduais (autônomas) dentro do mesmo território. Ou seja, qualquer outra (sub)autoridade desempenhada por um ente diverso (exemplo, uma fundação ou comunidade religiosa),

⁵¹ BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., *Dicionário de política*, v. 02, p. 956.

⁵² CARMO, R. A., *Distinção das funções do Estado*, p. 67.

⁵³ Não atrelada ao foco desta dissertação, ultrapassando as fronteiras territoriais, a soberania é sinônimo de independência em relação às forças externas. Conjugam-se a este pensamento o princípio da não interferência no espaço de atuação da autoridade estatal e o princípio da igualdade jurídica de ação de todos os Estados.

⁵⁴ ZIPPELIUS, R., *Teoria geral do Estado*, p. 57.

somente lhe assistirá na medida em que a receba do próprio Estado⁵⁵. Este monopólio legislativo e coercitivo é fundamental para que a organização social estabelecida não corra o risco de fragmentação.

Muito se falou do poder soberano estatal, mas, ainda limitado ao contexto doméstico, não se pode desprezar a imposição de limites. Embora possa ser fisicamente possível, o Estado não pode tudo fazer. Assim como o indivíduo não pode de todo ser reprimido. Há de se buscar um permanente equilíbrio entre o soberano e súdito em que as balizas inaugurais brotarão das leis naturais (ex. propriedade), tradições, costumes. Em adição a estas “leis não escritas”, embora possam e devam ser formalizadas, salvaguardado na tradição jurídica inglesa, a razão há de criar um ordenamento jurídico em condições de submeter a todos positiva e negativamente. O princípio da subordinação do rei (Estado) à lei conduz à doutrina do *rule of law* – Estado cujos poderes são exercidos no âmbito das leis preestabelecidas⁵⁶. Na atualidade, não faltam exemplos, nos textos constitucionais de países de tradição jurídica ocidental, que façam remissão ao que se tem por Estado de Direito. Na carta magna brasileira, está contida no inciso II, do artigo 5º, e no *caput* do artigo 37⁵⁷; enquanto no item 2, do artigo 3º, expõe a redação lusitana⁵⁸. Não fosse assim, o Estado fatalmente seria descrito como despótico ou tirânico; ao passo que os seus súditos se confundiriam com fantoches.

Contudo, o poder estatal não deve ser abalizado apenas pela existência de leis superiores (naturais) cuja a discussão tampouco se permite. Indeclinável a criação de centros de poder democráticos, haja vista a participação popular, com o fito de garantir a legitimidade. Seja sob a forma do constitucionalismo, seja através da legislação ordinária, os órgãos colegiados visam ter direito de estatuir em determinadas matérias, como por exemplo os próprios direitos políticos ou a tributação. Um universo de regras e princípios para fazer frente às mais complexas questões sociais em contínua aparição; sem o qual o poder soberano por si

⁵⁵ “O tema da exclusividade do uso da força como característica do poder político é o tema hobbesiano por excelência: a passagem do estado de natureza ao Estado é representada pela passagem de uma condição na qual cada um usa indiscriminadamente a própria força contra todos os demais a uma condição na qual o direito de usar a força cabe apenas ao soberano.” Disponível em: BOBBIO, N., *Estado, governo, sociedade*, p. 81.

⁵⁶ BOBBIO, N., *Estado, governo, sociedade*, p. 96.

⁵⁷ “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)” e “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) (grifo nosso). Disponível em: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁸ “2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.” Disponível em: Constituição da República Portuguesa.

só não seria capaz de suprir, provocando um déficit normativo. Assim, precedendo à função judiciária, joga-se uma luz à função legislativa.

Esta é materializada através do parlamento onde o destino político do Estado é determinado como expressão máxima da vontade popular. Na história liberal-democrático ocidental ostenta a condição de guardiã da expressão política porque advém do sufrágio, de modo a exprimir as mais diversas orientações ideológicas em determinado momento e local. Como um ambiente representativo do debate público para a direção governamental, a essencialidade do parlamento reside, dentre outras características, na maior perfeição para formação das leis através de ritos específicos⁵⁹. Sempre tendo como critério de decisão a maioria cujo parâmetro pode ser: os parlamentares, os partidos, órgãos colegiais ou mesmo os cidadãos⁶⁰. Isto posto, resta estabelecida a norma positivada que, juntamente com as outras fontes do direito, dará a diretiva jurídica a qual Estado e súditos devem se submeter.

Desta agregação normativa floresce o ordenamento jurídico do Estado. O que sempre vai pressupor uma profusão de normas nas democracias com relações sociais intrincadas, e jamais uma. Até onde a razão permite chegar, quimérico supor uma única lei universal apta a cotejar todas as ações humanas e que simultaneamente possa permitir, obrigar ou proibir. Em sequência, um ordenamento também não pode se limitar às normas de conduta. Normas de estrutura e de competência, para prescrever as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas, são indispensáveis⁶¹. Visto o porquê deste aglomerado normativo, há de se supor uma harmonia.

É inevitável que o ordenamento jurídico tenha disfunções provenientes das relações entre a infinidade de normas. Para transpô-las, primeiro é constatar a *unidade* cujo alcance passa pela hierarquização normativa. Além de ser uno, precisar ser *sistematiza* de modo a superar as (aparentes) antinomias jurídicas. Outra característica adicional é a *completude*; fornecendo soluções às eventuais lacunas do Direito. Decerto, estes são as maiores e mais frequentes desafios contidos no ordenamento jurídico na ótica interna. Para superá-las é exigido

⁵⁹ CASILLAS, J. M., *Los poderes del Estado*, p. 36 ss.

⁶⁰ “Por que deve a lei ter o sentido querido pela maioria? Está longe de ser pacífica a resposta. Há quem sustente que se trata de simples ficção ou convenção, de mera regra instrumental ou de preferência. Ou quem pelo contrário, identifique maioria com manifestação de racionalidade. Mas há ainda quem afirme que lhe subjaz um conteúdo axiológico, seja o princípio da igualdade, seja o princípio da liberdade (...)” Disponível em: MIRANDA, J., *Manual de direito constitucional*, tomo VII, p. 87.

⁶¹ BOBBIO, N., *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 33.

um esforço endógeno⁶² (ou estruturante do próprio ordenamento) e exógeno quando da sua efetivação através dos operadores do direito. Seja como for, encerrada a ordem normativa e/ou sistema normativo, rompe-se a base legal sobre a qual o Poder Judiciário far-se-á efetivo.

Como já repisado, a vida coletiva está na essência do Estado cujo objetivo basilar é a garantia de um mínimo de ordem (espécie do gênero bem comum) ao qual somente a ele é determinado. Então para a consecução deste fim, apoia-se substancialmente na realização da justiça. Importa lembrar que esta pode ser institucionalizada das mais diversas formas. Em termos sucinto, há três gêneros: autotutela, autocomposição e heterocomposição; não excludentes entre si. Este último; na medida em que os outros serão vistos com mais detalhe nas páginas subsequentes; pressupõe a presença de um terceiro imparcial que, mediante os fatos e argumentos apresentados pelas partes, promove o julgamento com base em um direito já instituído e traz a solução ao caso. Basicamente, se divide em duas espécies: arbitragem e a jurisdição. A última, como uma das manifestações naturais do *ius imperium* do Estado, passa a ser pormenorizada.

Mais precisamente é dado eco sobre a função estatal apta a evitar, compor, dispor sobre aqueles processos sociais dispersivos em que há identificação de algum atentado jurídico; sempre orientada pelos princípios da passividade, da imparcialidade e da independência de órgãos jurisdicionais ou instâncias⁶³. Por conseguinte, mediante a provocação de quem se sinta juridicamente lesado, confinado a todo arcabouço normativo estabelecido pelo ordenamento e soberano em seus julgamentos, o Poder Judiciário através das suas decisões singulares ou coletivas provoca a conexão entre uma condição ampla e imprecisa e as respectivas consequências jurídicas concretas.

O juiz acaba por fazer a transposição de um comando normativo no domínio geral e abstrato, pinçado do ordenamento jurídico, para uma regra jurídica individual e efetiva no mundo dos acontecimentos. *“É necessário verificar se o facto previsto em abstrato pela regra geral, existe em concreto, e, no caso afirmativo, aplicar, isto é, em primeiro lugar ordenar e, em seguida, fazer funcionar a sanção prescrita igualmente em abstrato. É êste o*

⁶² “Así conocen y admiten la existencia de las estructuras lógicas del Derecho, de modo que sin suponer en éste ese carácter de organismo viviente que le atribuía Savigny, encuentran en él la aptitud de integrarse constantemente por sí solo. No se trata de una integración genética y de hecho (...) sino de una integración sistemática por los fundamentos de la propia integración.” Disponível em: COSSIO, C., *La plenitud del ordenamiento jurídico*, p. 38.

⁶³ MIRANDA, J., *Funções, órgãos e actos do Estado*, 19.

*papel da sentença, é esta a função da justiça, do poder judicial*⁶⁴. Tudo se traduz em uma forma externa e impositiva de responder a conflitos derivados de posições e interesses contrapostos, por um terceiro oficial equidistante das partes, com a elucidação de uma controvérsia jurídica, para assegurar a pacificação.

Com esse propósito, o poder togado ostenta natureza secundária ou subordinada – como atividade jurídico-pública destinada a dar aplicação à Constituição e às leis⁶⁵. A existência primária ou pretérita de um ordenamento jurídico válido e efetivo é indispensável. Desde logo difundido nos ambientes de discussão forense, a pirâmide normativa de Kelsen tem de ser estabelecida para que os operadores do direito não trafeguem pelo arbítrio ou devaneio. Das cláusulas pétreas do texto constitucional original (pináculo) aos atos normativos individuais (esteio), o conjunto de regras e princípios estabelecidos devem nortear a todos detentores de personalidade jurídica. Inclusive o Estado (de direito) que à luz do princípio da legalidade somente deve agir nos termos da lei em *lato sensu*.

Da exposição feita a respeito dos poderes legislativo e judiciário, é legítimo afirmar que o Direito pode e deve ser compreendido sob os dois universos. O primeiro de cunho material (substantivo), relacionado à norma individualizada em termos de conteúdo cuja aptidão gramatical/semântica/finalística possa atender aos propósitos que levaram à sua edição. E o segundo no que toca a operacionalização ou a processualística (adjetivo) para dar efetividade àquela. Então, falar em eficiência do Direito é discorrer sob as duas perspectivas mutuamente complementares e sem que haja qualquer prevalência por uma.

Neste instante, é crucial estremar a palavra ‘eficiência’ na semântica jurídica. É usual os doutrinadores da Teoria do Direito apontarem para a diferenciação entre eficiência, eficácia e efetividade⁶⁶. Uma forma de classificar que, por vezes, pode gerar alguma confusão interpretativa. A despeito de como este assunto vem sendo tratado, com amparo da estrutura teórica desenvolvida nos tópicos anteriores, é admissível afirmar que a eficiência da norma jurídica observa uma lógica mais filosófica, enquanto a eficiência processual envereda mais para a perspectiva econômica. Para garantir a adequada clareza do sentido e alcance da eficiência jurídica, utiliza-se a mesma terminologia para ambas conotações.

⁶⁴ KELSEN, H., *Teoria geral do Estado*, p. 116.

⁶⁵ MORAIS, C. B. de, *Curso de Direito Constitucional*, tomo I, p. 36.

⁶⁶ SGARBI, A., *Introdução à teoria do direito*, p. 91.

Da abordagem feita no campo da filosofia, nota-se que a relação de causalidade é o fator de maior relevo. A vigência de uma norma também precisa ser avaliada neste enfoque. Contextualizando, uma ação é eficiente se dela resulta a consequência pretendida. O comando instituído deve ser capaz de uma sujeição conforme dos destinatários. Isto, no mais das vezes, é tratado por eficácia⁶⁷ da norma, no entanto, sob o viés filosófico ou causal, teremos por eficiência – palavra de mesma origem etimológica⁶⁸.

Em paralelo, ao abrigo do pensamento econômico, a eficiência passa pela otimização da utilidade – gerar o máximo de bens e serviços (*outputs*) com o mínimo possível de insumos (*inputs*). Há uma abominação do desperdício e uma vez atingido o eficiente de Pareto, cuidam-se apenas de possíveis redistribuições dos proventos (máximos). O cumprimento coercitivo da lei – ficando adstrito ao Poder Judiciário – exige eficiência sob esta ótica. Os recursos financeiros públicos destinados ao funcionamento da estrutura judiciária e seus operadores devem ser aplicados para que o maior número possível de ações seja julgado com a melhor qualidade. Aqui, atributos como capacidade, custo, celeridade e execução processuais ganham altivez. Quando não, é supor uma norma que possua efeito seja acatada, mas tudo ocorra de forma demasiadamente onerosa para as partes e inclusive para o Estado – em que os meios não justificam os fins.

Feita esta valorosa demarcação interpretativa sobre o gênero eficiência jurídica, retomemos a análise deste predicado nas espécies: norma e processo.

Em posição prévia, na seara normativa, imprescindível informar que eficiência não se confunde com validade e justiça enquanto valor. Pode-se supor que o ordenamento jurídico tenha uma norma eficiente, porém inválida e injusta. Um trio de variáveis positivas ou negativas em que todos os arranjos são possíveis.

A validade em muito se aproxima da expressão conformidade. Quando da sua edição, é patente identificar que a norma observou todo o rito legislativo esperado à produção jurídica pretendida. De acordo com os procedimentos prescritos, cingindo a competência até a publicação. Para este enquadramento, a doutrina entende por validade formal. Em acessão, há igual necessidade da norma estar conforme às outras hierarquicamente superiores já contidas no ordenamento jurídico – ser compatível e assim recepcionada no sentido substancial ou

⁶⁷ “El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (...)” Disponível em: BOBBIO, N., *Teoria general del derecho*, p. 35.

⁶⁸ “Eficácia: *efficacitas, efficientia* (...)” Disponível em: *Dicionário de português- latim*, p. 240.

material. Para assegurar o *sistema* normativo, vê-se que as duas conformidades, embora independentes entre si⁶⁹, são indispensáveis.

O valor de justiça em certa medida pode-se confundir com a validade, mas a extrapola. Este predicado encontra sua essência no direito natural – os padrões consagrados pelo ser humano como imaculados e invioláveis. A justiça pretende correspondência das normas aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico⁷⁰. Resgatando uma expressão aqui já utilizada, tem por sinônimo a dignidade da pessoa humana – “*um conceito-síntese (um ‘Inbegriff’), uma vez que concentra numa unidade significativa todas as razões do valor da pessoa para o Direito*”⁷¹. Para não ficar tão preso no campo da abstração, em que pese as idiosincrasias dos ordenamentos jurídicos domésticos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos acolhe um número considerável direitos e deveres “justos” das sociedades ocidentais a seu próprio tempo. Ao fim e ao cabo, a justiça esperada na norma vem da tensão entre o “real (é)” e o “ideal (dever ser)”.

Esclarecidos ambos os predicados e pressupondo-os hígidos, o interesse regressa à eficiência⁷² da norma. A partir do que já foi esboçado, para identificar este atributo, dois questionamentos precisam ser feitos: há ou não o cumprimento por parte de quem a ela é endereçada? E diante do incumprimento do destinatário, a autoridade estatal instituidora dispõe de meios coercitivos para sancionar?

À primeira questão é trazida como a eficiência compulsória. A norma jurídica é imperativa, seu efeito primário consiste em impor um dever jurídico a cargo dos destinatários da mesma. Sejam por razões meramente axiológicas ou o receio atinente à transgressão, uma vez editada, a subordinação à norma (ou o ajuste comportamental estabelecido) *deve ser* esperada. Em termos extremos de eficiência, pode-se imaginar aquelas cumpridas universalmente de maneira espontânea, sugerindo inclusive a dispensabilidade⁷³ – exemplo, em alguns países, da utilização do cinto de segurança pelos passageiros de automóveis em que o

⁶⁹ “Again, in terms of logical possibilities, a system might have laws quite good in content, yet be highly deficient in formal legality. For example, the system might fail to publish laws adequately, fail to lay them down in advance, and fail to accord procedural due process.” Disponível em: SUMMERS, R. S., *The Formal Character of Law*, p. 257.

⁷⁰ BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, p. 33.

⁷¹ FRADA, M. C. da, *O conceito da dignidade da pessoa humana*, p. 143.

⁷² Cumpre fazermos um importante esclarecimento semântico. O rigor linguístico sugere uma distinção entre as palavras eficiência e eficácia. Contudo, este texto acadêmico não tem a pretensão de distingui-las quando do estudo das normas jurídicas. *In casu*, entende-se que o uso daquela já compreende esta.

⁷³ BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, p. 35.

hábito já superou a imposição legal. Em sentido contrário, quando a norma é simplesmente ignorada, vem a lume o caso da *Prohibiton* – a chamada Lei Seca norte-americana entre 1920 e 1933: “*The level of consumption was virtually the same immediately after Prohibition as during the latter part of Prohibition (...)*”⁷⁴. Em regra, havendo uma prevalência pela estabilidade social, os súditos tenderão a proceder entre os extremos, cabendo ao Estado o papel sancionador quando constatada uma conduta desconforme ao ordenamento jurídico.

Como outro lado da moeda, o indivíduo ao desprezar a condição de destinatário da norma acaba por transferi-la ao Estado. A omissão legal do primeiro converte-se em atuação imperativa do segundo. É o que se pode chamar de eficiência repressiva. Neste ponto, surge a necessidade de uma resposta oficial sancionatória. Há de se esperar a subordinação estatal quando da necessidade de penalizar o infrator. Supondo que uma ordem normativa estatui sanções, pressupõe-se o desejo de evitar o mal estatuído para o caso de violação da norma; de obter o bem estatuído para o caso do cumprimento da norma – o motivo da conduta adequada à norma⁷⁵. Diferentemente da relação súdito-norma traçada no parágrafo anterior, aqui há destaque ao chamado poder-dever estatal indisponível, inalienável derivado da já estudada soberania interna. Não dispor destes preceitos normativos secundários ou não os exercer é sinônimo de impunidade e consequente instabilidade social. Diante da diversidade com que podem ser assentadas, em síntese, as sanções classificam-se em: preventivas – no sentido de evitar o incumprimento – ou sucessivas (propriamente ditas): pena, restituição forçada, ressarcimento do dano, reparação do prejuízo e nulidade de atos jurídicos são alguns exemplos mais usuais.

Valendo-se da pena, para exemplificar a ineficiência da norma pela vertente sancionatória, tem-se: o recente estudo realizado sobre os homicídios esclarecidos no Brasil – apenas 37% destes crimes realizados em 2019 foram “solucionados” (leia-se: autor apontado) até final de 2020⁷⁶. De antemão, houve em quase dois terços dos casos a incompetência estatal para identificar a autoria delitiva, em um período inferior a 02 anos a contar da ocorrência do crime; o que demonstra uma elevada dificuldade sancionatória da justiça brasileira. Em grande medida, esta situação de ineficiência da norma perpetrada pelo Estado chega a ser mais grave

⁷⁴ MIRON, J. A., ZWIEBEL, J. *Alcohol consumption during Prohibition*, p. 02.

⁷⁵ KELSEN, H., *Teoria geral das normas*, p. 176.

⁷⁶ TOMAZELA, J. M., *Estudo mostra que o Brasil só esclarece 37% dos homicídios*.

do que aquela intentada pelos jurisdicionados, uma vez que aquele monopoliza a força e foi instituído para este fim.

Logo, qualquer conduta realizada por ambos destinatários da norma, distintas da previsão normativa, manifestará algum grau de ineficiência. O paralelismo em termos de (in)ação/reação tem de ser imediato. O conteúdo da norma, no contexto social em que está inserida, precisa em algum grau motivar os destinatários à consecução⁷⁷ ou, na face oposta, impingir o Estado a responder eventual afronta. É falar da norma, respectivamente, quanto a repercussão social voluntária de realização e a responsabilidade de fazê-la cumprir com o apoio de quem detém o monopólio da força física⁷⁸. Do contrário, a norma simplesmente perde o propósito para o qual foi criada e sofre o que se pode chamar de ab-rogação tácita social e/ou estatal. O *ser* acaba por devorar o *dever ser*, trazendo o arbítrio e o ceticismo com o poder outrora contratado.

Há um contraponto à situação retro ao pensar que a lei possa ser salvação para todos os males. Ainda que todos os destinatários da norma queiram levar o seu cumprimento ao cimo, por vezes o resultado social pretendido não é alcançado. Isto ocorre com maior relevo nos países de tradição romanística onde a lei (*codex*) é exacerbada. A sua mitificação leva a que se confunda a solução de problemas reais com a emissão de leis⁷⁹. Há eventos cuja solução depende de políticas administrativas, sociais e/ou econômicas, que em nada contribuirá a produção legislativa. É dizer que uma lei pode ser tão impecável quanto imprestável. Para elucidar, veja o inciso IV, do artigo 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, ao apontar um dentre o rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: “*salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*”. A intenção do constituinte segue formidável, no entanto o poder de compra de qualquer salário-mínimo observa uma infinidade

⁷⁷ “As razões para o sucesso (ou fracasso) dessa repercussão são inúmeras. Todas elas encontram-se resumidas na ‘correspondência’ ou ‘não correspondência’ entre a norma N e o seu uso pelos seus destinatários no tempo T.” Disponível em: SBARGI, A., *Introdução à teoria do direito*, p. 94.

⁷⁸ “*The life-span of a prescription is thus the duration of a relationship between a norm-authority and one or several norm-subjects. As long as this relationship lasts, the prescription is said to be in force. The existence of a prescription is not the fact, as such, that it has been given, but the fact that it is in force.*” Disponível em: WRIGHT, G. H. von, *Norm and action – a logical enquiry*, p. 118.

⁷⁹ ASCENÇÃO, J. O., *O direito – introdução e teoria geral*, p. 306.

de variáveis que passa muito distante da mera intencionalidade daquele. Na prática, é tarefa da ciência do Direito formular eventos comportamentais da realidade na forma de norma jurídica, para assim conferir ao comportamento fático um sentido especificamente jurídico-positivo e não moral, estético e etc⁸⁰. Mais do que nunca, antes de qualquer providência normativa, o legislador precisa sempre se questionar se o fenômeno social a ser tratado exige ou não uma resposta jurídica. Esta reflexão é o primeiro passo para vislumbrar a eficiência da provável norma. De resto, estabelecer as fronteiras dentro das quais poderá transitar.

Feita esta ressalva, necessário assinalar a existência de limites na eficiência da norma jurídica. A ponderação conceitual tem respaldo nos aspectos pessoais, temporais e territoriais⁸¹. Impossível supor uma norma absoluta ao ponto de atingir do mesmo modo todos aqueles com personalidade jurídica, a *ad aeternum* e em todos os lugares. Situações como a ignorância da lei, erro de direito, vigência, (ir)retroatividade, potestade normativa exclusiva territorial, direito internacional público são circunstâncias que de algum modo promovem um contorno relativizado das normas. Condicionantes intrínsecas a um ordenamento jurídico sistematizado e cuja harmonia entre regras e princípios se espera.

Colocando termo ao assunto, para dar início à eficiência adjetiva, resta tecer alguns comentários a respeito da avaliação da norma em termos de eficiência. De início, pressupondo um Estado democrático de direito, os indicadores utilizados devem também estar infundidos com este valor. Esta premissa é parte essencial para identificação da vontade popular cuja concretização percorre os programas eleitorais, as declarações do governo, respectivos programas e base normativa que se pretende desenvolver. Dito isto, “*el resultado de las evaluaciones puede ser considerado de dos maneras: antes de adoptar una legislación, evaluación prospectiva, ‘ex ante’, o evaluación del proyecto normativo; evaluación retrospectiva, ‘ex post’, o evaluación de las Leyes que están en vigor, orientada a su posible modificación.*”⁸² Como será demonstrado, ambas são complementares entre si de sorte que a apropriada realização de uma favorece a consecução da outra e vice-versa.

A avaliação prospectiva tem por objeto os efeitos possíveis da ação legislativa que se planeja. Busca-se o detalhamento do cenário em que geralmente dar-se-á sua própria execução, mediante simulações, análise de sistemas. Dentre os muitos questionamentos aptos

⁸⁰ VESTING, T., *Teoria do direito – uma introdução*, p. 65.

⁸¹ QUIÑONES, F. R. F. de, *Introducción al derecho*, 353.

⁸² CHINER, M. J. M., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, p. 123.

a confirmar a eficiência *ex ante*, cite-se: a norma afeta direitos fundamentais ou liberdades econômicas? A execução da norma exige uma previsão orçamentária (recursos humanos, materiais) que pode ser calculada no momento da elaboração do projeto? A norma prevê uma organização administrativa capaz de colocá-la em curso? É possível mensurar a reação dos destinatários frente a norma – a potencialidade conflitual jurídica? Logo, quanto maior a inquirição e maior o exaurimento das respostas, mais acertado estará o legislador ao editar a norma.

Quanto a avaliação retrospectiva ou concomitante, o objeto de estudo são as consequências da norma já em vigor. A pretensão está no acompanhamento da finalidade pretendida, no comportamento dos agentes envolvidos e nas fortuitas externalidades ocasionadas. Por mais criteriosa que tenha sido a avaliação *ex ante*, no momento em que a lei é aplicada aos destinatários ou entra em relação com as atividades cotidianas, é inevitável a ocorrência de disfunções (até então imprevisíveis) que vão além da letra, da forma, da semântica, da situação dos preceitos contidas no texto, etc⁸³. As indagações avaliativas têm a seguinte conotação: os litígios decorrentes da norma apontam para um despreparo social no sentido de não resistir à regulação prevista? Os mandamentos são suficientemente claros e precisos para evitar a insubordinação? Outras alterações legislativas têm impactado no propósito inicial da norma em análise? As transformações sociais (ciência, tecnologia) repercutem na realização da norma? Estas e outras perguntas são importantes para que as conclusões extraídas sirvam norte à atualização legislativa, seja por revogação, emenda ou edição de novas leis.

Feita esta articulação explicativa em torno da eficiência no âmbito das normas jurídicas, oportuno prosseguir o estudo à luz processual – o emprego da norma pelos operadores do direito nos domínios do Poder Judiciário. Neste ponto, a ênfase guarda estreita relação com economicidade. O aproveitamento de todos os recursos disponíveis (humano, estrutural, financeiro), trabalhando na fronteira de possibilidade de produção, busca-se os melhores e maiores resultados. Um nível ótimo de produtividade judicial em que qualquer melhoria em outra função estatal representaria o prejuízo daquela (Pareto). A relevância do conteúdo é bem representada nas redações dos Códigos de Processo Civil – CPC português⁸⁴ e brasileiro⁸⁵;

⁸³ CHINER, M. J. M., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, p. 122.

⁸⁴ Lei n° 41, de 26 de junho, Assembleia da República, 2013.

⁸⁵ Lei n° 13.105, de 16 de março, Congresso Nacional, 2015.

sendo naquele implícito e neste explícito. O texto lusitano, ao tratar ‘Das disposições e dos princípios fundamentais’, traz no artigo 6.º o título ‘Dever de gestão processual’. O item I, em síntese, impõe ao juiz a direção ativa e o andamento célere do processo, promovendo as diligências pertinentes e adotando mecanismos de simplificação e agilização processual para uma composição em prazo razoável. Não obstante o excerto personifique no juiz um dever processual, em verdade a menção abarca todo o Poder Judiciário. O poder de direção do juiz no processo supõe obviamente que adote comportamentos que potenciem a eficiência da resposta judiciária⁸⁶. Na mesma toada e personificação, porém com uma abordagem literal, o artigo 8.º do CPC brasileiro informa que o juiz, quando da aplicação do ordenamento jurídico, deverá observar, entre outros princípios, a eficiência. Traduz no compromisso de adequação do tempo e custos da solução de cada litígio – proporcionalidade entre os meios e os fins que são cotejados pela administração judicial⁸⁷. Ambos os exemplos bem salientam a preocupação do legislador infraconstitucional em mirar uma solução à controvérsia judicial garantida por uma processualística idônea.

A última contribuição doutrinária citada traz uma valorosa reflexão sobre a relativização da eficiência⁸⁸. O legislador ao sugerir qualquer alteração processual neste sentido deve ter em mente o aparecimento de potenciais reveses – pode haver um ou mais custos sociais ou mesmo jurídicos a pagar. A proporcionalidade, razoabilidade, ponderação são indispensáveis para que o menor ônus seja absorvido. Aliás, não é por outra razão que a eficiência é termo que encontra complemento na noção de “efeito perverso”⁸⁹. Sob a ótica econômica adotada, o êxito processual tem seu preço. Para tanto, basta imaginar uma situação em que o Estado, desejando tornar o *iter* processual menos oneroso e mais célere, opta pela extinção de determinada modalidade recursal. Por óbvio, esta providência supressiva configura um prejuízo em termos de defesa jurídica das partes em litígio. Todavia, o ganho em termos de corte de recursos financeiros para manter o processo e de diminuição do tempo de tramitação podem justificar este impedimento revisional. São diante destes dilemas que o interesse da coletividade deve se posicionar, renunciando o que for necessário para construir este conceito plástico de eficiência processual cuja manifestação se dá em muitos aspectos.

⁸⁶ GERALDES, A. S. A., *et. al.*, *Código de processo civil anotado*, p. 31.

⁸⁷ MARINONI, L. G., *et. al.*, *Código de processo civil comentado*, p. 179.

⁸⁸ MARINONI, L. G., *et. al.*, *Código de processo civil comentado*, p. 181.

⁸⁹ SGARBI, A., *Introdução à teoria do direito*, p. 98.

*Swift justice is the sweetest*⁹⁰. Dentre as muitas formas de identificar uma relação jurídico-processual como eficiente, é provável que a duração seja a que maior destaque tenha. Enquanto a controvérsia não é solucionada, as partes não têm a pretensão satisfeita. Aqui, deve figurar a máxima: “a omissão é pior que o não”. O litígio precisa ser levado a cabo não somente para atingir o resultado *inter partes* justo, mas também para extravasar estes limites e concretizar o interesse social maior atrelado à célere pacificação. Para enaltecer esta preocupação, tem-se a referência ao item 1, do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹¹, exigindo que a causa proposta seja examinada em prazo razoável – uma redação similar é reproduzida no item 4, do artigo 20, da Constituição portuguesa. Não sendo assim, a morosidade do processo judicial é sinônimo irrefutável de atos e negócios jurídicos permeados por desconfiança, instabilidade e insegurança. Inverter esta lógica demanda uma permanente fiscalização legislativa e ou judicial.

Perceber o processo como algo duradouro pressupõe duas justificativas independentes e/ou concomitantes. Uma de ordem objetiva ou normativa e outra subjetiva ou de atuação daqueles que de algum modo o (deveria) impulsionar. A primeira hipótese quer significar uma legislação processual incompatível⁹² com a urgência temporal pretendida pelas partes e pelo próprio Estado. Quando o conteúdo legal determina atos processuais desnecessários; prazos demasiadamente longos para manifestações; inúmeras modalidades recursais; estabelecimento de prazos impróprios (ou de mera sugestão); irresponsabilidade por conduta omissiva ou negligente; prescrição, preclusão e decadência inefetivas; entre outros. Este rol ilustrativo demonstra que a lentidão processual de índole geral, por vezes, pode ser saneada com reformas legislativas, abstendo os destinatários da norma de qualquer encargo. Pela facilidade de constatação do(s) entrave(s) e por depender exclusivamente de vontade política, a solução neste caso tende a ser menos complexa.

Coexistentes aos possíveis vícios da norma processual, podem ser identificadas falhas no cumprimento desta pelos operadores do direito quando diante da efetiva ação judicial. É cediço que cada demanda dispõe da sua própria complexidade em termos de

⁹⁰ Frase proferida pelo pensador Francis Bacon ao receber a honraria de Senhor Chanceler da Inglaterra, em 1617.

⁹¹ *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Conselho da Europa, 1950.

⁹² “*Il est, en revanche, indifférent que le retard ait été causé par des organes du pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire (...) Pas davantage, l'Etat défendeur ne saurait exciper des insuffisances de son droit interne ou de l'état de son organisation judiciaire pour se soustraire à ses obligations au titre de l'article 6 de la Convention.*” Disponível em: VELU, J., ERGEC, R., *La convention européenne des droits de l'homme*, p. 447.

exames fáticos e jurídicos, sendo impossível uma padronização temporal ampla entre a propositura e a decisão definitiva⁹³. Em verdade, no mais das vezes, esta mensuração deve se dar diante do caso concreto – legislação processual vigente, número de partes, causas de pedir e pedidos, instrução probatória, gestão serventuária, diligência das partes e do juízo. Um conjunto de circunstâncias que trazem ao predicado ‘razoável’ uma elevada carga factual, razão pela qual torna-se impossível a legislação fixar um prazo específico ao termo da decisão. São parâmetros cuja análise articulada permite constatar algum *gap* ou atraso na duração da causa⁹⁴. Não raro, cortes internacionais ou o próprio Poder Judiciário doméstico realiza esta fiscalização em meio à provocação – geralmente por uma das partes. Senão, vejam-se trechos contidos nos acórdãos proferidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH e pelo Tribunal Central Administrativo – TCA Sul, respectivamente, nos processos n.º 49.812/09⁹⁵ n.º 09424/12⁹⁶:

TEDH:

“146. According to the applicant company, the starting-point for the purposes of the reasonable-time requirement was the notice of rectification of its tax return for the 1993 fiscal year, dated 5 October 1995. It submitted that the administrative phase alone, before the regional director, had lasted for four years and seven months, well in excess of the “normal” length of time allowed for giving an administrative decision. In the applicant company’s submission, there were no circumstances capable of justifying such a delay, for which the State was entirely responsible. The subsequent judicial phase had lasted for almost nine years, across three levels of jurisdiction; this could not be regarded as reasonable either.”

TCA Sul:

“I – Qualquer que seja o critério que se adopte, a demora de mais de dezassete anos para efeitos de realização de julgamento e de proferimento de decisão em primeira instância, é manifestamente excessiva, ultrapassando em muito os prazos fixados em lei. II – O direito a uma decisão em prazo razoável tem consagração constitucional no art. 20.º, n.º 4 da Constituição e no art. 6º da

⁹³ XAVIER, R. L., *et al.*, *Elementos de direito processual civil*, p. 139.

⁹⁴ FREITAS, J. L. de, *Introdução ao Processo Civil*, p. 146.

⁹⁵ Ac. do TEDH, de 03 de novembro de 2022, processo n.º 49.812/09.

⁹⁶ Ac. do TCA Sul, de 21 de novembro de 2013, processo n.º 09424/12.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (...) É associar o respeito pelo prazo razoável à eficácia e credibilidade da justiça (...)"

Em ambos os casos, ainda que tenha existido um cumprimento ilibado da norma processual vigente, o modo de conduzi-la foi temporalmente desarrazoado. Em outras palavras, a duração excessiva de um processo acaba por ser imputada aos próprios litigantes ou órgão julgador ou à administração judiciária, quando se presume que a norma não ostenta qualquer vício desta ordem⁹⁷. Neste ponto, a averiguação do atraso exige uma análise pormenorizada dos autos e a reflexão a respeito de elementos volitivos – dolo e culpa; tornando-a mais hermética.

Na tentativa de se evitar esta ineficiência processual subjetiva, alguns institutos e sanções revelam-se indispensáveis. Para o controle dos litigantes, o instituto da preclusão desempenha um papel da maior relevância. Significando a perda do direito de manifestação do autor ou do réu no processo, impossibilitando a prática de atos, ela pode se dá nas modalidades temporal, lógica, consumativa. Para os demais casos, a responsabilidade funcional dos integrantes do Poder Judiciário serve para inibir e punir eventuais procrastinações. Não bastassem, não se pode olvidar de outras providências relacionadas à responsabilidade civil⁹⁸ e criminal em que todos os envolvidos podem também se sujeitar.

Mantendo-se na linha da eficiência processual, relevante tecer algumas considerações a respeito do custo financeiro do litígio judicial. De antemão, convém relembrar que a função jurisdicional do Estado não configura uma atividade econômica e tampouco tem um ímpeto arrecadatório. A finalidade precípua, enquanto *ultima ratio* no desenlace da contenda jurídica, muito se afasta dos conceitos: lucratividade, superavit ou receita pública originária ou derivada. Por conseguinte, em uma visão holística, a contraprestação pecuniária exigida dos usuários da Justiça deve⁹⁹ (deveria) corresponder ao montante estritamente necessário para fazer frente às suas despesas de funcionamento¹⁰⁰. Não por acaso, este tributo

⁹⁷ HESS, B., JAUERNIG, O., *Manual de derecho procesal civil*, p. 189.

⁹⁸ “Un proyecto de ley aprobado por el Gobierno Federal el 18 de agosto de 2010 (de reforma de los §§ 195 y ss. GVG-E) pretendia introducir un recurso por inactividad (atribuido a los OLG) con una indemnization em favor de las partes en juicio de 1200 euros por cada año de retraso.” Disponível em: HESS, B., JAUERNIG, O., *Manual de derecho procesal civil*, p. 189.

⁹⁹ “Austria still stands out for the highest percentage of court fees relative to the judicial system budget (97%), meaning that the court fees finance almost the entire Austrian judicial system budget.” In: Council of Europe European Commission for the efficiency of justice – CEPEJ, part 1, p. 34.

¹⁰⁰ “Muito embora a equivalência entre o dispêndio gerado e o tributo exigido seja amplamente defendida pela doutrina e pelos tribunais, a sua aplicação (individual) é de veras complexa, porquanto a mensuração do custo da

cobrado pela Administração judiciária ser marcado pela bilateralidade (sinalagmático) e proporcionalidade (equivalência); sem perder de vista a relativização deste ônus, uma vez que o acesso à Justiça é um direito fundamental e a tal exigência não pode configurar um óbice.

Tomando por representação o ordenamento jurídico português, no gênero identificado por custas processuais, há a espécie taxa de justiça. Conceitualmente, o CPC¹⁰¹ a define como “o montante devido pelo impulso processual de cada interveniente e é fixado em função do valor e complexidade da causa – n.º 2, do artigo 529.º. Uma recompensa ao Estado para que este possa *dizer o direito*. Razão pela qual a expressão legal utilizada buscou referência na doutrina tributária quando do estudo sobre as espécies de tributos. Corroborando este entendimento, é falar em uma “prestação pecuniária que o Estado, em regra, exige aos utentes do serviço judiciário no quadro da função jurisdicional por eles causada ou da qual beneficiem, ou seja, trata-se do valor que os sujeitos processuais devem prestar como contrapartida mínima relativa à prestação aquele serviço”.¹⁰² A natureza jurídico-tributária de taxa também já foi chancelada no escopo jurisprudencial. Debruçando-se sobre o tema, o Tribunal Constitucional – TC há longa data firmou a seguinte orientação no acórdão n.º 248/94¹⁰³:

O que se chamara de imposto de justiça "não tem a natureza de um imposto, mas sim, verdadeiramente de uma taxa". O que está em causa é "a prestação, ao menos em parte, de contrapartida pela utilização do 'serviço de justiça'" e não a arrecadação de receitas para o Estado como modo de lhe proporcionar os meios financeiros necessários à prossecução dos seus encargos gerais, como é o caso dos impostos.

Do que foi exibido tem-se a compreensão da eficiência processual também em termos de custo. Quanto menos a implementação e funcionamento da atividade jurisdicional demandarem em termos de recursos econômicos, mais acessível e barato será este serviço público ao jurisdicionado. Sem que haja prejuízo aos direitos e garantias fundamentais, é perseguir de modo contínuo a ideia de se fazer mais com menos. Mantendo-se em Portugal, em 2022, a CEPEJ, com dados de 2020, publicou o *European judicial systems – CEPEJ Evaluation*

atividade estatal é, no mais das vezes, impraticável”. Disponível em: MOREIRA, A. M., ESTANISLAU, C. V., *As taxas e o princípio da equivalência entre a sua arrecadação e os custos da atividade estatal*, p. 34.

¹⁰¹ Lei n.º 41, de 26 de junho, Assembleia da República, 2013.

¹⁰² COSTA, Salvador da, *As Custas Processuais – Análise e Comentário*, p. 135.

¹⁰³ Ac. do TC, de 22 de março de 1994, processo n.º 240/89.

Report acerca do presente assunto¹⁰⁴. Dentre as muitas informações ali contidas, restou demonstrado que Portugal tem uma das Justiças mais caras entre os países integrantes do Conselho da Europa, composto por 46 países. A uma, por ser uma das poucas nações a cobrar taxas judiciais não somente de ações cíveis, mas também criminais. A duas, porque a receita anual *per capita* obtida pelos encargos judiciais é uma das mais altas neste universo – de 10 a 20 euros *per capita*. Detalhando esta última informação, em 2020, o portal de notícias ‘Público’ divulgou que as taxas cobradas pelos tribunais lusos em face dos respectivos utentes eram 64% superiores à média europeia: 12,6 euros por habitante, enquanto a média do Conselho não ultrapassava os 7,67 euros¹⁰⁵. Com efeito, os dados apresentados apontam que as taxas judiciais portuguesas são demasiadamente altas, sugerindo, pela natureza do tributo, um Poder Judiciário oneroso.

A diminuição do custo da Justiça e a conseqüente redução da sua fonte de financiamento passam por iniciativas das mais diversas ordens. Atualmente, impulsionada pela lastimável COVID-19, há o incremento da informatização/virtualização da relação processual como ganho de eficiência em termos operacionais. Em muitos países, ações são inauguradas e encerradas sem que haja construção/movimentação de qualquer documento de suporte físico. Audiências também são realizadas em ambientes virtuais. Embora sejam necessários investimentos iniciais em equipamentos e tecnologia da informação, no longo prazo, a economia em termos de materiais, espaços físicos, deslocamentos justificam e representam um saldo positivo para constituir uma justiça menos dispendiosa.

Um terceiro desdobramento axiológico do princípio da eficiência no plano processual é o da efetividade ou concretização do direito material. O processo não pode ser fim em si mesmo e deve sempre perseguir a confirmação ou rejeição, ainda que parciais, dos pedidos pretendido pelo autor. A distribuição justa do bem da vida entre os litigantes significa a real utilidade do instrumento¹⁰⁶. Mais uma vez, o foco é sempre a pacificação das controvérsias judiciais.

Muitas são as ferramentas aptas a viabilizar o desfecho do processo com resolução do mérito ou com efetiva tutela do direito material. De início, é trazido à baila a importância de institutos processuais associados às medidas de urgência como as cautelares e

¹⁰⁴ European judicial systems – CEPEJ Evaluation Report, part 1, p. 33. (Vide referências)

¹⁰⁵ HENRIQUES, A., *Tribunais portuguesas cobram taxas de justiça muito superiores à média europeia*.

¹⁰⁶ GONÇALVES FILHO, J. G., *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*, p. 38.

antecipatórias. As primeiras com o propósito de garantir a integridade daquilo que esteja em discussão. Ao passo que as últimas, com fortes fundamentos fáticos e jurídicos preliminares, já permitem que o bem da vida possa ser fruído pelo autor antes mesmo do trânsito em julgado. Embora ambas as providências estejam maculadas pela precariedade, quando viáveis, há um nítido intento de preservar aquela real utilidade.

Em conjunto, necessário abordar a aplicação racional dos meios processuais. Quanto mais irradiante e enxuto o rito processual, maior a sua produção de efeitos e menor a probabilidade de dissipação dos interesses confrontados. O esperado é que cada processo, por um lado, resolva o maior número possível de litígios (economia de processos) e, por outro, comporte apenas os atos e formalidades indispensáveis ou úteis¹⁰⁷. Não há falar em “desperdício” – tudo o que for praticado pelas partes, juízo e serventuários da justiça deve impulsionar o processo para o caminho mais simples e célere da famigerada decisão definitiva de mérito. Daí a necessidade de mecanismos de controle visando, quando for o caso, a responsabilidade disciplinar e a litigância de má-fé; e o aproveitamento máximo dos atos processuais já praticados, devendo as nulidades serem rigorosamente compartimentadas com o intuito de não contaminar os hígidos. Quanto a um só processo poder irradiar efeitos em termos subjetivos e objetivos, dispensando novas proposituras, busca-se o chamado ganho em escala. Disposições normativas¹⁰⁸ autorizadas do litisconsórcio (art. 35.º), coligação de autores e de réus (art. 36.º), ampliação de pedido e causa de pedir (art. 264.º), reconvenção (art. 266.º), entre outros institutos, asseveram o compromisso do legislador processual em dar à efetividade um predicado plural.

Para além das tutelas de urgência e das considerações sobre a economia processual, a qualidade das decisões judiciais da mesma forma robustece a efetividade processual. Independentemente da instância, a excelência material e formal de uma sentença ou de um acórdão reduzem as chances do(s) sucumbente(s) – imaginando uma parcial procedência – se insurgirem em sede recursal ou, no mínimo, tornam o trabalho da Corte superior menos complexo. O trânsito em julgado da decisão de mérito é abreviado – “(...) *ai fini dell'economia della decisione si resolve nell'opportunità formale di evitare argomentazioni inutili; (...)*”¹⁰⁹ Resta saber como preconizar esta utilidade.

¹⁰⁷ ALMEIDA, F. M. L. F. de, *Direito processual civil*, vol. I, p. 264.

¹⁰⁸ Lei n.º 41, de 26 de junho, Assembleia da República, 2013.

¹⁰⁹ COMOGLIO, L. P., *Il principio di economia processuale*, p. 221.

Nesta altura, surge o dever da autoridade julgadora observar, de pronto, o princípio da congruência ou correlação, demonstrando que conhece integralmente os autos e, com maior relevo, os pedidos aduzidos pelo autor; informar acertadamente o direito (legislação) aplicável à solução da lide; determinar a produção das provas indispensáveis, seja de ofício, seja a partir do ônus das partes para viabilizar uma (re)construção fática da controvérsia; interpretar e construir esta subsunção fático-normativa para que a decisão esteja apoiada em razões jurídicas que a justifiquem, com o intuito de responder à exigência de racionalidade do discurso jurídico e à finalidade de controle intersubjetivo do exercício do poder estatal pelas partes e pela sociedade em geral¹¹⁰. Uma confluência de fatores para gerar um resultado que esteja sob o abrigo da coerência e com aptidão para ser replicado em casos futuros idênticos (universalidade). Quanto ao predicado ‘coerência’, há uma dupla dimensão a ser observada. A interna em termos de construção lógica do direito aplicado ao caso concreto. E a externa quando da observância dos precedentes (*leading cases*) outrora analisados pelas cortes superiores com razões de decidir bem consolidadas à unicidade do Poder Judiciário. É com este conjunto elementar de cautelas da autoridade julgadora que uma sentença ou acórdão podem ter a qualidade esperada¹¹¹ para alcançar a efetividade enquanto vetor da eficiência processual.

O desenvolvimento teórico apresentado neste primeiro capítulo teve a pretensão de definir alguns contornos à ideia de eficiência. De partida, antes mesmo de dar início às reflexões sobre o predicado, buscou-se identificá-lo no contratualismo contido na Teoria Geral do Estado. Com especial relevo às funções públicas administrativa e jurisdicional. A renúncia de bens e direitos individuais perpetrada pelos súditos carrega forte expectativa sobre a atuação estatal legitimada. Esta compreensão à luz de uma abordagem neutra, mais atrelada aos aspectos etimológicos e semântico, traz a ideia de causa e efeito (desejado, rápido, bem-sucedido, etc). Um aspecto central cujo desenvolvimento, em termos filosóficos, pressupõe um resultado (acidente) mínimo e/ou pretendido (útil ou volitivo) a partir da interação entre o agente (causador) e o paciente (recebedor). Em complemento há a visão econômica do tema. Transitar sobre a “fronteira de possibilidade de produção” - otimizando a utilização de insumos para produzir a maior quantidade possível de bens e serviços. O

¹¹⁰ MARINONI, L. G., *et al.*, *Curso de processo civil*, p. 412.

¹¹¹ “A força da decisão judicial é a sua compatibilidade com as condições concretas da sociedade, é a sua adequação ao critério do que é razoável, presente a lei, com o que o julgado e a sua consequência têm equilíbrio.” Disponível em: DIREITO, C. A. M., *A decisão judicial*, p. 16.

desperdício é rechaçado. Ademais, busca-se o estado em que não é possível melhora a utilidade de um sem piorar a de outrem (Pareto). Por conseguinte, são ambas as perspectivas científicas que auxiliam no entendimento do que vem a ser a eficiência no Direito. Sob a ótica material (ordenamento jurídico) aplica-se a leitura filosófica – a potencialidade da regra ou princípio para produzir o efeito esperado a todos os destinatários. E sob a dimensão processual (subjéctiva) tem-se a conotação econômica dimensionada na duração, custo e efetividade do processo.

Sem excluir outras formas de tratamento do assunto, ambas as perspectivas e os seus desdobramentos devem ver percebidos pelos operadores do direito como indispensáveis para assegurar uma função jurisdicional eficiente. Agora, resta estreitar este entendimento à realidade jurídico-tributária processual com um olhar nos custos de transação.

2 – UMA JUSTIÇA FISCAL EFICIENTE COM ENFOQUE NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

2.1 – Reflexão sobre a eficiência na Justiça Fiscal

À primeira vista este subtítulo pode soar redundante. Porque espera-se que a realização de uma Justiça Fiscal somente seja possível se for eficiente. De qualquer modo, explicitar como este predicado integra uma fiscalidade justa significa dar maior clareza a esta simbiose. Reverbera no comportamento do contribuinte e da Administração tributária, em torno do crédito liquidado/lançado, impulsionando-os para uma maior abertura em termos de resolução de controvérsia.

A atuação financeira do Estado é uma atividade-meio indispensável para que haja a promoção de direitos e garantias das mais diversas espécies e a oferta de bens e serviços complementares àqueles fornecidos pelo livre mercado. Um agir público que contempla a reunião indissociável de três atos: obtenção de receitas, realização de despesas e elaboração orçamentária¹¹². No que toca às ações voltadas ao próprio financiamento, há falar em basicamente duas fontes ou origens dos recursos: originária ou derivada. Afirmar que o incremento do erário se dá pela primeira via significa que o Estado esteja desempenhando atividade típica de agente econômico. Para exemplificar, cite-se as instituições financeiras (bancos comerciais) estatais e a exploração monopolística de alguns recursos naturais como minério e petróleo. Em concomitância, as fontes de receitas classificadas como derivadas são, na sua essência, extraídas do patrimônio da coletividade por força do legítimo *jus imperii* conferido ao Estado. Uma atenuação a um direito fundamental de primeira geração: a propriedade privada.

Ao debruçar sobre a composição das receitas públicas, dentre as economias capitalistas ocidentais, as receitas tributárias¹¹³ têm o maior destaque sob a ótica quantitativa¹¹⁴

¹¹² “*Dentro de la actividad económica del Estado contemporáneo destaca poderosamente la actividad financiera. Entendemos por tal la acción de los entes públicos tendente a la obtención de los ingresos mediante los cuales se nutre el gasto de estos entes a través del cual se facilita la satisfacción de las necesidades públicas.*” Disponível em: PRIETO, L. M. C., *Derecho financiero y tributario*, p. 53.

¹¹³ FRANCO, A. L. de S., *Finanças públicas e direito financeiro*, p. 486.

¹¹⁴ Conforme publicação feita pela Fundação Francisco Manuel dos Santos (PORDATA – Estatísticas sobre Portugal e Europa), no ano de 2021, as receitas fiscais portuguesas representaram 37,9% do PIB para aquele mesmo ano (vide: Referências).

e qualitativa. Mantendo a ideia de conduta impositiva, verifica-se uma relação jurídica entre o Estado e o sujeito passivo da obrigação fiscal (contribuinte), cujo ônus tributário suportado por este encontra fundamento axiológico na contraprestação individual ou universal realizada por aquele. Um compromisso indispensável e amplo de provisão dos encargos públicos. Na medida em que os direitos e garantias fundamentais têm abrangido um rol cada vez mais elástico e complexo, nada mais razoável afirmar que o dever congênere receba idênticos predicados.

Neste ponto, o pagamento de tributos estar-se-á delineado como um dever fundamental autônomo – não estabelece a correspectividade estrita com quaisquer direitos de igual estatura, já que a assimetria configura uma condição necessária de um “estado de liberdade” (grifo do autor)¹¹⁵. Ao fim e ao cabo, o imposto não pode ser encarado, nem como um mero poder para o Estado, nem simplesmente como um mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como um contributo substancial a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada por aquele¹¹⁶. Sob esta concatenação lógico-científica nasce o Estado fiscal.

Para tornar o tema mais tangível, a República Portuguesa é um excelente exemplo. Não obstante a Constituição não anuncie expressamente Portugal como um Estado fiscal, esta conclusão pode ser extraída a partir de uma interpretação sistemática de alguns artigos que a integram. Inicialmente, valendo-se de um raciocínio por exclusão, certo expurgá-lo da ideia de ser taxado como patrimonial ou genuinamente socialista. Ao contrário, há um conjunto de dispositivos garantidores da liberdade econômica dos indivíduos – iniciativa econômica, livre concorrência, propriedade privada, liberdade de trabalho e de profissão, a saber: os artigos 62º, 47º, 61º e 99º¹¹⁷. Não há um domínio estatal na seara econômica, sendo o protagonismo exercido pelo próprio mercado. Lado a lado, há um catálogo de atribuições públicas exclusivas e concorrentes na seara social, econômica e cultural – bens e serviços indispensáveis à população. Aqui, são consignados os artigos 2º, 9º, 80º e 81º da Carta. Com efeito, também não há falar no extremo oposto – um Estado liberal sincrético, trazendo o poder público ao minimalismo e à dispensa de financiamento.

¹¹⁵ CANOTILHO, J. J. G., *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 533.

¹¹⁶ NABAIS, J. C., *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 185.

¹¹⁷ *Constituição da República Portuguesa - CRP/1976*.

Por ambas as razões o Estado português transita em uma zona intermediária – a fiscalidade. Os constituintes originários assentam esta compreensão ao evidenciar a dimensão dos tributos. Merecendo transcrição, o artigo 103º é categórico:

1. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.
(...)
2. Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

Uma redação que ratifica o tributo como sendo um elemento vital na composição e (distribuição) das receitas através da integração do orçamento público português¹¹⁸. À luz desta ampla interpretação da Carta Magna, não restam dúvidas quanto a fiscalidade como característica de determinação ao mencionado Estado. Não bastasse, a própria doutrina portuguesa aponta a CRP de 1976 como fiscal material¹¹⁹.

Esta compreensão empírica do que seja um Estado fiscal coloca o tributo como um componente essencial na conexão entre as esferas pública e privada. Desta relação dinâmica e correlativa entre Estado e economia, onde a tributação emerge como o “fiel da balança”, os excessos devem ser evitados. Aquele não pode se agigantar ao ponto de querer desenvolver um ímpeto arrecadatório atroz, tampouco ser demasiado reduzido e desonerador, levando a efeito o comprometimento do *welfare* constitucionalmente estabelecido¹²⁰. Destarte, a carga tributária precisa transitar dentro de patamares ótimos – uma arrecadação do Estado que se traduza em oneração legítima, justa e razoável do contribuinte. Quando não, haverá insurgência de um dos polos nos palcos do Poder Judiciário.

A presença de um conjunto de normas e princípios jurídicos orientadores das relações fiscais – estabelecidas por quem incorpora o Estado arrecadador e aqueles sujeitos ao respectivo ônus pecuniário – muitas vezes é incapaz para superar a eclosão de inconformidades. Seja por incompreensão do significado das prescrições normativas, seja por incerteza quanto à ocorrência dos fatos sobre os quais tais prescrições incidem, seja ainda por razões outras, tais

¹¹⁸DADOS.GOV. O sítio eletrônico do Portal de Dados Abertos da Administração Pública, do Governo português, informa que, no ano de 2020, as receitas fiscais corresponderam a 81,22% de todas as receitas públicas (vide: Referências)

¹¹⁹MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição portuguesa anotada*, Tomo II, p. 215.

¹²⁰NABAIS, J. C., *Por um estado fiscal suportável – estudos de Direito Fiscal*, p. 33.

como o propósito mesmo de exorbitar o poder de exação que se tem ou de se exonerar ilicitamente do ônus tributário¹²¹. Sendo breve, a essência do ponto controvertido está no como e/ou no quanto da propriedade do contribuinte deve movimentar-se para os cofres públicos, sendo necessário superar uma esperada violação das disposições contidas no ordenamento jurídico.

Sem trazer ao debate possível discussão na seara administrativa (procedimento tributário), a despeito do objeto posto em análise – matéria de fato ou de direito – ou da natureza cautelar, declaratória ou executiva da ação, uma relação jurídico-processual é inaugurada. E como não poderia deixar de ser, sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária contendida, para além da solução (des)favorável, têm um interesse em comum: a eficiência para o respectivo veredito. O que foi desenvolvido anteriormente, em termos mais genéricos, tem aplicação plena a este ramo do Direito. Baixo custo de proposição e instrução processual, celeridade na tramitação dos autos e uma decisão de mérito qualificada e efetiva são sempre almejados e impactam diretamente ímpeto desobrigacional do contribuinte¹²².

Como não poderia deixar de ser, o legislador infraconstitucional português externaliza esta preocupação no número 1, do artigo 96.º, Código de Procedimento e Processo Tributário – CPPT¹²³: “*O processo judicial tributário tem por função a tutela plena, efectiva e em tempo útil dos direitos e interesses legalmente protegidos em matéria tributária.*”; e no número 1, do artigo 97.º, da Lei Geral Tributária – LGT¹²⁴: “*O direito de impugnar ou de recorrer contenciosamente implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo e a possibilidade da sua execução*”. Acaba por almejar a consagração prática ao princípio processual de que a inevitável demora do processo ou a necessidade de recorrer a ele não devem provocar dano à parte que tem razão, podendo justificar a adoção de medidas cautelares¹²⁵.

¹²¹ MACHADO SEGUNDO, H. de B., *Processo tributário*, p.217.

¹²² “(...) procedural justice appears to have an important role to play in regulatory practice. Procedural justice can improve people’s willingness to cooperate with authorities and it can encourage them to voluntarily comply with the law. This is because procedural justice can promote identification with authorities and reduce negative emotion and resistance. It can also build public perceptions of the legitimacy of authorities, leaving people to feel more obligated to obey their instructions and laws.” Disponível em: MURPHY, K., *Procedural justice and its role in promoting voluntary compliance*, p. 55.

¹²³ Decreto-lei n.º 433, de 26 de outubro, Assembleia da República, 1999.

¹²⁴ Decreto-lei n.º 398, de 17 de dezembro, Assembleia da República, 1998.

¹²⁵ SOUSA, J. L. de, *Código de procedimento e de processo tributário anotado*, p. 415.

Mesmo diante da possibilidade cautelar que por vezes não é concretizada, nesta discussão jurídica é inevitável que uma das partes se veja imediata e precariamente prejudicada. Partindo do pressuposto de que ambas agem de boa-fé e com legítimas expectativas, identificá-la como a Fazenda Pública ou o contribuinte vai depender da presença ou não da locução latina *solve et repete*¹²⁶ na legislação processual tributária. Quando esta é estruturada sob a égide deste princípio, coloca-se o Fisco em posição de privilégio sob o fundamento de que a arrecadação precoce da Administração Pública é condição *sine qua non* para formalização jurídica das controvérsias levantadas pelos devedores. Um corolário severo do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos – leia-se: liquidação.

A cobrança segue o seu curso normal podendo, acaso haja uma decisão desfavorável à Fazenda pública, ser convertida em uma repetição de indébito. Em termos de efeitos expansivos, a sentença judicial não vai se limitar a anular um ato tributário que se encontra ferido de ilegalidade; por mero efeito da pronúncia judicial, vai permitir que o contribuinte seja reembolsado da soma que, sem que fosse sua obrigação legal fazê-lo, entregou aos cofres do Estado¹²⁷. Em sentido oposto, verifica-se apenas uma antecipação daquilo que voluntariamente já deveria ter sido adimplido.

Trazidas estas consequências às pretensões das partes, contido o princípio do *solve et repete*, o contribuinte terá ainda mais interesse em ter à disposição um rito barato, ágil e útil. Em sentido inverso, diante da ausência desta condição de procedibilidade impugnativa incidente sobre o suposto devedor do tributo, o Fisco é quem terá mais entusiasmo pela eficiência. É indene de dúvida que os polos ativo e passivo do litígio, considerando aquelas premissas subjetivas, não têm nenhuma pretensão em ver controvérsia procrastinada, porém a urgência de cada um pode ter intensidades distintas.

Abordando esta discussão à realidade processual portuguesa, não é legítimo afirmar que o *solvet et repete* seja genuinamente aplicado. Ao versar sobre a impugnação judicial, instrumento de defesa mais amplo à disposição do contribuinte, consoante artigos 95.º e 99.º, respectivamente da LGT e CPPT, não se constata qualquer condição pecuniária para a

¹²⁶“(…) se traduz por *pague e reclame*, adotada na terminologia do Direito Fiscal, para assinalar o regime que ali se fixa, diante do qual o contribuinte que é compelido a pagar certo tributo ou certa multa, mesmo que se mostrem indevidos, não pode recorrer da imposição para autoridade ou poder superior, sem que, primeiro, deposite ou preste caução idônea relativa à importância que lhe é exigida, embora, a seguir, se reconhecido seu direito e a improcedência da exigência, lhe seja restituído o depósito ou liberado da caução.” Disponível em: SILVA, De P., *Vocabulário jurídico*, volume IV, p. 1.478.

¹²⁷ SANCHES, J. L. S., *Princípios do contencioso tributário*, p. 85.

sua propositura. O que existe é a possibilidade do contribuinte renitente oferecer uma garantia ou caução para refrear o ímpeto executório do Fisco, na força do número 4, do artigo 103.º, do CPPT. Com isto a importância em esclarecer que o princípio da executoriedade só implica que a ação judicial não suspenda a execução; algo diverso da inadmissibilidade da ação perante o tribunal antes do pagamento do imposto¹²⁸. Similar à realidade brasileira¹²⁹, a opção legislativa portuguesa sugere uma condição intermediária às partes. Libera ao contribuinte a possibilidade de insurgência independentemente da antecipação de qualquer quantia, no entanto, paralelamente, mantém idôneo o direito da Administração tributária ter provisoriamente satisfeito o crédito fiscal; considerando a hipótese de eventual ação autônoma impugnativa não ter sido contemplada com qualquer medida de urgência, v.g., cautelar.

Em síntese e em regra, visto que o princípio do *solvet et repete* pode ou não atuar como um catalizador ao desenlace a depender das partes, um processo tributário eficiente pretende estabelecer quem será o detentor definitivo da disponibilidade pecuniária objeto de litigância entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária. Com custos reduzidos, diligência e efetividade busca-se a âncora que assegura a viabilidade das pretensões, não apenas do credor tributário (interesse público) – que assim vê reduzida a possibilidade de privação do ingresso de receitas; mas também do obrigado tributário que verá a sua esfera jurídica restringida de um modo temporalmente mais balizado¹³⁰. Se por um lado o dever fundamental de pagar tributos, após o termo do litígio judicial, pode significar uma rápida alocação orçamentária e a consequente efetivação de políticas públicas, por outro lado, estando eivado de vício(s), pode significar a preservação do patrimônio do sujeito passivo.

Até o momento, a verificação em torno da eficiência processual tributária teve um cariz exclusivamente *inter partes*, cujo maior impacto pode residir na deslocação patrimonial da esfera privada para a pública ou vice-versa. Esta repercussão econômica individualizada permite ser identificada como consequência imediata. Entretanto, um litígio fiscal escorrido¹³¹ produz resultados que transbordam o interesse dos sujeitos envolvidos e culmina em uma outra consequência, porém, mediata: o fortalecimento de uma segurança

¹²⁸ DOURADO, A. P., Impugnação judicial. *O princípio do “solvet et repete”*, p. 30.

¹²⁹ BALEEIRO, A., *Direito tributário brasileiro*, p. 599.

¹³⁰ ROCHA, J. F. da, *Lições de procedimento e processo tributário*, p. 274.

¹³¹ Uniformização e previsibilidade jurisprudencial estão entre os mecanismos e técnicas utilizadas pelo aplicador do direito para garantir a segurança jurídica em termos de efetividade. Disponível em: TRINDADE, C. C., *A segurança jurídica na aplicação do direito pelos tribunais tributários*, p. 189.

jurídica formal ou adjetiva. Ainda que o ordenamento jurídico fiscal ostente normas e princípios irretocáveis na acepção mais ampla (segurança jurídica material ou substantiva), necessária a formação de um ambiente jurídico hópito para todos aqueles – pessoas singulares ou coletivas – que em alguma medida estejam inconformados com a atuação arrecadatória estatal e desejam debatê-la proficuamente.

É lamentável que a Justiça portuguesa forneça um exemplo em sentido inverso – insegurança jurídico-processual fiscal. Abstraindo os aspectos associados ao custo e à efetividade, sem embargo de serem indiretamente afetados, um exclusivo enfoque à duração média dos pleitos já ratifica esta conclusão. Para ilustrar, segue implacável trecho de um aresto proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo¹³², no ano de 2022:

U. Isto é, as pendências judiciais mais antigas poderão ter que esperar mais 4 anos para serem decididas, criando-se a convicção nos próprios contribuintes, que nos parece contrária à intenção do legislador, de que **um processo que esteja, por exemplo, pendente de decisão há mais de 8 anos, como é o caso, tem tanta urgência em ser decidido** quanto um processo ex novo, que apenas deu entrada após 27/02/2021;

V. **E a manutenção prolongada dessas garantias, por 4, 5, ou, em alguns casos, por 10 ou mais anos, acaba por provocar danos financeiros irreparáveis aos contribuintes** que prestaram essas garantias, daí que o legislador tenha, mediante a técnica legislativa de estabelecer um prazo máximo para que as decisões administrativas ou judiciais sejam proferidas, tentado evitar que sejam esses contribuintes a arcar com as consequências de uma morosidade da justiça cuja responsabilidade apenas poderá ser assacada ao próprio Estado;

W. **E não se diga que o contribuinte é ressarcido de todos esses danos, em caso de vencimento da ação de impugnação**, através do pagamento da indemnização dos encargos com a garantia bancária, cujo regime se encontra previsto no artigo no artigo 171.º do CPPT. (grifo nosso)

¹³² Ac. do STA, de 21 de setembro de 2022, processo n.º 0770/12.3BESNT-S1.

Os tribunais fiscais levam mais de seis anos para proferirem uma decisão de primeira instância aos agentes econômicos e ao próprio Estado¹³³. Comparando com o resto da Europa, Portugal é o quarto país europeu (atrás de Malta, Chipre e Itália) onde os processos administrativos e fiscais se prolongam por mais tempo nos tribunais de primeira instância – registrando uma média de 847 dias, quando a média europeia se situa nos 358 dias¹³⁴. Em adição, embora contemplando todos os ramos do direito, o Fórum Econômico Mundial, quando da publicação do relatório *Global Competitiveness – 2019*¹³⁵, informou que Portugal ocupava a posição 113ª entre 141 países analisados no que toca a eficiência do sistema judicial na resolução de litígios. Em consonância a isto, um último dado trazido pelo Instituto Nacional de Estatística – INE¹³⁶ revela que o sistema judicial foi o indicador de custo de contexto mais elevado entre as sociedades empresariais para o ano de 2021, sendo o mais próximo daquilo que o órgão de pesquisa entende por ‘obstáculo elevado’. Todos estes dados atestam uma incapacidade jurídico-institucional de trazer aos contribuintes e à atividade arrecadatória um ambiente favorável para dirimir demandas fiscais.

Uma conjuntura fática que do ponto de vista empresarial acarreta a elevação da incerteza e imprevisibilidade; maiores despesas administrativas, financeiras e contabilísticas; custos significativos com litigância (honorários contratuais para acompanhamento judicial); postergação de investimentos; prejuízos na criação de empregos; e incentivo à sonegação fiscal. Lado outro, as capacidades de planejamento, orçamento e gestão públicos ficam prejudicadas por dificuldade em identificar as dotações tributárias que efetivamente integram as receitas derivadas; sem ignorar o incremento das despesas correntes associadas a integração na lide e à manutenção do próprio Poder Judiciário. Notável como a ineficiência processual tributária é plasmada em Portugal e carece de aperfeiçoamento.

Neste contexto de insatisfação em torno de um processo tributário deficiente, busca-se na Análise Econômica do Direito, mais especificamente nos custos de transação, uma justificativa ao contribuinte e ao Estado–Administrador encontrarem outros métodos de superação do litígio.

¹³³ Segundo o portal eletrônico Estatísticas da Justiça, um processo de impugnação levou aproximadamente 71 meses (quase seis anos) para findar nos tribunais administrativos e fiscais de 1ª instância – ano-base: 2022. Vide referências.

¹³⁴ *European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ*, part 1, p. 140.

¹³⁵ SCHWAB, K., *The global competitiveness report – 2019*, p. 471.

¹³⁶ Estudo sobre estatísticas das empresas – custos de contexto das empresas – 2022. Vide referências.

2.2 – O que são custos de transação e a origem econômica

Partindo de um marco histórico dentro do pensamento econômico, cuja baliza temporal compreende a transição do século XIX para o século XX, tem-se a já difundida Escola neoclássica. O bem-estar¹³⁷ foi um dos seus principais temas da Economia submetido à reflexão pelos pensadores da época. O que permitiu o desenvolvimento de um dos primeiros teoremas cuja autoria é creditada ao já mencionado estudioso Vilfredo Pareto: a presença de equilíbrio em um ambiente de concorrência perfeita (a mão invisível do mercado), independentemente da distribuição de recursos, maximiza o bem-estar. Entretanto, este postulado veio a sofrer mitigações quando o economista contemporâneo àquela época Arthur Cecil Pigou apontou a existência de falhas intrínsecas ao mercado. Tudo para realçar as adversidades advindas da chamada concorrência perfeita.

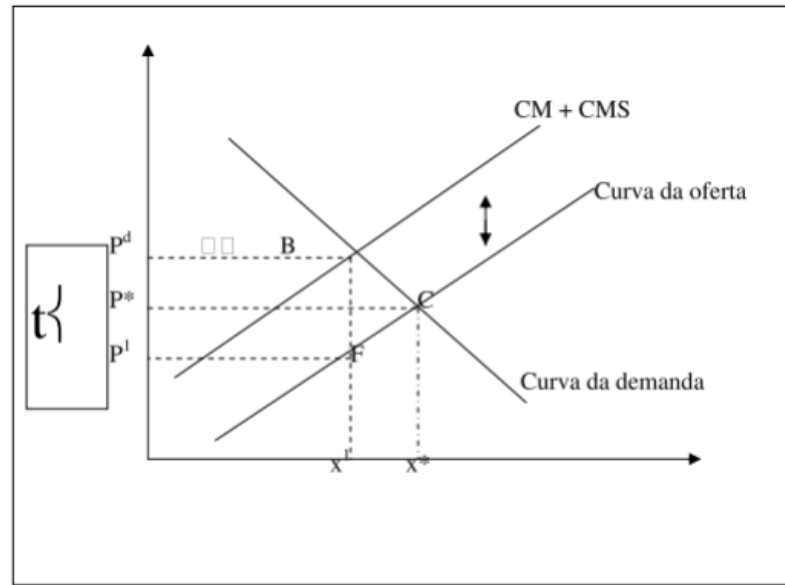
Dentre as constatações formuladas por este estudioso inglês, merece nota o fato de que o equilíbrio e a máxima eficiência obtidos a partir da ação livre das forças de mercado, por si só, não seriam suficientes para atingir o nível ótimo de bem-estar. Isto porque há hipóteses em que as relações de troca envolveriam outros bens não essencialmente privados. Refere-se às indefinições ou aos problemas de titularidade dos bens públicos e dos recursos comuns. Uma circunstância em que a harmonia dos ganhos entre os agentes econômicos negociantes restaria prejudicada pela existência de externalidades negativas ou perdas coletivas não internalizadas no custo da troca. Os custos marginais de produção de uma mercadoria ou serviço poderiam ser diferentes para o produtor e para a sociedade como um todo¹³⁸. A título de ilustração, cite-se o famigerado caso das fábricas poluentes; a vantagem econômica do fabricante não se ajusta com o custo da poluição suportado por terceiros.

Por conseguinte, a ocorrência destes danos sociais demandaria a intervenção estatal corretiva para que o bem-estar fosse efetivamente alcançado. Para fins de solução, Pigou sugeriu uma espécie de tributação ao agente econômico causador da externalidade negativa, internalizando assim o custo social – taxa pigouviana. Preço (maior) e quantidade (menor)

¹³⁷ GENNARI, A. M., OLIVEIRA, R. de, *História do pensamento econômico*, p. 177.

¹³⁸ GENNARI, A. M., OLIVEIRA, R. de, *História do pensamento econômico*, 179.

estariam reajustados para o real nível de equilíbrio do bem-estar¹³⁹. Tudo com o intuito de equalizar os custos marginais privados e sociais. Para ilustrar o assunto¹⁴⁰:



Este gráfico representa um setor produtivo composto por empresas em concorrência perfeita. A curva da demanda (soma de todas as demandas individuais dos consumidores) intercepta a curva da oferta de mercado ou de custo marginal privado global) no ponto $C = (x', p')$. Pressupondo a inexistência de externalidades na produção dos bens e o mercado em plena liberdade, este ponto C represente o Pareto Eficiente ou Ótimo de Pareto. No entanto, na presença de uma externalidade negativa $t = BF$ por unidade produzida (que se soma aos custos privados), aquele equilíbrio deixa de existir. Com efeito, o Estado estabelece um tributo (por unidade produzida) equivalente ao valor da externalidade; surge uma nova curva de oferta que abrange, para além do Custo Marginal Privado, o Custo Marginal Social. Aumenta-se o preço do bem e diminui-se a quantidade transacionada = ponto B. Os consumidores passam a pagar o preço que efetivamente suporta todos os custos produtivos, de modo a reduzir o efeito da externalidade.

Em que pese os apontamentos de Pigou serem ainda de extrema importância para compreensão de problemas atuais como a degradação do meio ambiente, eles não deixaram de ser submetidos a críticas. Em meados de 1950 e 1960, o economista Ronald Harry Coase,

¹³⁹ PASOUR, E. C., *Pigou, Coase, Common Law, and Environmental Policy: implications of the calculation debate*, p. 248.

¹⁴⁰ CÂNEPA, M. E., *Economia da poluição*, p. 80.

catedrático da Escola de Chicago, refutou o modelo generalista pigouviano, resgatando a primazia do livre mercado para obtenção do bem-estar mesmo diante da ocorrência de externalidades. Havia concordância quanto à existência deste fenômeno, uma vez associado à presença de bens com natureza peculiar – não privados; cujo problema da legitimidade esbarra na rivalidade de uso pelos agentes. No entanto, Coase opunha-se à resposta estatal imediata e intervencionista de Pigou. Sustentava que a maximização do bem-estar poderia ser alcançada pelo próprio mercado desde que houvesse uma demarcação bem estabelecida das propriedades (identidade e conteúdo) e um ambiente propício à autocomposição; desempenhando o direito um papel crucial para viabilizar ambas as circunstâncias. Deste modo, a intervenção pública (cintura pigouviana), no limite, poderia ser reduzida a zero, sendo que todos os interesses sociais estariam suscetíveis de negociação intrapartes.

Para fundamentar esta crítica, cuja pedra de toque reside na compreensão dos custos de transação, Coase publica dois artigos científicos: *The nature of the firm* (1937) e *The problem of the social cost* (1960).

Ainda que a primeira publicação não tivesse por objetivo principal a reflexão sobre a eficiência do mercado em autogerir as externalidades, a sua relevância reside na introdução do tema supracitado. Pretendeu-se neste *paper* demonstrar as razões pelas quais determinada atividade econômica é realizada pela própria firma e não buscada no mercado¹⁴¹. E a resposta, a este dilema já abordado por Adam Smith: “*Make or buy?*”, reside onde os custos de transação são mais baixos¹⁴². Haverá contratação junto ao mercado (relação horizontal ou coordenação), se este suprir a demanda da empresa a um custo mais baixo. Do contrário, se a internalização da demanda (relação vertical ou hierárquica) for possível (superação à barreira tecnológica, por exemplo) e mais vantajosa, a empresa saíra do mercado, assumindo-a¹⁴³. Em resumo, o que determina a existência de uma empresa e ou a sua dimensão¹⁴⁴ é a capacidade de atuar com custos de transação mais baixos se comparados aos contidos nos mecanismos de preço – mercado.

¹⁴¹ COASE, R. H., *The nature of the firm*, p. 389.

¹⁴² “(...) *a firm will tend to expand until the costs of organizing an extra transaction within the firm become equal to the costs by of carrying out the same transaction means of an exchange on the open market or the costs of organizing in another firm.*” COASE, R. H., *The nature of the firm*, p. 394.

¹⁴³ “*The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. (...) The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account.*” COASE, R.H. *The nature of the firm*, p. 390-391.

¹⁴⁴ FREIRE, M. P. R. V., *Eficiência económica e restrições verticais*, p. 119.

Na sequência, com o artigo *The problem of the social cost* (1960), a correlação entre externalidades e custos de transação já fica evidenciada. O embate em face das ideias propugnadas por Pigou é deflagrado¹⁴⁵, partindo-se das seguintes premissas: os agentes econômicos são racionais e sempre buscarão maximizar o bem-estar; os direitos de propriedade devem estar bem delimitados, em termos de identidade e conteúdo; e os custos de transação devem ser mínimos ou nulos. Diante deste cenário, na hipótese de uma externalidade negativa, o agente causador e aquele que a suporta conseguem voluntariamente atingir uma solução econômica em que a eficiência paretiana é alcançada. Sob uma perspectiva bilateral de perdas e ganhos, não há falar em “vilão e vítima”¹⁴⁶.

Em verdade, a autocomposição trata de absorver a externalidade por quem esteja mais apto – vendo-a a um menor custo; e faz com que o recurso fique na mão daquele que mais valor (utilidade) dá a ele¹⁴⁷. Coase conclui que, atendidos os pressupostos supramencionados, repisando a indispensabilidade do direito, a intervenção econômica do Estado para corrigir uma externalidade pode ser ineficiente.

Diferentemente do que foi proposto por Pigou, esta nova análise sobre a externalidade também deixa claro que o Estado, enquanto agente regulador, tem uma atuação dispendiosa. Toda a ação pública gera um aumento do aparato administrativo, podendo se tornar uma solução mais sacrificante sob o ponto de vista econômico. Ademais, a tarefa do Estado, como redutor de custos sociais através de impostos, opera em condições de monopólio; não havendo qualquer incentivo para reduzir os custos de sua própria atuação administrativa¹⁴⁸. É muito pouco provável que a resposta pública a uma externalidade seja tão eficiente quanto àquela obtida pelos próprios agentes quando diante das já citadas circunstâncias: direitos de propriedade claros e custos de transação nulos.

¹⁴⁵ “Coase’s paper was framed as an attack upon Pigou’s analysis of the law of nuisance. Coase disagreed with the conclusion that government action, through nuisance law or taxation, is typically required to achieve efficiency.” Disponível em: EATWELL, J., et al., *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, v. 01, p. 459.

¹⁴⁶ “(...) Deveríamos permitir que A prejudicasse B ou deveríamos permitir que B prejudicasse A? O problema é evitar o prejuízo mais grave. (...) Não está claro, porém, que resposta deve ser dada, a menos que saibamos o valor do que é obtido, bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo.” Disponível em: COASE, R. H., *O problema do custo social*, pp. 01-02.

¹⁴⁷ “O problema que enfrentamos ao lidar com os atos que tenham efeitos nocivos não é simplesmente coibir os responsáveis. O que precisa ser decidido é se o ganho obtido em impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outra parte como resultado da interrupção do ato que produziu.” Disponível em: COASE, R. H., *O problema do custo social*, p. 30.

¹⁴⁸ PACHECO, P. M., *El analisis economico del derecho – una reconstrucción teórica*, p. 142.

Como visto, Coase sugere a adoção de sólidas hipóteses para justificar a capacidade do próprio mercado (dos agentes envolvidos na troca) em buscar a otimização do bem-estar ou da eficiência. Malgrado elas possam não estar simultaneamente presentes em todas as relações de permuta (regra), dando margem inclusive para outros tipos de soluções¹⁴⁹, o pensamento “coaseano” é de notória utilidade para a compreensão da dinâmica econômica. Não por acaso ter sido alçado à condição de teorema, que na definição inaugural de George Stigler, em 1966: “em um ambiente de concorrência perfeita, os custos privados e sociais serão iguais”¹⁵⁰. Ideia posteriormente aperfeiçoada, a saber: em um mundo onde os custos de transação são nulos, a alternativa mais eficiente, em termos de maximização do bem-estar, será obtida sem a necessidade de intervenção estatal; dando-se através da dinâmica fluida do mercado. O próprio consenso das partes racionais e bem informadas¹⁵¹. Uma abstração apta a justificar situações atuais como cotas de carbono e pesca e a trazer a lume reflexões da maior relevância para o estudo da economia.

Esta sintética digressão histórica teve por objetivo contextualizar e auxiliar no entendimento da expressão: custos de transação. Reavivando, uma terminologia utilizada por Coase para justificar as fronteiras da empresa em face do funcionamento de mercados impessoais e para explicar a possibilidade das externalidades serem resolvidas eficientemente pelo próprio mercado¹⁵². Sem embargo das implicações suscitadas, ainda sobrevém a dificuldade em conceituar este enunciado no âmbito das ciências econômicas, quiçá pela infinidade de contextos nele compreendidos. Com certa ousadia para uma proposição conceitual, os custos de transação acabam por abranger todos os fatos minimamente relevantes, sob o ponto de vista econômico, que se comunicam com as partes (isolada ou conjuntamente) antes, durante e/ou após um eventual acordo para transferência de direitos.

¹⁴⁹ Relevante apontar que COASE não descarta o papel do Estado para solucionar determinadas situações; mormente aquelas em que os custos de transação são muito elevados a ponto de inviabilizar as partes de chegarem a “um consenso econômico”.

¹⁵⁰ *Apud* BACKHAUS, J. G., *The Elgar companion to Law and Economics*, p. 13.

¹⁵¹ MALLOY, R. P. *Law and market economy*, p. 91.

¹⁵² ARAÚJO, F., *Teoria económica do contrato*, p. 202.

2.3 – Contribuinte, Estado-Arrecadação e o fenômeno da internalização ou mitigação dos custos de transação para alcançar a Justiça Fiscal

Doravante, há uma construção teórica no sentido de adequar o que foi abordado no tópico anterior à relação jurídico-fiscal entre os sujeitos ativo e passivo em termos processuais. O assentamento de algumas premissas é condição inafastável para que o diálogo encetado entre a Economia e o Direito possa ter coerência científica. As asserções abaixo elencadas colocarão uma lupa econômica sobre a fiscalidade processual.

Inaugura-se com o desmembramento estatal sob o prisma das funções essenciais do Estado. Em regra, a referência a esta organização político-administrativa em determinado território presume uma unicidade. Como se todas as entidades e órgãos que o integra tivessem uma inata convergência de interesses. Este aspecto precisa ser relativizado na medida em que uma rotina estatal possa não atender aos anseios de outro segmento do próprio poder público. Neste ponto, dada a relevância, o Estado-Arrecadação (Administração tributária) e o Estado-Juiz (Poder Judiciário) passam a dispor de uma identidade própria. E a divergência (*interna corporis*) é suscitada quando os anseios do primeiro em realizar a Justiça Fiscal ficam prejudicados pela atuação desconforme do segundo¹⁵³.

O descompasso apresentado reside não na matéria, mas na forma ou processo. O rito aplicado pelos juízes e tribunais é incompatível com a urgência patrimonial do contribuinte e do próprio Estado. Deste embate, uma maior abertura democrática toma fôlego no Estado-Arrecadação, impondo duas consequências: a contratualidade (Administração e administrado compartilham a construção da melhor decisão ao caso concreto¹⁵⁴) e a adoção de outros métodos alternativos de resolução de conflitos. É enxergar no Estado-Arrecadação e no contribuinte como se uma única empresa fossem; em que a internalização do litígio ou “mercados paralelos” mostra-se uma estratégia mais profícua que recorrer ao Poder Judiciário (“mercado principal”).

A segunda premissa tem por objeto o direito fiscal material. É supor que o ordenamento tributário substantivo, em vigor, é legitimamente instituído, válido e chancelado

¹⁵³ “O movimento de desjudicialização inspira, nesta esteira, a reestruturação das relações entre o Estado-juiz e Estado-Administração, que devem trabalhar dentro de um sistema harmônico e coerente.” Disponível em: MELO FILHO, J. A., *Racionalidade legislativa do processo tributário*, p. 432.

¹⁵⁴ MANCUSO, R. C., *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*, p. 25.

por todos a ele vinculados. Outrossim, dotado da completude necessária para que qualquer fato jurídico possa subsumir aos seus ditames. Este é o fundamento sobre qual assentam todas as pretensões aduzidas pelos destinatários litigantes. Nas palavras de Coase, é como se o direito de propriedade (privada ou pública derivada) estivesse perfeitamente traçado¹⁵⁵. Valendo-se da ideia apresentada no capítulo de acesso, é reconhecer a eficiência da norma fiscal material.

Prosseguindo, o almejado “bem-estar” confunde-se com a superação definitiva do litígio fiscal. O enquadramento da realidade tributária à norma jurídica, arrematando a insegurança. Saber exatamente quem teve a (im)procedência. O interesse maior e comum do contribuinte e do Estado-Arrecadação é pela Justiça Fiscal¹⁵⁶ – a implementação eficiente do direito material, ainda que isto (naturalmente) importe em sucumbência para um dos litigantes.

Não se pode ignorar o fato de que o predicado *homo economicus* seja uma exclusividade do contribuinte. Esta característica também deve ser imputada ao Estado-Arrecadação. Ambos têm o comportamento balizado pela racionalidade, objetivando a maximização de suas utilidades para ganhos monetários ou não monetários. No contexto processual significa buscar a Justiça Fiscal (bem-estar) com o menor sacrifício possível. Operar com custos mínimos de resolução do litígio – nos quais estão englobados os custos administrativos do procedimento, os custos oriundos da demora na alocação da propriedade, os custos de eventuais erros no julgamento, os custos de ineficácia do procedimento e os custos de publicidade da transação¹⁵⁷. Abstraindo as hipóteses de imposição legal, em verdade, há motivações estritamente racionais para justificar a adesão ou não dos sujeitos da obrigação tributária ao Poder Judiciário.

Finalmente, os custos de transação necessários para alcançar a Justiça Fiscal, na concepção processual, confunde-se sobremaneira com a eficiência pelo viés econômico. Como será demonstrado no último capítulo desta dissertação, por meio de uma observação empírica do CAAD e do Poder Judiciário português, os parâmetros estabelecidos para

¹⁵⁵ “Thus, property’s essential economic role is that of an ‘institution’ that minimizes the cost of contracting, when transaction costs are positive”. Disponível em: SMITH, H, et al., *Exploring Coase’s world: an introduction*, p. 115.

¹⁵⁶ “À luz de uma moralidade tributária, não é aceitável a ideia segundo a qual a administração fiscal sempre deverá interpretar a legislação com o intuito de maximizar a arrecadação, em detrimento dos princípios constitucionais tributários e das garantias fundamentais dos contribuintes. Também não é razoável supor que os contribuintes sempre buscarão a legislação distorcendo-a ao ponto de obter uma situação de evasão fiscal.” Disponível em: SERPA, L. de M., *Cooperação no Direito Tributário*, p. 02.

¹⁵⁷ TIMM, L., et al., *Reflexões sobre uma análise econômica na ideia de arbitragem no Brasil*, p. 05.

materializar a eficiência foram: duração razoável do processo, custo de litigância e efetividade sob a ótica da conformação decisória. Uma enumeração não taxativa já que também poderia comportar a imparcialidade dos julgadores, publicidade no julgamento, flexibilidade procedimental entre outros. Estas variáveis, com graus distintos de prioridade pelas partes integrantes da demanda, definem os custos de transação envolvidos.

Estabelecidas as premissas, torna-se possível subsumir, ou justificar, o fenômeno das *Alternative Dispute Resolutions* – ADRs em matéria tributária através da análise econômica do direito – custos de transação.

Como foi relatado ao término da seção inaugural deste capítulo, e mais a frente serão fornecidos novos dados sobre o assunto, a atuação ordinária dos órgãos integrantes da jurisdição estatal portuguesa estão distantes de um chamado nível ótimo de pacificação social (bem-estar). Sendo mais específico ao universo fiscal, os Tribunais Administrativos e Fiscais e cortes superiores estão aquém das expectativas esperadas pelos contribuintes e pelo Estado-Arrecadação. O Estado-Juiz falha para ambos.

É apresentado um contexto em que os contribuintes e o Estado-Arrecadação podem otimizar o “bem-estar” (leia-se Justiça Fiscal) valendo-se de métodos autocompositivo ou heterocompositivo não-estatal de solução de controvérsias. Uma ou mais alternativas que pressupõe similares requisitos àqueles estabelecidos por Coase: demarcação acurada da propriedade (leia-se Direito fiscal material ou substantivo) e um ambiente propício à interação das partes juridicamente válido. Com este cenário, resta demonstrado o porquê do Estado-Arrecadação e os contribuintes procurarem¹⁵⁸ outras fontes jurisdicionais, próprias ou não, em detrimento do Estado-Juiz.

Traçando um paralelo ao dilema apresentado por Adam Smith – “*Make or buy?*” – sujeito ativo e passivo da obrigação tributária tem preferido o primeiro caminho. Posição mais ajustada à racionalidade uma vez que nela os custos de transação são mais baixos. Pela lógica econômica, contribuinte e Estado-Arrecadação recorreriam o Estado-Juiz caso este atingisse a Justiça Fiscal a um menor ônus. Alternativamente, se a internalização da demanda ou a delegação a outro órgão de julgamento forem possíveis e mais vantajosas, ambos a

¹⁵⁸ “Aqueles atividades coordenadas por meio de relações de comando e controle que possuem um custo de transação menor que as relações de negociação de preços (mercado) para alcançar determinadas metas irão se sobrepor como soluções escolhidas.” Disponível em: CALIENDO, P., *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*, p. 20.

assumem ou outorgam a este terceiro. Mais uma vez, o que determina a existência e dimensão dos meios alternativos de solução de controvérsias é a capacidade dos litigantes atuarem com custos de transação mais baixos quando comparados aos praticados pela justiça togada.

Forte na ideia difundida pelos custos de transação é que o Estado-Juiz tem que se mostrar mais atrativo perante outros meios de solução de controvérsias ofertados aos contribuintes e ao Estado-Arrecadação. Renova-se o pensamento de que ambos agem com racionalidade e buscam efetivar a Justiça fiscal através da tutela jurisdicional eficiente definitiva.

O postulado abaixo é uma das principais contribuições pretendidas por esta dissertação:

Contribuintes e Estado-Arrecadação, enquanto partes racionais e livres, na busca pela otimização do “bem-estar” (Justiça fiscal), somente recorrerão ao Poder Judiciário (“mercado”) se esta providência apresentar custos de transação mais baixos. Quando não, a preferência será por internalizar a solução da lide (autocomposição – ex. transação) ou aceder um “mercado” alternativo (heterocomposição – ex. arbitragem). A escolha uníssona dos litigantes bebe da fonte coaseana.

Sob o olhar de Ronald Coase, a perda de protagonismo jurisdicional pelo Poder Judiciário é justificada pelos elevados custos de transação que a sua utilidade impõe aos litigantes. Visando uma melhor compreensão desta “fuga”, o capítulo seguinte vem apresentar as outras modalidades de resolução de controvérsia jurídica.

3 – ABRANDAMENTO DO PAPEL DO ESTADO EM TERMOS JURISDICIONAIS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

3.1 – Meios alternativos à pacificação social

Partindo do pressuposto de que o Poder Judiciário mostra-se inepto para desempenhar o seu propósito basilar à altura da pretensão coletiva, nada mais lógico supor que a inconformidade dos jurisdicionados levará à criação de outras opções de vereditos. Muitas são as nomenclaturas utilizadas pela doutrina processual para designar estas vias alternativas de concerto jurídico, podendo citar: *equivalenti giurisdizionali*¹⁵⁹, *multi-door courthouse*¹⁶⁰ ou *alternative means of dispute resolution – ADR*¹⁶¹.

Independentemente de qual seja a denominação, três aspectos não podem ser olvidados. São eles: a necessidade de legitimação estatal – previsão em lei (*lato sensu*) ; a decisão produzida (existente) tem presunção relativa de validade e eficácia; e a voluntariedade das partes em se submeterem a qualquer das opções disponíveis. Inconcebível sugerir que este compósito espaço de litigância possa comprometer ou mitigar o monopólio da jurisdição atribuído ao Estado soberano; produzir uma decisão qualificada como *soft law*; e seja de cunho impositivo quanto ao ingresso dos litigantes.

Quanto ao primeiro requisito, importante fazer menção ao Direito português vigente. O legislador constituinte foi implacável e as normas infraconstitucionais derivadas não deixam dúvida sobre a abertura jurisdicional intentada. Respectivamente, tem-se a previsão¹⁶² do número 2, do artigo 209.º e, dentre outros exemplos normativos, a Lei de Arbitragem Voluntária n.º 63/2011¹⁶³ - LAV. Já na esteira jurisprudencial, o acórdão do TC n.º 244/2018¹⁶⁴, atesta:

¹⁵⁹ CARNELUTTI, M F., *Sistema di diritto processuale civile*, p. 154.

¹⁶⁰ “Professor. Frank E.A. Sander of Harvard Law School first articulated the multi-door courthouse concept in April 1976 at a conference convened by Chief Justice Warren Burger to address the problems faced by judges in the administration of justice. Professor Sander envisioned the courthouse of the future as a dispute resolution center offering an array of options for the resolution of legal disputes. Litigation would be one option among many including conciliation, mediation, arbitration, and ombudspeople.” Disponível em: KESSLER, G., FINKELSTEIN, L. J., *The evolution of multi-door courthouse*, p. 557.

¹⁶¹ SOUZA, M. T. de, *Ensaio sobre o novo processo civil*, p. 61.

¹⁶² 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

¹⁶³ Lei n.º 63, de 14 de dezembro, Assembleia da República, 2011.

¹⁶⁴ Ac. do TC, de 11 de maio de 2018, processo n.º 636/2017.

Não pode ser esquecido que o artigo 209.º, n.º 2 da Constituição prevê expressamente a existência de tribunais arbitrais na ordem jurídica portuguesa. Os tribunais arbitrais exercem a função jurisdicional na ordem jurídica da República Portuguesa lado a lado com os tribunais estaduais. Da «*admissibilidade constitucional dos tribunais arbitrais*», o Tribunal Constitucional tem retirado que «*a Constituição não reserva em absoluto a função jurisdicional aos tribunais estaduais, podendo caber aqui uma margem de conformação do legislador no recurso à arbitragem como forma de resolução de conflitos*» (cfr. o Acórdão n.º 123/2015, n.º 11.3.1.).

Como é possível perceber, já existe por parte do ordenamento jurídico português um compromisso em desmonopolizar a consecução da justiça estatal por outras vias.

Sem o intuito de avançar sobremaneira no tópico, com uma abordagem mais objetiva e didática, para a maioria dos ordenamentos jurídicos, as multiportas podem ser classificadas em autotutela, autocomposição e heterocomposição. Com intensidades distintas, todas se assemelham pela qualidade ‘exojudicial’ (fora dos tribunais); pela forma mais coloquial, em contraponto a uma forma mais belicosa ou conflitual; maior economia nos meios e custos; e superior confidencialidade e controle procedimental das partes envolvidas¹⁶⁵. No que concerne às distinções entre elas, não olvidar do número de personagens envolvidos, na presença ou não da impositividade e na autoria e modo de construção do direito. Não entra em discussão qualquer tentativa de hierarquização para fins de qualificação. Conforme será demonstrado, cada modalidade já foi estabelecida previamente pelo legislador a depender das circunstâncias atinentes à demanda.

Inaugurando a fase descritiva, a autotutela é provavelmente o meio mais arcaico e simples de dar cessação a uma contenda judicial. É um conceito que muito se assemelha ao instituto da legítima defesa. Partindo de uma postura unilateral, valendo-se exclusivamente dos próprios meios e com algum grau de superioridade, o sujeito que se reconhece juridicamente prejudicado toma as medidas necessárias para reverter esta situação perante o presumível agente agressor. Em outra visão, se caracteriza quando um dos sujeitos em conflito (pessoa singular ou coletiva) – e alguma das vezes os dois, como nas hipóteses de

¹⁶⁵ ALMEIDA, F. M. L. F. de, Direito processual civil, vol. I, p. 102.

duelo ou de guerra – resolve ou intenta resolvê-lo mediante sua ação coativa, direta e mais forte, em lugar de servir-se do Estado (processo)¹⁶⁶. Justamente pela elevada carga discricionária de quem a exercita, mormente quanto à análise da oportunidade e proporcionalidade, a presença da autotutela civil é excepcionada nos ordenamentos jurídicos. Neste diapasão é inaugurado o CPC lusitano¹⁶⁷ – artigo 1.º (proibição da autodefesa): “*A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei*” (grifo nosso). Para comprovar esta reserva legal, os artigos n.º 336 e 1.277, pinçados do Código Civil – CC¹⁶⁸, exprimem, respectivamente, a ação direta e uma circunstância em que este instituto pode ser utilizado – manutenção ou restituição da posse.

Prosseguindo com a autocomposição, a grande novidade reside na bilateralidade (ou multilateralidade) para a construção de um desfecho jurídico satisfatório – a atuação das próprias partes. Há um desempenho concomitante enquanto autores e destinatários do direito concretizado, incutindo elevada carga de parcialidade na solução. É falar em uma verdadeira negociação aberta e naturalmente voluntária¹⁶⁹. Seja qual for a postura assumida pelos envolvidos (transação, submissão, desistência), a composição obtida sempre tende a algum nível de renúncia. A distribuição do direito obedece a uma ótica distinta do resultado ‘tudo ou nada’ que geralmente orienta a jurisdição estatal. Pertinente a lição extraída do aresto proferido pelo Tribunal da Relação de Évora¹⁷⁰:

(...) o mesmo é dizer da auto-composição do litígio, porquanto são as próprias partes que “compõem ou resolvem a lide segundo a sua vontade, sem terem que se preocupar com o regime jurídico aplicável.

Daí vem que nada importa, no caso de auto-composição que o litígio obtenha ou não solução conforme ao direito. Uma confissão, uma desistência, uma transacção não deixa de ser válida ou eficaz pelo facto de traduzir uma

¹⁶⁶ DANTAS, F. W. L., *Teoria geral do processo*, p. 146.

¹⁶⁷ Lei n.º 41, de 26 de junho, Assembleia da República, 2013.

¹⁶⁸ Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro, Ministério da Justiça, 1966.

¹⁶⁹ “*Negotiation is voluntary, in the sense that disputing parties are not ordinarily forced to negotiate with each other. The process of negotiation is informal and without defined procedures or rules governing the presentation of evidence or arguments. Because the goal of negotiation is a mutually acceptable resolution, the parties to a negotiation can shape that resolution to suit their own needs and interests, and are under no obligation to reach a principled outcome (...)*” Disponível em: MNOOKIN, R. H., *Alternative dispute resolution*, np.

¹⁷⁰ Ac. do Tribunal de Relação de Évora, de 26 de outubro de 2017, processo n.º 1682/14.1TB FAR.E1.

composição da lide contrária à respectiva ordem jurídica, isto é, contrária à que o tribunal haveria de pronunciar, se fosse chamado a decidir.

Há uma inclinação ao comportamento solidário podendo implicar na concessão de algum direito a quem, em tese, não teria. Tudo para alcançar a reconciliação jurídica. Trazendo o conteúdo à normatização doméstica, cabe citar os artigos n.º 290 e 594, do CPC ao vislumbrar a confissão, desistência, transação e conciliação.

Por derradeiro e com maior interesse para a evolução deste texto, resta apresentar o gênero heterocomposição. A etimologia ensina que o termo *hetero* é um radical de origem grega, transmitindo a ideia de “outro”, “diferente” ou “diverso”. E a palavra *composição* remete a “acordo”, “ajuste” ou “compromisso”. À vista disto, pela primeira vez as partes perdem a exclusividade na formulação da decisão e recorrem à participação de um terceiro. Uma presença imprescindível com graduados níveis de envolvimento; transitando entre a singela intermediação, a sugestão e até mesmo a pronúncia de decisão com força vinculativa e ratificada pela Justiça.

Ignorando as razões que levaram os litigantes a não buscarem o arbítrio individual ou um consenso entre si, eles recorrem a outra pessoa (singular ou coletiva) para auxiliar ou até mesmo determinar a superação do impasse jurídico. O que em resumo corresponde a três diferentes tipos de resultados possíveis, isolados ou concomitantes, a saber: distribuição de algo com valor econômico; uma solução mutuamente aceitável para um problema compartilhado; e/ou a reparação de um relacionamento comprometido¹⁷¹. Qualquer deles sempre amparado na presunção relativa de que este terceiro está equidistante das partes, detendo uma soberana imparcialidade¹⁷², e recorrendo às mais diversas fontes do direito cuja a legitimação dos envolvidos é indispensável – percorrendo dos costumes locais até as formulações jurisprudenciais no plano internacional.

Em termos do instante, a designação conjunta por este meio resolutivo é versátil. As partes estão livres para oportunamente exercerem esta prerrogativa. Mas tendo

¹⁷¹ HOLBROOK, J. R., *Introduction to mediation*, p. 01.

¹⁷² “La idea fundamental que se encuentra en los más remotos albores de la civilización, y que constituye el germen de todos los institutos judiciales posteriores, es la siguiente: que para alcanzar una pacífica solución del conflicto, es necesario sustraerlo a las partes y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que por estar desinteresado pueda ser imparcial.” Disponível em: CALAMANDREI, P., *Instituciones*, p. 148, *apud*: ALONSO, P. A., *Proceso y derecho procesal (introducción)*, p. 95.

como referencial a ocorrência da colisão jurídica, este exercício pode se dar antes ou preventivamente; algo chamado mais comumente pela doutrina de cláusula compromissória. Ou após este marco fático por entenderem os litigantes ser a melhor alternativa para findar a querela – situação chamada de compromisso arbitral. A desistência bilateral ou unilateral também é possível desde que ocorra tempestivamente conforme o direito outrora apresentado pelos intervenientes.

Não existe um rol taxativo sobre os procedimentos heterocompositivos destinados à pacificação jurídico-social. A espécie mais utilizada, tradicional e colocada em crise no tópico anterior é a Justiça togada. Com natureza pública, a jurisdição estatal contempla todas as características abordadas nos parágrafos anteriores, com destaque à figura do juiz de direito cujo papel corporifica o órgão decisor (terceiro). Outrossim, em algumas circunstâncias, conforme delineamento posterior, ela não é alternativa, mas sim a única possível. Outras três mais usuais, com natureza jurisdicional outorgada e com peculiaridades que lhes são próprias, são identificadas pela: conciliação, mediação e arbitragem. Um elenco cuja ordem de apresentação é oposta ao grau de importância deste estudo¹⁷³.

Não obstante há quem reconheça na conciliação (e mediação) uma espécie de resolução de conflitos autocompositiva¹⁷⁴, ousamos discordar diante da existência de um terceiro auxiliar às partes. Embora indispensável, a participação deste não carece de uma competência exclusiva e é um tanto oblíqua na definição do termo. A figura do conciliador é criar um ambiente estimulante para que as partes alcancem uma solução à lide; aproximando-as e quiçá orientando-as. Quer ele criar um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações. E uma vez alcançado o resultado, as partes ficam vinculadas nos mesmos moldes de um contrato; estando o conciliador em posição de testemunha e/ou de agente homologador.

Naturalmente, este cenário sugere uma modalidade extrajudicial, pré-processual ou informal. No entanto, nada impede que a conciliação também esteja presente no meio processual, quando a jurisdição estatal já foi acionada¹⁷⁵. Aqui, o acerto é formalizado

¹⁷³ Sem intentar qualquer dispersão textual, a conciliação e a mediação são explanadas com o propósito exclusivo de não permitir qualquer confusão conceitual com o instituto da arbitragem.

¹⁷⁴ MARINONI, L. G., et al., *Curso de processo civil*, p. 211.

¹⁷⁵ Embora possível, parte da doutrina entende ser desaconselhável a conciliação judicial por conspurcar o instituto. Primeiro porque o juiz tem interesse individual e direto na sua realização já que significará redução da carga processual – perda da neutralidade. Depois, as partes não têm a liberdade plena de atuação por anteverem o caso

pelo juízo através de uma sentença homologatória. É o que pode ocorrer durante a realização da audiência preliminar, conforme mencionado artigo n.º 594, do CPC português. Sob a presidência do juiz, busca-se a solução de equidade mais adequada ao litígio.

Em termos conceituais, o avanço para a mediação permite o abandono àquele tangenciamento resolutivo da conciliação. Conjurando o significado de centro, de equilíbrio, de meio, nasce a ideia de um terceiro elemento posicionado de modo equidistante às partes. O mediador desempenha um papel mais profissional e ativo, convocado a partir de uma composição de base negocial. Não se limita a facilitar a comunicação entre as partes, mas adiciona avaliações do caso e propostas de acordo. É o que se pode chamar de *evaluative mediation* (mediação interventiva) ou *facilitative mediation* (mediação facilitadora)¹⁷⁶. Além disto, não se baseia necessariamente nos direitos, mas nos interesses; e exige a condução por alguém treinado¹⁷⁷. Ele trafega no mesmo nível das partes, sem poderes de autoridade, e gozando de plena autodeterminação em todos os estágios deste enfrentamento jurídico.

Na prática, a mediação em nada se assemelha a uma singela reunião entre partes e mediador. Ela tem uma estrutura de procedimento – há uma dinâmica própria, organizada e fundamentada. Deste último ponto, não há falar em imposição decisória por qualquer dos envolvidos, mas em uma ampla construção dialética entre as partes assistidas. O princípio do *empowerment*, fundamental neste meio de resolução de litígios, reflete esta ideia de domínio da mediação pelas partes, devendo o acordo resultar diretamente das suas vontades¹⁷⁸. O foco é sempre a pacificação social, sobrepondo-se inclusive à questão do direito – ter ou não razão nesta seara é um elemento dispensável já que o debate transcende para outros conteúdos e valores. Pacificar se sobrepõe ao decidir.

Distintamente da jurisdição estatal em que os litigantes extremam suas posições, ainda que fora de sintonia com os reais interesses e necessidades, na mediação ocorre o inverso. Ela funciona como a ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor ou dominador¹⁷⁹. Somente com este espírito a mediação pode

sendo judicializado. Ademais, confidencialidade daquilo que as partes expõem se perde. Sobre o tema, vide: MARINONI, L. G., et al., *Curso de processo civil*, p. 214.

¹⁷⁶ HUGHES, S. H., *Facilitative mediation or evaluative mediation: may your choice be a wise one*, p. 248.

¹⁷⁷ GOUVEIA, M. F., *Curso de resolução alternativa de litígios*, p. 104.

¹⁷⁸ CARVALHO, J. M., *A consagração legal da mediação em Portugal*, p. 279.

¹⁷⁹ SPENGLER, F. M., *Da jurisdição à mediação*, p. 321.

ser levada adiante, aparando arestas e discordâncias, ponderando razões e emoções para viabilizar o consenso.

As considerações feitas vão ao encontro do que prevê o artigo 2.º, da Lei de Mediações¹⁸⁰. Outrossim, esta mesma norma estabelece uma série de princípios já propalados anteriormente, mas que merecem ser revisitados: voluntariedade para esclarecer que somente às partes cabem o ônus pelas decisões tomadas no interregno da mediação; confidencialidade para que o mediador conserve o sigilo sobre as alegações e provas constituídas por aquelas; isonomia no tratamento dispensado pelo mediador que agirá de modo imparcial, livre e com a competência funcional necessária. Tudo para que a decisão mediada e construída tenha força executiva sem necessidade de homologação judicial – um título executivo extrajudicial.

Para arrematar o tema, importante apontar o seu papel no cenário supranacional. Um regramento com enorme influência na orientação da lei doméstica apresentada no parágrafo anterior. Isto porque no ano de 2008, o Parlamento Europeu editou a Diretiva 2008/52/CE para delinear certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. A relevância em sede da União é bem demonstrada a partir da manifestação do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJEU, no trecho do acórdão associado ao processo n.º C-667/18¹⁸¹:

Além disso, o próprio direito da União incentiva o recurso aos processos de mediação, quer seja, como salientam as Ordens dos Advogados, ao abrigo da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (JO 2008, L 136, p. 3), quer com fundamento no direito primário, especialmente no artigo 81.º, n.º 2, alínea g), TFUE, nos termos do qual, no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil, o legislador da União deve adotar medidas destinadas a assegurar o «desenvolvimento de métodos alternativos de resolução dos litígios». (grifo nosso)

Da autotutela à mediação, foi possível ter uma boa compreensão dos principais institutos, com os seus respectivos elementos de discrimen, utilizados para solução alternativa de controvérsias jurídicas. Isto se faz indispensável para que o vindouro estudo da

¹⁸⁰ Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, Assembleia da República, 2013.

¹⁸¹ Ac. do TJEU, de 14 de maio de 2020, processo n.º C-667/18.

arbitragem, cujo destaque é necessário, possa ser feito sem qualquer risco de confusão conceitual.

3.2 – Transação tributária – um estudo de caso brasileiro

Neste tópico é trazido um interessante exemplo de como a autocomposição pode-se fazer presente inclusive nas relações de direito público. A despeito do princípio da legalidade imprimir certa limitação na liberdade negociativa das partes, esta não é de todo mitigada. Outrossim, com relevo, a volição é mantida incólume. Em um contexto de renúncias recíprocas, a Advocacia Pública Fiscal Federal e contribuintes transacionam, no Brasil, para alcançar uma solução em nível de justiça tributária.

No Brasil, a sonegação fiscal é uma *trademark* tão forte quanto o carnaval ou futebol. Ao término de 2020, o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, através de dados disponibilizados pela autoridade tributária federal (Receita Federal do Brasil – RFB), divulgou o “Estudo sobre a Sonegação Fiscal das Empresas Brasileiras”¹⁸². Um relatório, amparado em dados de 2019, cujo destaque pode ser sintetizado pelos seguintes enunciados: o faturamento não declarado pelas empresas é de aproximadamente 404€ bilhões, correspondendo a uma sonegação estimada de tributos na ordem de 72€ bilhões; e a lavratura de 30.624 autos de infração (lançamento de ofício ou liquidação oficiosa) para a cobrança de 32,99€ bilhões¹⁸³, por parte da autoridade tributária federal. Lado a lado, ainda na perspectiva empresarial, outro estudo feito Instituto para o Desenvolvimento no Varejo – IDV informa que, no ano de 2020, o Brasil deixou de arrecadar o equivalente a 11% do Produto Interno Bruto – PIB¹⁸⁴. Todas as conclusões, ainda que não leve em consideração as pessoas físicas ou singulares, já autorizam perceber a gravidade da evasão fiscal.

Razões das mais diversas contribuem para a consolidação deste cenário. Limitando o universo, cuida-se de um arranjo intrincado de obstáculos que perpassa necessariamente por questões culturais, complexidade legislativa, transgressões estatais e o *enforcement*. Abordando os três primeiros superficialmente, o inaugural aspecto é condensado na expressão “jeitinho brasileiro” que abole o padrão dicotômico de moralidade, entre o que é

¹⁸² AMARAL, G. L. do, *et al.*, *Estudo sobre a sonegação fiscal das empresas brasileiras*, p. 03.

¹⁸³ Neste artigo, para a conversão da moeda Real em Euro, utilizou-se a cotação de 1€ = 5,77R\$.

¹⁸⁴ IDV, *Barreiras para o crescimento econômico – um estudo sobre a informalidade no varejo*, p. 06.

certo e o que é errado, trazendo a conveniência e o casuísmo para a orientação jurídico-fiscal. Uma constrangedora característica que atinge dois terços dos brasileiros e tem maior incidência quanto maior o nível de escolaridade¹⁸⁵. Já o segundo argumento relaciona-se à desmesurada quantidade de normas concernentes ao direito tributário. Talvez na tentativa de fazer frente a constatação anterior, ao longo de 32 anos de vigência da atual CRFB (até 2020), os Poderes Legislativo e Executivo federais editaram 32.104 normas em matéria tributária; o equivalente a 2,75 orientações por dia¹⁸⁶. Um volume que torna os custos de conformidade demasiadamente elevados ao contribuinte, incentivando condutas censuráveis. Em termos quantitativos, uma empresa de médio porte leva aproximadamente 1.493 horas por ano para cumprir suas obrigações tributárias¹⁸⁷. Por último, resta sinalizar para as violações governamentais (leia-se corrupção) que, em um singelo raciocínio, tem na sonegação o maior corolário. A sociedade reproduzindo os comportamentos realizados por aqueles que titularizam o poder, descrevendo uma relação tributária autofágica. O recurso público é duplamente dilapidado: na origem e na destinação¹⁸⁸. Contextualizando a gravidade do problema, pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, divulgada em março de 2021, mostra que mais de um terço da população (36%) considera a corrupção um dos principais problemas do Brasil¹⁸⁹.

Esta tríade circunstancial, então suficiente para denotar a fragilidade brasileira na cobrança de tributos, ganha contornos mais gravosos ao constatar graves deficiências nos mecanismos de *enforcement*, seja na seara administrativa, seja na seara judicial. Os meios de coerção em face do contribuinte inadimplente têm se mostrado demasiadamente ineficazes, duradouros e onerosos para os cofres públicos. Visando uma melhor compreensão do assunto, dois eventos serão desenvolvidos: o efeito cíclico dos parcelamentos e a inépcia do Poder Judiciário em recuperar os créditos tributários através de ações executivas.

¹⁸⁵ ALMEIDA, A. C., *A cabeça do brasileiro*, pp. 46-47.

¹⁸⁶ AMARAL, G. L. do, et al., *Quantidade de normas editadas no Brasil: 32 anos da Constituição Federal de 1988*, p. 03.

¹⁸⁷ *Doing Business Subnacional Brasil 2021*, p.96.

¹⁸⁸ “In countries where corruption is systemic and the government budget lacks transparency and accountability, it cannot be assumed that the obligation of paying taxes is an accepted social norm. Institutional instability, lack of transparency and a weak rule of law undermine the willingness of frustrated citizens to be active in the formal economy. There might be a crowding-out effect of morality among the tax administrators when there are large numbers of corrupt colleagues.” Disponível em: TORGLER, B., SCHAFFNER, M., MACINTYRE, A., *Tax compliance, tax morale and governance quality*, p. 26.

¹⁸⁹ CNI, *Retrato da sociedade brasileira*, p. 09.

A Constituição de 1988, no capítulo destinado ao “Sistema Tributário Nacional”, informa a competência da lei complementar para, dentre outros temas, estabelecer as normas gerais em matéria de obrigação, lançamento (liquidação), crédito, prescrição e decadência tributários¹⁹⁰. Referido estatuto normativo corresponde ao Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, em vigor desde 1966 e recepcionado pela hodierna ordem constitucional. Da generalidade de temas tratados pelo legislador, são elencadas as hipóteses de extinção do crédito tributário, cabendo ao pagamento ser a principal delas¹⁹¹. Este pode ocorrer sob duas formas: instantâneo/integral ou diferido/parcial. Esta última caracteriza o parcelamento¹⁹² – um mútuo consentimento ou acordo entre o sujeito passivo voluntário e o sujeito ativo, com a permissão de lei ordinária específica; de modo a atribuir efeito suspensivo à exigibilidade do crédito enquanto houver adimplemento das prestações.

Este é o arcabouço jurídico para viabilizar uma espécie de moratória, com a peculiaridade de que se preveem pagamentos fracionados do débito, com juros e multas agregados, na forma e prazo previstos em lei¹⁹³. No entanto, não há falar em “novação”. A relação jurídico-tributária original se conserva, o *Tatbestand* sistemático do tributo permanece inalterado, bem como o título executivo que dela se origina. Tão somente são instituídas, de um acordo entre credor e devedor, as novas datas de pagamentos distintas da lei inaugural sobre este tema¹⁹⁴. De sorte que, em suposto descumprimento por parte do contribuinte, o prazo decorrido não se conta para efeito da cobrança mediante ação de execução que deverá ser iniciada ou retomada – princípio da *actio nata*¹⁹⁵. Isto porque há reativação do pressuposto relativo à exigibilidade, reassociando-se à certeza e liquidez do crédito.

Tecidas estas considerações a respeito do parcelamento era de se supor a excepcionalidade da incidência. Em regra, cada espécie tributária tem na sua gênese legal a disposição a respeito da regular quitação através do pagamento. Eventual alteração desta modalidade para aquela apenas deveria ocorrer em circunstâncias excepcionais, dotadas de certo grau de imprevisibilidade e incerteza quanto às causas e efeitos atinentes ao Estado e aos contribuintes na relação fiscal.

¹⁹⁰ BRASIL, 1988, art. 146, inciso III, alínea “b”.

¹⁹¹ BRASIL, 1966, art. 156, inciso I.

¹⁹² BRASIL, 1966, art. 151, inciso VI, c/c art. 155-A.

¹⁹³ SCHOUERI, L. E., *Direito tributário*, p. 670.

¹⁹⁴ COELHO, S. C. N., *Curso de direito tributário brasileiro*, 782.

¹⁹⁵ O termo inicial do prazo prescricional é a data do nascimento da pretensão resistida, o que ocorre quando se toma ciência inequívoca do fato danoso.

Todavia, lamentavelmente, ao longo deste século, os legisladores brasileiros têm recorrido amiúde aos mais diversos tipos de parcelamento. Trazendo a realidade, isto significa a edição de aproximadamente 40 (quarenta) programas especiais de parcelamento, no âmbito federal, entre os anos 2000 a 2017 – uma média 1,11 por semestre¹⁹⁶. Por duas razões, uma alternativa perversa para tentar satisfazer setores da economia em inadimplência tributária. A uma, porque referidos parcelamentos quase sempre são elaborados com condições extremamente favoráveis ao contribuinte – descontos, isenções de multas e/ou juros, prazos elastecidos. Uma subtração desarrazoada aos cofres públicos¹⁹⁷. A duas, porque altera sobremaneira a retidão fiscal e o comportamento idôneo do sujeito passivo tributário¹⁹⁸. Há um estímulo legislativo habitual para que o ordinário pagamento do tributo se torne a exceção e o inadimplemento intencional com posterior ingresso ao parcelamento (“legítima” expectativa) converta-se em regra. Uma conduta individual racionalmente justificada, porém socialmente condenável; estima-se que isso leve a uma perda de arrecadação anual na ordem de 3,22€ bilhões¹⁹⁹.

Neste soturno contexto de sonegação fiscal brasileira, por derradeiro, falta atestar a incapacidade do Poder Judiciário na efetiva satisfação da dívida ativa da União. Sob uma ótica reducionista, mas suficiente para o entendimento almejado, o *iter* tributário administrativo observa as seguintes fases sucessivas: hipótese de incidência tributária abstrata (lei), ocorrência do fato (jurídico) gerador do tributo, surgimento da obrigação tributária, lançamento (ou liquidação, conforme a legislação portuguesa) ou constituição do crédito tributário e cobrança²⁰⁰. A partir daí, pela norma geral, é concedido um prazo de 30 (trinta) dias para quitação voluntária ou impugnação (reclamação administrativa)²⁰¹. Diante da inércia do sujeito passivo (leia-se não impugnação e/ou insatisfação do tributo), inaugura-se a fase jurisdicional.

Sendo a República Federativa do Brasil um Estado de Direito mais garantista, não é dada à Administração Pública Tributária a prerrogativa de ingressar coercitivamente (*ius*

¹⁹⁶ RFB, *Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais*, p. 01.

¹⁹⁷ A título ilustrativo, o parcelamento previsto na Lei nº 12.996/2014 abrangia créditos não previdenciários cujo montante total negociado sem redução era de 15,77€ bilhões. Após a negociação, esta cifra reduziu para 10,22€ bilhões – aproximadamente 30% de dedução. Disponível em: *Ibidem*, p. 08.

¹⁹⁸ SOUZA A. A., *Parcelamentos tributários especiais no âmbito do Governo Federal – um confronto com os princípios norteadores da Lei de responsabilidade fiscal – LRF*, p. 15.

¹⁹⁹ RFB, *Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais*, p. 11.

²⁰⁰ SABBAG, E. M., *Direito tributário*, p. 165.

²⁰¹ BRASIL, 1972, Art. 10, inciso V.

imperium) na propriedade do indivíduo. Esta incumbência é atribuída à imparcialidade do Poder Judiciário. Logo, diante do insucesso na arrecadação administrativa, o crédito vencido é remetido à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – órgão advocatício federal inserido no Poder Executivo – uma vez que detém capacidade postulatória para ingressar em juízo. Duas providências são tomadas²⁰². A primeira é inscrever este crédito tributário em dívida ativa da União, ou seja, há constituição de um título executivo extrajudicial em que os requisitos de certeza, validade e exigibilidade são formalmente reconhecidos – uma presunção relativa. Após, ocorre a instauração do processo judicial através do ajuizamento de ação executória (execução fiscal) em face do devedor; valendo-se de um rito próprio, a Lei nº 6.830/80. Um litígio que não mais se presta ao “acertamento” da relação conflituosa, mas sim à satisfação do direito já acertado e não adimplido²⁰³.

A análise de duas variáveis é suficiente para entender a ineficiência jurídica na recuperação de créditos tributários federais. Uma está associada com a morosidade de tramitação dos autos executivos que, em grande medida, se conecta com o extraordinário volume de processos desta natureza. E, concomitantemente, tem-se os elevados custos de tramitação judicial. Para subsidiar ambas as premissas se faz referência ao relatório anual disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, intitulado: “Justiça em Números 2021”.

Deste diagnóstico (ano-base 2020), limitando o escopo à Justiça Federal²⁰⁴ e às respectivas execuções fiscais, é possível pinçar os dados a seguir: 49,6% de todos os processos em tramitação, o equivalente a 4.437.030 demandas; a taxa de congestionamento é de 93% - somente 7%, em média, é baixada ao término do ano civil, não significando necessariamente recuperação do crédito; a duração média de tramitação processual é 10 anos e 11 meses; esta Justiça apresentou um custo anual na ordem dos 2€ bilhões; um total de 1.942 juízes; e uma arrecadação próxima dos 6€ bilhões para os créditos com os mais diversos graus de recuperabilidade. Indiretamente, chegam-se a três importantes informações. Primeiro, tendo como referência o custo anual de 2020 para todos os anos pretéritos, pode-se afirmar que uma execução fiscal tem um custo médio total de 2.456,60€²⁰⁵; ignorando os custos concernentes às

²⁰² BRASIL, 1993, Art. 12, incisos I e II.

²⁰³ MACHADO SEGUNDO, H. B., *Processo tributário*, p. 224.

²⁰⁴ Jurisdição competente para processar e julgar as execuções fiscais de tributos federais.

²⁰⁵ Cálculo: $(1.000.000.000 / 4.437.030) \times 10,9 = 2.456,60$. As execuções fiscais correspondem a metade do volume (49,6%) de processos contidos na Justiça Federal, logo é razoável presumir que consuma a metade do

partes em litígio – Fazenda Nacional e contribuinte. Segundo, um juiz federal faz a gestão contínua e média de 2.284 execuções fiscais²⁰⁶. Terceiro, somente a Justiça Federal foi capaz de consumir 16,5% daquilo que foi por ela arrecadado²⁰⁷. Números suficientes para atestar que a disfunção estatal é por demais benéfica ao contribuinte e onerosa ao erário. Não bastasse, a reduzida probabilidade de recuperação judicial do crédito significa mais um estímulo ao comportamento sonegador²⁰⁸.

Execuções fiscais federais em volume descomunal, eternizadas no Judiciário e com um elevado custo de tramitação acabam por indicar o quão ineficiente o Poder Judiciário, enquanto via imperativa e soberana na solução de controvérsias, tem se mostrado no que concerne à redução da dívida ativa da União pelas ações executivas. Forçoso observar o binômio necessidade-adequação, como condição da ação, sem o qual a execução se torna tão somente um meio de punição ao devedor e fonte de custos ao credor²⁰⁹. Com efeito, a (in)conclusão processual alcançada está muito distante das pretensões da Fazenda Pública em termos de efetividade.

Assim, inseridos em um panorama de cultura coletiva fiscal estéril, complexidades legislativas, corrupção, superabundância de parcelamentos e *enforcement* inábil, alguma solução precisou ser implementada pela Administração Tributária Federal do Brasil. No ano de 2020, entrou em vigor a Lei n. 13.988 para instrumentalizar a transação como modalidade de quitação da dívida ativa da União.

O Código Tributário Nacional, já na sua redação original, contempla a transação dentre as opções de extinção do crédito tributário. Na definição do próprio legislador, cabe à lei estabelecer os critérios para que os sujeitos ativo e passivo possam celebrá-la, através de concessões mútuas, viabilizando a cessação do litígio²¹⁰. Com origem no Direito Privado, o ponto fulcral deste instituto reside na autocomposição como instrumento de resolução do conflito. O entendimento bilateral é construído sem que haja a presença de qualquer outro

orçamento (1€ bilhão de euros). Divide-se este valor pelo número de execuções fiscais em tramitação para obter o custo anual de cada uma. Após, multiplica-se por 10,9 que é o tempo médio de duração.

²⁰⁶ Cálculo: 4.437.030 / 1.942.

²⁰⁷ Cálculo: $1 / 6 = 0,1666$. Custo anual da Justiça Federal para as execuções fiscais foi de 1€ bilhão. Total arrecadado foi de 6€ bilhões.

²⁰⁸ MARTINS, M. G., *Poder Judiciário em números e o impasse das execuções fiscais no país*, p. 264.

²⁰⁹ MOREIRA, A. M., GALDINO, B. S., *Congestionamento judiciário e a execução fiscal: a falta de interesse processual em débitos de baixo valor*, p. 152.

²¹⁰ BRASIL, 1966, art. 156, inciso I, c/c art. 171.

agente (heterocomposição) ou a vontade reacionária e prevalente da parte sobre a contraparte (autotutela).

A materialização ocorre no plano fático, não recaindo sobre o plano do Direito²¹¹, dando-se através de descontos ou abatimentos, dilação de prazo, fracionamento do montante, renúncias a direitos colaterais e/ou ofertas de garantias. São válidas todas as providências inseridas no universo de disponibilidade das partes desde que juridicamente aceitas e não atinja interesses alheios. De mais a mais, a exigência de lei específica para instituí-la e definir a autoridade competente para autorizá-la é justificada pelo princípio da indisponibilidade dos bens públicos (tributos)²¹²; eventuais renúncias tributárias devem observar a legalidade estrita. Por seu turno, frisa-se que a Administração Fiscal quando manifesta o desejo de forma acordada, ela não está ignorando a autoridade que lhe foi outorgada para a proteção do interesse público²¹³. Apenas, a fim de atendê-lo pela eficiência, torna-se mais conveniente “construir a arrecadação” com o contribuinte. E sob o mesmo enfoque do que já foi mencionado sobre o parcelamento, não se trata de uma novação de dívida. A relação jurídico-tributária mantém-se inalterada, porém as partes convolam a forma de quitação.

Pelos elementos ora trazidos, é legítimo afirmar que a racionalidade por trás da transação é puramente econômica. Em uma relação de troca, ainda que considerada no ambiente fiscal, conforme esboçado no capítulo anterior desta monografia, a otimização do bem-estar ou a eficiência paretiana²¹⁴ será alcançada, pela parte e contraparte, quando dois pressupostos forem simultaneamente preenchidos – delimitação clara dos direitos de propriedade e eliminação dos custos de transação.

In casu, o primeiro pressuposto é concretizado no instante em que o Estado e o contribuinte reconhecem a obrigação tributária através da certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo extrajudicial cobrado. “As propriedades” se conformam com o direito de cobrar daquele e o dever de pagar deste. Estabelecida a relação, resta tornar o cumprimento o menos gravoso e o mais eficiente possível; tudo para minimizar perdas recíprocas. Em outras palavras, afastar-se da inaptidão do Poder Judiciário. Havendo autorização legislativa, a transação se

²¹¹ UCHÔA FILHO, S. P. M., *Transação, soluções alternativas de controvérsias (...)*, p. 871.

²¹² DUARTE, F. L., *Direito tributário – teoria e prática*, p.484.

²¹³ UCHÔA FILHO, S. P. M., *Transação, soluções alternativas de controvérsias (...)*, p. 875.

²¹⁴ Significa um estado de alocação de recursos em que é impossível realocá-los tal que a situação de qualquer participante seja melhorada sem piorar a situação individual de outro participante.

mostra uma boa opção – embora não seja a única conforme será visto posteriormente – para que as partes possam identificar os seus limites e disponibilidades – o consenso.

Em vista de um contencioso jurídico-fiscal colapsado e uma vertente privatística de arrecadação, em 16 de outubro de 2019, foi editada a Medida Provisória nº 899²¹⁵ – ato privativo do Presidente da República com força provisória de lei até que seja apreciada pelo Parlamento. Não por acaso, a sua exposição de motivos abordava: “A *transação na cobrança da dívida ativa da União acarretará redução do estoque desses créditos, limitados àqueles classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, incrementará a arrecadação e esvaziará a prática comprovadamente nociva de criação periódica de parcelamentos especiais, com concessão de prazos e descontos excessivos a todos aqueles que se enquadram na norma (mesmo aqueles com plena capacidade de pagamento integral da dívida).*” Outrossim, apresentava como instituto de referência o “*offer-in-compromise*”, praticado pelo *Internal Revenue Service – IRS*, nos Estados Unidos da América. Inserido no parágrafo 7.122, do *Internal Revenue Code – IRC*²¹⁶, esta modalidade de transação parte da iniciativa do contribuinte em fazer uma oferta de pagamento em valor inferior ao cobrado pela autoridade tributária, seja no curso da cobrança administrativa ou judicial. A Fazenda pode ou não aceitar a oferta, ou fazer uma contraproposta; sempre amparada em três premissas básicas: dúvida quanto a responsabilidade do sujeito passivo (*doubt as to liability*), dúvida quanto a solvência do contribuinte (*doubt as to collectibility*) e dúvida quanto a efetividade da Administração Tributária (*effective tax administration*)²¹⁷. Variáveis interdependentes que demandam uma acurada análise para que a melhor estratégia de recuperação de crédito fiscal possa ser adotada.

Em 14 de abril de 2020, a Medida Provisória nº 899/2019 foi convertida em Lei ordinária nº 13.988²¹⁸. Mantendo a mesma *ratio*, viabilizou a transação como modalidade de extinção do crédito tributário, com alicerce nos seguintes princípios: da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e, resguardadas as informações protegidas por sigilo, o princípio da publicidade - §2º, do artigo 1º. Em síntese, tem por objeto os créditos tributários cobrados na seara

²¹⁵ Medida provisória n. 899, de 16 de outubro, Presidência da República, 2019.

²¹⁶ Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7122> - consultado em 23 fev. 2022.

²¹⁷ OEI, S. Y., *Getting more by asking less: justifying and reforming tax law's offer-in-compromise procedure*, p. 1.077 e seg.

²¹⁸ BRASIL, 2020.

administrativa e judicial da União e das autarquias e fundações federais, classificados como de difícil recuperação e irrecuperáveis – *rating* “c” e “d” respectivamente, em uma escala de “a” a “d”; compreende duas modalidades, conforme o valor: por adesão para o débito igual ou inferior a 2,6€ milhões e individual (acordo propriamente dito) para valores superiores a este; concede descontos (em multas, juros de mora e encargos legais), prazos dilatados para pagamento e oferecimento, substituição ou a alienação de garantias e de constrições – art. 11; prevê regras de conduta rigorosas aos contribuintes que ingressarem – art. 19; e suspende a exigibilidade da dívida enquanto vigora. Medidas eficientes e indispensáveis para que haja diminuição no volume dos créditos tributários da União, ainda que não inscrito em dívida ativa.

Em termos de resultados, a transação tributária tem apresentado números interessantes, considerando o fato de abranger créditos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação. Entre a edição da lei instituidora (04/2020) e agosto de 2021, foram celebrados mais de 300 mil acordos para pagamento, resultando em mais de 17,33€ bilhões em dívidas negociadas. Em uma perspectiva evolutiva, enquanto em todo o ano de 2020 foram arrecadados aproximadamente 300€ milhões de euros, nos cinco primeiros meses de 2021 esta cifra foi de 285€ milhões²¹⁹. E durante todo o ano passado, a transação sobre a dívida ativa permitiu um acréscimo de 1,1€ bilhão aos cofres públicos – 20% do total arrecadado no período²²⁰. Mesmo se tratando de uma experiência inédita e recente na forma de arrecadação do crédito tributário brasileiro, os números mostram um resultado positivo.

O contrato social firmado entre o Estado de Direito e os indivíduos que o integram tem um custo. Manter esta relação passa necessariamente pela observância do dever fundamental de se pagar tributos. Ocorre que no Brasil existe uma conjuntura de fatores culturais, políticos e jurídicos que obstam o combate à endêmica sonegação fiscal. Duas razões em específico merecem destaque: uma corriqueira (leia-se semestral) atuação legislativa na aprovação de programas especiais de parcelamentos tributários e uma insuficiente resposta do Poder Judiciário quanto ao manejo das execuções fiscais, disponibilizando, respectivamente, ao devedor uma “premiação legal esperada” ou uma cobrança processual morosa. Para reverter

²¹⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/agosto/transacao-tributaria-possibilita-mais-de-300-mil-acordos-para-pagamento-de-dividas>

²²⁰ Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/fazenda-nacional-arrecadou-r-317-bilhoes-em-dividas-com-a-uniao-em-2021/#:~:text=R%C3%BAssia-,Fazenda%20Nacional%20arrecada%20R%24%2031%2C7%20bilh%C3%B5es%20em%20d%C3%ADvidas,co m%20a%20Uni%C3%A3o%20em%202021&text=A%20Procuradoria%20Geral%20da%20Fazenda,recorde%20neste%20tipo%20de%20recupera%C3%A7%C3%A3o.>

este quadro, alicerçado na autocomposição e na redução dos custos de transação, recente aprovação legislativa culminou na edição da Lei nº 13.988/2020. Implementou-se a transação como via extintiva do crédito tributário, mormente aqueles classificados como irrecuperáveis e de difícil recuperação. Pela perenidade desta providência e pelos números alcançados, estima-se uma inibição no entusiasmo dos legisladores em editar novos parcelamentos, bem como tornar a arrecadação de créditos com baixa probabilidade de recuperação possível e mais rápida.

3.3 – Arbitragem como instrumento auxiliar à Justiça

Iniciando o assunto pela etimologia, o termo ‘arbitragem’ deriva do latim²²¹ *arbiter* que significa juiz ou jurado. Em uma visão bastante rasteira, todo aquele chamado para dirimir um conflito, do qual é totalmente desinteressado, assume a função de árbitro. Logo, a origem histórica deste personagem antecede em muito a complexa jurisdição estatal – provavelmente remonte à convivência tribal; de modo que aquela inspirou esta e não o contrário. Para pontuar o instituto na história ocidental, a civilização romana já facultava aos oponentes a resolução da demanda através de um tribunal privado ou *iudicium privatum* que nada mais era do que uma lista de cidadãos onde os interessados poderiam escolher alguém que merecesse sua confiança²²². Evidente que houve uma evolução no sentido de transformá-lo na mais notável e genuína modalidade de heterocomposição, na medida em que a decisão resolutiva não atrai a participação das partes. Isto é a consagração da imparcialidade enquanto princípio basilar deste instituto.

Hoje, para além da sua essência adjudicatória²²³, a arbitragem é vinculativa aos envolvidos, considerando que estes estão obrigados ao veredito²²⁴ proferido pelos árbitros, e compõe formalmente o rol de tribunais constitucionalmente reconhecidos; tal como adrede citado na Carta portuguesa. Mais a mais, dentre muitas previsões domésticas²²⁵ e internacionais,

²²¹ *Dicionário de português- latim*, p. 38.

²²² TEIXEIRA, P. C. M., ANDREATTA, R. M. F. C., *A nova arbitragem*, p. 8.

²²³ Terceiros, por incumbência dos litigantes, são dotados de poder e competência para resolver o conflito. Vide: GOUVEIA, M. F., *Curso de resolução alternativa de litígios*, p. 104.

²²⁴ Quanto à força jurídica associada, a sentença arbitral insuscetível de recurso tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual, consoante n.º 7, do artigo 42º, de Lei de arbitragem voluntária.

²²⁵ No Brasil, há lei específica dispendo sobre a arbitragem - Lei nº 9.307/1996. (Vide referências)

podem ser mencionadas o Tratado de Roma²²⁶ (artigo 220.º) e a Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, celebrada em Nova York aos 10 de junho de 1958 (da qual Portugal é signatário²²⁷).

À luz do que foi apresentado na seara etimológica, da histórica e das características mais marcantes, resta conceituar a arbitragem. Não obstante inexista uma tradução fechada, nas palavras de MONTEIRO ela é definida como “*um meio de resolução alternativa de litígios, no qual as partes atribuem voluntariamente por efeito da celebração de um contrato – a convenção de arbitragem – o poder para a resolução do seu litígio a árbitros, os quais são terceiros independentes e imparciais que atuarão enquanto verdadeiros juízes, proferindo uma sentença que produz efeitos jurisdicionais*”²²⁸. É um típico negócio jurídico já que tem o seu nascedouro na autonomia privada e no limite dos interesses lançados.

Em sequência, digno de nota está a expressão ontológica ou o estudo da natureza jurídica da arbitragem. Mista é o predicado que melhor a define porque são constatados aspectos contratuais e jurisdicionais²²⁹. Até por uma questão cronológica, aquele tem como pressuposto a autonomia de vontade das partes. Ausente a ingerência do Estado, a voluntariedade é condição basilar da inauguração compositiva cuja materialização está na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral. Superada a formal aproximação, confiam os contendores na função decisória atribuída ao árbitro. Deste último e mais esperado ato emana a carga jurisdicional: dizer o direito aplicável ao caso concreto. Em reforço, os laudos proferidos têm *status* de título executivo judicial; dispensados de qualquer outra formalidade. De igual sorte, os próprios deveres de imparcialidade, fundamentação e independência exigidos dos árbitros²³⁰ coadunam com esta segunda perspectiva. A mútua complementariedade de ordem privada e pública corresponde a um respeito à liberdade individual dos litigantes em buscar uma via distinta da tutela patrocinada pelo Estado, ao mesmo tempo em que dispõe de igual e autônoma força resolutive.

²²⁶ TRATADO que institui a Comunidade Económica Europeia, p. 171.

²²⁷ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94. Publicação: Diário da República I-A, n.º 156, de 08/07/1994.

²²⁸ MONTEIRO, A. P. P., *et al.*, *Manual de arbitragem*, p.12.

²²⁹ “*On lui reconnaît maintenant très généralement une nature mixte: conventionnelle par son origine, juridictionnelle par sa fonction.*” Disponível em: JARROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, p. 5.

²³⁰ Artigo 13.º e seguintes da LAV.

O que diferencia a mediação da arbitragem é o fato da superação do conflito ser exclusivamente construída por um terceiro alheio às pretensões colocadas em antagonismo. Esta característica coincide com a jurisdição estatal e justifica sobremaneira o porquê de muitos princípios contidos no ordenamento jurídico também serem aproveitados nos procedimentos arbitrais em geral. O primeiro, e talvez tido como a pedra fundante, é a já mencionada autonomia privada. Tudo tem início a partir de um convênio arbitral prévio ou ulterior formulado pela iniciativa dos conflitantes. Através deste ajuste podem ser harmonizados aspectos associados à(s) fonte(s) do direito – em sentido amplo; aos procedimentos aplicados ao caso; à modalidade *ah doc* ou institucionalizada de julgamento; dentre outros temas tido por pertinentes à lide. No entanto, cabe ressaltar que este ânimo arbitral em nada interfere nos poderes e no discernimento do árbitro.

Ainda na subjetividade das partes, não se pode esquecer da boa-fé objetiva. É um princípio de probidade, estimulando as condutas cujas expectativas são legitimamente geradas por um indivíduo médio diante das circunstâncias do caso²³¹. O que se almeja não é o melhor comportamento da parte (subjetiva), mas o melhor comportamento sob o prisma coletivo/social. Uma vez alcançado surge um ambiente de maior harmonia litigiosa, respeito e confiança no árbitro e conformidade por aqueles alheios à relação triangular.

Na linha do que vem sendo construído, a arbitragem pressupõe um devido processo legal ou consensual mínimo²³². Não faria qualquer sentido manter ou acentuar o formalismo e o rigor contidos na justiça togada. De igual modo não se admite o que se pode chamar de ‘anarquia’ procedimental. Há um meio-termo. Seja qual for a matriz de sucessão de atos decorrentes da interação entre os personagens envolvidos – convenção das partes, liberalidade dos árbitros ou as regras estipuladas pelo órgão arbitral institucionalizado – há uma vocação natural à simplicidade e à eficiência. Uma premissa que de igual sorte ganha reforço no fato da arbitragem, preponderantemente, contemplar direitos (patrimoniais) disponíveis.

Em todo caso, esta posição intermediária não exclui outros princípios também caros a um litígio escorreito. Igualdade entre partes, contraditório, ampla defesa, imparcialidade e livre convencimento do árbitro são alguns deles. Uma preocupação expressamente contida no

²³¹ “*Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razoable del outro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe.*” Disponível em: LARENZ, K., *Derecho civil – parte general*, p. 300.

²³² BERALDO, L. F., *Curso de arbitragem*, p. 09.

artigo 16.º, da LAV²³³ e quando violada configura hipótese de anulação da decisão arbitral, consoante redação da alínea ‘c’, do item 01, do artigo 27.º do mesmo diploma legal.

Sobre os personagens envolvidos, a formatação é configurada pela presença indispensável de no mínimo três atores. Os antagonistas na sua pluralidade e o árbitro que pode ser uma pessoa singular ou um órgão colegiado institucionalizado ou não. Visto que a arbitragem tem nítidos contornos de um negócio jurídico, sendo a autonomia de vontade um elemento fundamental, não apenas a personalidade como também a capacidade jurídica (artigo 67.º do CC²³⁴) são atributos exigidos das partes – aptidão para tornar-se sujeito de deveres e direitos; desempenhando livremente todos os atos da vida civil. Sem esta ou identificado algum grau de restrição, faz-se necessário um representante capaz devidamente designado para fazer as vezes do titular do direito representado. São os casos dos menores, interditos e inabilitados. Isto é falar das pessoas naturais, porém impedimentos específicos também podem existir para que as pessoas coletivas possam optar por esta heterocomposição – uma providência muito usual nas relações comerciais. Para que isto se efetive, basta que a iniciativa parta de quem seja o seu representante legal (estatutário). E transcendendo a esfera privada, o Estado e outras pessoas coletivas de direito público são alcançadas pela arbitragem se houver autorização por lei especial ou se elas tiverem por objeto litígios respeitantes a relações de direito privado²³⁵.

O árbitro ou a autoridade julgadora, seja uma pessoa singular ou um órgão colegiado (aqui o critério decisório tende a ser o da maioria absoluta), é quem dá nome ao instituto heterocompositivo. Ainda que esteja(m) vinculado(s) a uma pessoa coletiva (arbitragem institucionalizada), a função é, *per se*, reservada aos indivíduos. Cuida-se de uma relação personalíssima, *intuitu personae*²³⁶. Neste primeiro aspecto, o artigo 8.º da LAV não deixa qualquer dúvida e adiciona um segundo elemento: capacidade jurídica plena. O que engloba não somente a capacidade de direito, mas também a de fato. Apenas esta autoriza a prática de todos os atos da vida civil.

²³³ Lei n.º 63, de 14 de dezembro, Assembleia da República, 2011.

²³⁴ Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro, Ministério da Justiça, 1966.

²³⁵ Artigo 1.º, item 4, da LAV.

²³⁶ BERALDO, L. F., Curso de arbitragem, p. 228.

Superado a análise da personalidade arbitral, forçoso verificar adjetivos relevantes a esta. Talvez a que mereça maior destaque seja a independência²³⁷. Estar comprometido tão somente com os fatos apresentados e os fundamentos necessários para embasar sua decisão. Imparcialidade e desinteresse, traduzidos respectivamente na relação neutra com os litigantes e na isenção sobre o objeto debatido, devem conduzir esta jurisdição na totalidade. Não bastasse este poder-dever inafastável, há ordenamentos jurídicos que exigem do árbitro uma vida pregressa ilibada²³⁸ – ausente de condenações administrativas e/ou criminais que possam de algum modo comprometer a sua reputação. Outra característica reside na inexistência de impedimento quanto à nacionalidade. O árbitro pode ser estrangeiro mesmo porque isto passa pela convenção das partes. Quanto à bagagem intelectual, não há limites. Longe da realidade imposta ao magistrado cuja formação em direito é indispensável, o árbitro pode ter qualquer predicado profissional. Esta é uma grande vantagem tendo em vista que as partes podem escolher um julgador que seja expert no objeto posto em litígio. “*On such a clause, the arbitrator is just as likely to be right as the judge – probably more likely.*”²³⁹ No mesmo sentido, enaltecendo esta amplitude do conhecimento e menor rigor formal, pode-se concluir que os árbitros são menos indefectíveis que os juízes. Esta plasticidade procedimental e de competência dos árbitros torna a decisão exarada igualmente ajustável à realidade problematizada. Estes são os traços mais comuns percebidos nesta espécie de julgadores, não impedindo que outros também sejam adicionados conforme as partes convencionarem ou a legislação assim prever.

O modo como os árbitros podem ser integrados à lide observa duas modalidades: *ad hoc* ou institucionalizada. Em uma ótica cronológica aquela antecede esta por corresponder a um modelo mais simplificado de designação. Outrossim, a primeira pode ser identificada através do método de exclusão – o que não for institucional será pontual ou improvisado pelos interessados.

²³⁷ “*L’exigence d’indépendance de l’arbitre constitue donc un fondement de sa mission juridictionnelle (...) Cela explique que l’indépendance – attribution aussi bien qu’obligation de l’arbitre (...)*” Disponível em: CLAY, T., *L’arbitre*, p. 232 e 273.

²³⁸ Código commercial francês – C. comm. (art. L. 625-2 et L. 625-8). Disponível em: CLAY, T., *L’arbitre*, p. 380.

²³⁹ (1981) UKHL J0716-1, House of Lords, Judges: Lord Diplock *et al.*, Pioneer Shipping Limited and Others (Respondents) and B.T.P. Tioxide Limited (Appellants), 16/07/198. (Ver referências)

Na arbitragem *ah doc* há um procedimento exclusivamente estabelecido para se chegar à solução de uma controvérsia igualmente exclusiva²⁴⁰. A ocorrência é repentina com balizas temporais e espaciais bem definidas. É quando, da convenção em arbitragem, as partes concebem todos os aspectos atinentes ao julgamento de um imbróglio jurídico: quem será o árbitro, procedimento a ser adotado e o direito a ser aplicado. Nasce com o exercício do direito potestativo de ambas as partes e extingue-se com o proferimento da decisão de mérito.

Diferentemente da anterior que surge com as partes, é usual que a arbitragem institucionalizada²⁴¹ anteceda àquelas. Equipara-se a um centro arbitral formalmente instituído como espécie de pessoa coletiva. Logo tem os atributos mais elementares desta, como: a perenidade, o impulso criativo na vontade humana, um modelo organizacional específico, a finalidade superavitária ou lucrativa, uma maior sujeição ao ordenamento jurídico e um conjunto de regras procedimentais próprias para viabilizar a composição litigiosa. Posto fim à controvérsia, a entidade continua existindo à disposição de todos aqueles que a desejam contratar. No âmbito internacional, entre as câmaras e centros arbitrais mais importantes, merece referência: a *International Chamber of Commerce (ICC)* e o *London Court of International Arbitration (LCIA)*²⁴². E no plano doméstico há, entre outros, o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (CCIP)²⁴³. Para arrematar, em consulta ao sítio eletrónico da Direção-Geral da Política de Justiça²⁴⁴, atualmente, Portugal dispõe de 38 (trinta e oito) centros de arbitragem autorizados; abordando as mais diversas temáticas – construção, seguros, turismo.

Embora já tenham sido feitas referências pontuais sobre as fontes dos direitos, seja qual for a modalidade arbitral, *ah doc* ou institucionalizada, o critério de julgamento ou o direito (em sentido amplo) substantivo/material observado pelos árbitros é uma característica de suma importância. Duas linhas principais norteiam a maioria dos modelos difundidos nas legislações internacionais²⁴⁵ e em Portugal. Neste último caso, ambas estão expressas no artigo 22.º da LAV, com o título: “Direito Aplicável; recurso à equidade”, facultando aos árbitros o

²⁴⁰ PINHEIRO, L. L., *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*, p. 51.

²⁴¹ “*Si dice istituzionale invece l'arbitrato quando una stabile e specifica organizzazione è posta in opera e funziona per erogare una serie di arbitrati a richiesta delle parti che se ne vogliono avvalere (...)*” Disponível em: CHINA, S., *L'arbitrato*, p. 04.

²⁴² Para maiores informações, veja respectivamente em: <https://iccwbo.org/> e www.lcia.org.

²⁴³ Para maiores informações, veja em: <https://www.ccip.pt/pt/o-que-fazemos/centro-de-arbitragem>.

²⁴⁴ Vide: <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Arbitragem/Centros-de-Arbitragem-autorizados>.

²⁴⁵ CHINA, S., *L'arbitrato*, p. 05.

uso do direito constituído ou a equidade por convenção das partes. Em complemento, o artigo 52.º do diploma legal retro leciona que na hipótese daquelas recorrem ao direito constituído, deverão designar a lei ou o sistema jurídico de determinado Estado. Quedando-se inertes, o tribunal arbitral aplicará o direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresenta uma conexão mais estreita. Logo, nada dizendo sobre qual das duas espécies²⁴⁶ desejam para o processo arbitral composto, presumir-se-á que a opção foi a arbitragem de direito.

A primeira opção designada como arbitragem de direito (em sentido estrito), ou segundo o ordenamento jurídico, orienta o julgador a recorrer às regras e princípios do direito positivo interno e/ou internacional. Nesta modalidade há uma grande semelhança com os juízes togados – o trabalho dialético jurisdicional é feito sob os auspícios da produção legislativa. Constituição, leis, decretos e regulamentos preexistentes cuja abstração informa como deve ser regulado um fato ou outro. O papel do árbitro está circunscrito à obrigação de individualizar a norma positiva e aplicá-la ao caso concreto. A mudança concentrar-se-á nos pontos procedimentais.

Alternativamente, a outra procedência é a equidade. É uma via excepcional, devendo conter manifestação expressa das partes na convenção arbitral²⁴⁷. Os conflitantes majoram o poder decisório conferido ao árbitro, uma vez que este terá liberdade de resolver a lide de acordo com o seu saber e entender. Há uma formulação de juízo de valor que reconhece o direito de cada um, diante das especificidades do caso concreto, adotando um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo. A atividade daquele *“no debe tropezar con los límites que marcan las normas de ‘ius cogens’ y, si procede en su planteamiento más allá de ese tipo de normas, el único límite que debiera tener sería el respeto a las reglas básicas del orden público.”*²⁴⁸ Com efeito, a ofensa a uma norma *ius cogens*, pelo árbitro pautado pela equidade no exercício da função, é também motivo suficiente para que a decisão arbitral possa ser anulada. A iminente identificação de vícios fica muito mais adstrita a aspectos formais do que aos fundamentos utilizados para alcançar a resolução do mérito. Em

²⁴⁶ Seja qualquer das opções, seja o uso de um modelo híbrido de aproveitamento simultâneo ou sucessivo da equidade e do direito definido, os árbitros sempre deverão tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes – n. 03, do artigo 52.º, da LAV.

²⁴⁷ BERALDO, L. F., *Curso de arbitragem*, p. 20.

²⁴⁸ NAVARRETE, A. M. L., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, p. 30.

reforço a esta matriz argumentativa, segue o aval do TJUE no acórdão proferido nos autos C-393/92²⁴⁹:

Com efeito, em virtude dos princípios do primado e da uniformidade de aplicação do direito comunitário, conjugados com o artigo 5.º do Tratado, um órgão jurisdicional de um Estado-membro a quem é submetido, nos termos da legislação nacional, um recurso de uma decisão arbitral, **mesmo que julgue segundo a equidade**, é obrigado a respeitar as normas do direito comunitário, em especial as relativas à concorrência. (grifo nosso)

Conquanto ao que foi posto, não é legítimo terminar o tópico estabelecendo que a arbitragem por equidade implica na obrigação de eliminar a incidência das normas jurídicas. Não é difícil admitir que em alguns casos a efetiva equidade se dê justamente pelo uso preciso do direito positivo.

Feito o contorno necessário das fontes do direito diretamente integradas na triangulação arbitral, questiona-se qual é o respectivo alcance objetivo? Há alguma matéria ou conteúdo cuja aptidão arbitral seja incompetente por imposição legal? A resposta a este questionamento exige, antes, a compreensão do que vem a ser um direito indisponível. Uma terminologia que trafega pelos acórdãos do TC português, consoante passagem²⁵⁰ a seguir reproduzida:

A Constituição prescreve, a propósito da função jurisdicional, que a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos (artigo 202º, nº 4), e faz expressa referência, no artigo 209º, n.º2, aos tribunais arbitrais e aos julgados de paz.

Qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros por si designados, podendo a convenção de arbitragem ter por objeto um litígio atual, ainda que se encontre afeto a um tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória) (artigo 1º, n.º 3, da LAV).

²⁴⁹ Disponível em: Ac. do TJUE, de 27 de abril de 1994, processo n.º C-393/92.

²⁵⁰ Ac. do Tribunal Constitucional, de 24 de abril de 2013, processo n.º 279/2013.

Os tribunais arbitrais estão previstos como uma categoria autónoma de tribunais e encontram-se submetidos a um estatuto funcional similar ao dos tribunais judiciais, e as suas decisões têm natureza jurisdicional, mas não são órgãos estaduais, correspondendo a sua atividade a um verdadeiro exercício privado da função jurisdicional (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86). (grifo nosso)

Valendo-se do conceito apresentado por Ana Prata, este é um “direito que não é susceptível de ser objeto de actos de disposição por parte do seu titular, isto é, direito relativamente ao qual a vontade do titular é ineficaz para a sua transmissão ou extinção.”²⁵¹ Este interdito é justificado por opção legislativa temporária ou perene, assim como pela própria natureza inalienável do bem posto em discussão. Diante da superioridade do interesse e da ordem públicos, são direitos inderrogáveis por convenção das partes.

O Estado tem especial empenho em monopolizar o tratamento jurídico dispensado a estes bens (valores) sob argumentos que transitam pela dignidade da pessoa humana e pela irrenunciabilidade coletiva²⁵². Ambas as expressões denotam uma elevada carga subjetiva, espacial e temporal conforme o meio social evolui; não permitindo afirmar que o predicado “(in)disponível)” seja algo impermeável na ótica literal do direito alcançado ou na ótica interpretativa da sua aplicação. Para situar o leitor, hodiernamente, citem-se alguns direitos de personalidade como a vida, a integridade física e outros também fundamentais – nacionalidade, políticos. Dando concretude ao tema, item 1, do artigo 2.008.º, do Código Civil²⁵³, informa que o direito a alimentos não pode ser renunciado ou cedido. A integridade alimentar devida aos dependentes, pelos genitores, é um compromisso jurídico que transcende a liberalidade de qualquer das partes. Há um ônus mútuo (dar/receber) neste sinalagma por imposição legal socialmente construída.

Em sentido contrário, o direito é tido por disponível quando ingressa na liberalidade dos detentores, podendo dele aproveitar, ou mesmo aniquilar, como lhe aprouver. Há uma plenitude por parte dos titulares cujo comportamento, qualquer que seja, não repercute

²⁵¹ PRATA, A., *Dicionário jurídico*, p. 519.

²⁵² “Basically, objective arbitrability is justified by the fact that certain disputes may involve sensitive issues which are considered to be addressed exclusively by the judicial authority of the state courts.” Disponível em: FREIMANE, N., *Arbitrability: problematic issues of the legal term*, p. 22.

²⁵³ Decreto-lei n.º 47.344/66, de 25 de novembro, Ministério da Justiça, 1966.

na esfera jurídica mais íntima deles mesmos ou de terceiros²⁵⁴. Quase sempre os protagonistas desta relação jurídica são pessoas singulares e/ou coletivas privadas. Quando o Estado é parte, a elas se equipara; abnegando o *ius imperium*. Não se pode ignorar que a Administração Pública também pratica atos de gestão em que o interesse é disponível²⁵⁵. Para contextualizar, nada impediria que o Poder Público arrendatário e o senhorio privado pudessem ingressar em um procedimento arbitral cuja discussão fosse aspectos atinentes a um contrato de arrendamento. Os bens genuinamente econômicos e fungíveis, expostos à alienação (mormente as relações comerciais e de consumo), representam a essência dos bens tidos por disponíveis e dominam as lides arbitrais.

Com este esclarecimento discriminatório tem-se a constatação de que estes bens jurídicos possuem uma natureza potestativa. Neste conjunto de direitos, as partes têm total liberdade em recorrer ou não à solução arbitral. Uma escolha conjunta cuja evidência está nas expressões “podem existir” e “pode ser cometido pelas partes”, respectivamente, do n.º 2, do artigo 209.º, da CRP, e do artigo 1.º, da LAV. O próprio termo “voluntária” que dá nome à mais relevante lei arbitral portuguesa – Lei n.º 63/2011 – arremata este ponto. Aquilo que pode ser objeto de arbitragem pode, simultaneamente, ser suscetível de deliberação através de outras formas heterocompositivas tal como a instituída pelo Estado.

Referida lógica positiva do atributo estabelecido também traz a sua vertente negativa, qual seja: a impossibilidade do Estado proceder ao estabelecimento de uma arbitragem obrigatória para ambas as partes²⁵⁶. A exclusão do Poder Judiciário, em última análise, poderia configurar abusos ou a formação de temerárias jurisdições *ah doc* ou de

²⁵⁴ “(...) *ha de tratarse de materias que conforme a Derecho se hallen dentro de la esfera de la libre disposición de los interesados en el arbitraje, obliga a realizar un catálogo de materias que, precisamente y conforme a Derecho, no se hallarían dentro de esa esfera de libre disposición.*” Disponível em: NAVARRETE, A. M. L., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, p. 25.

²⁵⁵ BERALDO, L. F., *Curso de arbitragem*, p. 106.

²⁵⁶ Aqui, a palavra “ambas” merece especial destaque. Em que pese a voluntariedade contratual seja um elemento caro ao instituto da arbitragem, alguns ordenamentos jurídicos prevêm a chamada: arbitragem obrigatória. “(...) *tale dicesi l'arbitrato cui le parti sono obbligate ad addivenire non della loro libera scelta e concorde volontà ma da fonti ad esse estranee, come norme di legge od atti amministrativi.*” (Disponível em: CHINA, S., *L'arbitrato*, p. 04. Nestes casos, no mais das vezes, a opção é exercida com exclusividade pela parte hipossuficiente da relação jurídica conflitante. Para melhor entendimento da exceção apresentada, cite-se o regime legal português aplicável à defesa dos consumidores. O n.º 02, do artigo 14.º, da Lei n.º 24/96, institui: “**Os conflitos de consumo de reduzido valor económico estão sujeitos a arbitragem necessária** ou mediação quando, **por opção expressa dos consumidores**, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados.” (grifo nosso) A sujeição arbitral dos fornecedores de bens e serviços é cogente para a hipótese apresentada. Ainda assim, diante da possibilidade dada ao consumidor, não há falar em tribunal de exceção.

exceção. Em uma linha ilustrativa, a Constituição brasileira consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal como garantia fundamental, consoante inciso XXXV, do artigo 5º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Com esta preocupação e valorização em torno dos direitos considerados indisponíveis que o Estado os submete à sua jurisdição oficial. Com este silogismo, resta claro que a heterocomposição conferida à arbitragem tem por objeto os direitos disponíveis. Aquilo que as partes podem livremente manejar sem que haja qualquer reflexo jurídico relevante à coletividade. Em grande medida, o conteúdo refere-se ao direito patrimonial sujeito a alienação ou cessão, pelo seu titular, sem qualquer ressalva. Contratos e atos ilícitos são os principais temas trazidos à lide arbitral. A própria história confirma esta natureza privada ao ser feita menção à Corte Internacional da Câmara de Comércio Internacional criada em Paris – 1923²⁵⁷.

3.4 – A arbitragem para além das relações privadas – a realidade de Portugal

Embora haja esta técnica de classificação bipartida dos bens jurídicos conforme a disponibilidade, o fenómeno da desestadualização traz uma nota distintiva na pós-modernidade jurídica. Esta manifesta-se aos distintos níveis dos poderes públicos e terá como principais corolários a deslegalização (perda da relevância e força da lei, por via de fenómenos como a sua europeização, textura aberta ou tecnicização), a desadministrativização (entrega a entidades privadas de tarefas tradicionalmente administrativas) e *desjurisdicionalização* (quebra do monopólio do Juiz estadual na resolução de conflitos, através de introdução de mecanismos alternativos)²⁵⁸. Neste último tempo, subjaz o forte fenómeno da pulverização da jurisdição.

Há um movimento jurídico mundial à expansão progressiva da utilização da arbitragem para pôr termo a litígios que extrapolem a esfera genuinamente privada. Uma dominação da sociedade civil sobre o Estado na resolução de litígios que respeitam àquela ou a ambos. Este fenómeno remonta a meados da década de 80 quando o Supremo Tribunal Federal norte-americano reconheceu, no caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth*

²⁵⁷ MONTEIRO, A. P. P., *et al.*, *Manual de arbitragem*, p.21.

²⁵⁸ ROCHA, J. F., *A desestadualização do Direito Tributário*, p. 01.

*Inc.*²⁵⁹, a competência arbitral internacional para interpretação e aplicação da lei concorrencial americana (*Shearman Act*) – matéria essencialmente de Direito Público. E passados mais de trinta e cinco anos, constata-se uma expansão em termos objetivos (matérias) e subjetivos (partes) por esta via de solução de controvérsias. As razões podem aqui ser reforçadas pelo fenômeno da privatização da tutela da sociedade civil; o reconhecimento da credibilidade da arbitragem; e as crescentes dificuldades que os tribunais judiciais têm de julgar em tempo razoável os casos que são levados a juízo²⁶⁰. Uma conjuntura da qual a República Portuguesa não escapa. Pela relevância do tema, dar-se-á início a uma reflexão mais cuidadosa sobre a Administração Pública portuguesa enquanto parte no processo arbitral.

O caso português é um interessante e, talvez, vanguardista exemplo de como a arbitragem em direito público está se expandindo ao longo do tempo. Apesar das remissões anteriores, não é demais recordar que a arbitragem tem assento constitucional (número 02, do artigo 209.º) e a Lei de arbitragem voluntária preconiza a titularidade do Estado e de outras pessoas coletivas de direito público para promover convenções de arbitragem (número 05, do artigo 1.º), conforme respectiva outorga do Ministro da Justiça ou do presidente do órgão dirigente. Um respaldo normativo incontestado que viabilizou e continua viabilizando vários regimes²⁶¹ de arbitragem administrativa com as mais diversas características e soluções.

Assuntos cuja natureza, em tese, demandam uma apreciação exclusiva pela jurisdição estatal, passam a se sujeitar à jurisdição institucional privada. Demonstrando: o fato mais potenciador e decisivo desse alargamento é a utilização do contrato administrativo em substituição do ato; uma fungibilidade funcional entre ambos que enaltece o particular em termos de paridade, não apenas no procedimento, mas no ato principal conclusivo do mesmo²⁶². Esta constatação é de imediato reconhecimento no próprio regime geral de arbitragem

²⁵⁹ “The question presented to the Supreme Court was whether claims arising out of the Sherman Antitrust Act were arbitrable pursuant to the Federal Arbitration Act (“FAA”) or the NYC. The Court found that they were. In doing so, the Court reasoned that “concerns for international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes” required that the Court compel arbitration.” Disponível em: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=513 (consultado em 16/06/2023).

²⁶⁰ BARROCAS, *Manual de arbitragem*, p. 98.

²⁶¹ Necessário sublinhar que no ordenamento jurídico português (ainda) não há um tratamento legislativo unitário à arbitragem de direito público. As leis que versam sobre o tema são esparsas e dificultam a formação de um estatuto para fazer frente à arbitragem de direito privado, cujo maior fundamento seja o interesse público.

²⁶² MACHETE, R. C., *O alargamento do âmbito das matérias sujeitas à arbitragem administrativa no direito português*, p. 174.

administrativa – o Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA²⁶³. Uma lei que, em matéria de direito público, revela uma autonomia face às soluções legislativas previstas na LAV²⁶⁴. Na sua versão atual, os artigos 180.º e seguintes apontam para a arbitragem nas hipóteses respeitantes a contratos e atos administrativos relativos à respectiva execução; responsabilidade civil extracontratual e o direito de regresso se derivado; e questões associadas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade. São situações que podem estar inseridas no âmbito das seguintes matérias: contratos, responsabilidade civil da Administração, funcionalismo público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo; para as quais é possível a instalação de centros de arbitragem permanentes. Para ilustrar, e com especial importância ao avanço deste estudo, há o Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD.

²⁶³ Lei n.º 15, de 22 de fevereiro, Assembleia da República, 2002.

²⁶⁴ PEDRO, R., *Estudo sobre arbitragem*, p. 27.

04 – A LITIGIOSIDADE FISCAL PORTUGUESA NA SEARA ARBITRAL E A EFICIÊNCIA

4.1 – Estado da arte: a crise do Poder Judiciário (fiscal) português

Exposição trazida no capítulo 02, a compilação de dados extraída da Secretaria geral do Ministério da Justiça, do Fórum Econômico Mundial e da CEPEJ, permitiu constatar que o Poder Judiciário português não tem apresentado bons resultados em termos de produtividade decisória. É um cenário de colapso doméstico tutelado pela Associação Sindical de Juizes Portugueses²⁶⁵ que, no início de 2023, ironizou com o pronunciamento do seu Presidente, Manuel Soares: “*O problema é que parece que o poder político não acha que há uma crise. Ou então, na verdade, a crise não existe.*” O que não significa que este fenômeno social seja uma exclusividade lusitana. Países como a Espanha²⁶⁶ e Brasil²⁶⁷ também enfrentam dificuldades na mesma seara governamental.

É a partir deste cenário indutivo que se confirma o debate em torno da famigerada crise de jurisdição. O que inclusive se pode chamar de crise do Estado quanto ao enfraquecimento da soberania no seu conceito original ou clássico (Estado Nacional) – um poder irrefutável no sentido jurídico, capaz de afirmar e decidir sobre o teor e incidência das normas, aplicando-as coercitivamente em um espaço territorialmente delimitado, podendo fazer oposição a mandos externos contingenciais. Com o aprofundamento democrático das sociedades (controles públicos, limites procedimentais, garantias cidadãos) e a interdependência cada vez maior entre os Estados-Nação (comunidades supranacionais; ONGs; organismos políticos e organizações econômicas transnacionais), impõe repensar aquele conceito no sentido de identificar uma dispersão nos centros de poder interno e a construção de uma ordem de compromissos externos e paralelos²⁶⁸. Uma nova realidade que em grande medida pulveriza o poder do Estado, mitigando o caráter monopolístico da atuação legislativa e jurisdicional.

Adjacente a esta soberania aberta, outras causas apontam para o contexto de perturbação citado no parágrafo inaugural deste capítulo. O que pode ser identificado como um fenômeno contemporâneo entre algumas nações tem como pano de fundo extensivo a complexidade e o desequilíbrio entre demanda e oferta deste bem público tão precioso chamado justiça. As interações, e por óbvio os litígios delas decorrentes, crescem em uma proporção qualitativa (ineditismo temático) e quantitativa que a função estatal jurisdicional destinatária não está preparada para absorver.

²⁶⁵ AMORIM, F., *Juizes questionam crise na Justiça e pedem reformas ao Governo*. (Vide referências)

²⁶⁶ PARERA, B., *Europa irrumpe en la crisis del Poder Judicial en España y exige una renovación "de urgencia"*. (Vide referências)

²⁶⁷ PINTO, A. P., *Artigo: o Judiciário em crise*. (Vide referências)

²⁶⁸ MORAIS, J. L. B. de, *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, p. 31.

O primeiro aspecto tem origem nas relações sociais, culturais, econômicas e políticas cada vez mais efêmeras que não mais respeitam os limites territoriais de um país em face da globalização – processos atuantes em escala mundial, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo²⁶⁹. Aliado a isto, há os avanços tecnológicos alterando o modo de interação entre os indivíduos e disseminando novos bens, serviços e informações a uma velocidade e projeção incomensuráveis. E mais recentemente, ainda nesta tônica computacional, não se pode olvidar do surgimento das inteligências artificiais e robotização. Em resumo, este cenário também pode ser compreendido por permanentes pressões centrífugas de interativa desterritorialização socioeconômica e de inovação.

O alcance jurisdicional, outrora associado ao vínculo territorial – um parâmetro preciso –, não mais atende ao dinamismo onipresente dos direitos e deveres a serem tutelados. Há uma desintegração das barreiras geográficas na medida em que os detentores de personalidade jurídica estabelecem múltiplas redes de entrosamento, potencializadas pela expansão da informática, dos meios de comunicação e dos transportes. Uma demonstração sob a ótica fiscal surge no momento em que os contribuintes e as suas bases de tributação não se apresentam estáticas e ligadas apenas a uma jurisdição fiscal, mas antes atuam em vários ordenamentos jurídicos; fazendo despertar em cada um destes o poder de tributar²⁷⁰. Atualmente, o trânsito é global, os ordenamentos jurídicos nacionais inevitavelmente se entrelaçam, ainda que não haja uma orientação prévia chancelada pelo Direito Internacional Público ou Privado. Litígios novos, na acepção mais ampla do predicado, impõem soluções igualmente novas – seja através de um rearranjo do monopólio estatal da jurisdição, seja através da utilização das cortes internacionais ou outros meios alternativos de solução de controvérsias.

De outra banda, perante este hermetismo social contemporâneo, há um Judiciário composto por uma estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submissa à lei, tornando-se uma instituição posta ao desafio²⁷¹. É a primeira zona de atrito flagrante entre o dinamismo premente dos jurisdicionados e o formalismo consagrado e estoico da debatida função essencial do Estado. Com enfoque nos países da Europa continental, inspirados na orientação romana, a estrutura ou arranjo interno tem a sua essência e exercício em torno de um ordenamento jurídico codificado (*Civil Law*). Um modelo de construção do ordenamento jurídico cristalizado em gigantesca obra dos códigos civis que, ao longo do século XIX, é uma realidade bela mas arcaica – os valores

²⁶⁹ ADOLFO, L. G. S., *Globalização e estado contemporâneo*, p. 54.

²⁷⁰ PIRES, R. C., *Manual de direito internacional fiscal*, p. 16.

²⁷¹ SPENGLER, F. M., *A crise do Estado e crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social*, p. 11.

jurídicos tradicionais sofrem os efeitos da mudança dos tempos²⁷². Este engessamento dos institutos, ritos, formalidades e prazos tem se mostrado incompatível com a urgência por respostas.

Dentre outros sentidos, isto traz uma reflexão direta sobre as perspectivas do tempo. Sem a necessidade de tecer qualquer consideração a respeito da teoria da relatividade, o tempo pode ser trazido em dupla concepção: o da simultaneidade (real) nas economias globalizadas e o diferido na ordem jurídico processual²⁷³. Exceto para as hipóteses de Estados anárquicos, é indubitável o dever da segunda noção de tempo perseguir com a maior proximidade possível a primeira. O poder público, compreendendo todas as suas atribuições, carece de plasticidade contínua perante aqueles que o legitimam. Hoje, onde estamos inseridos na denominada sociedade da informação, receber o atributo de ‘atrasado’ ou ‘superado’ é quase que uma conformação existencial, cuja necessidade de superação é perene, e nem mesmo o Estado escapa desta condição.

Para além da diversidade e intrincamento do conteúdo jurídico submetido à rígida e formal pacificação estatal, não se pode olvidar do volume numérico recepcionado. Um enfoque quantitativo com guarida nas partes e nos direitos tutelados. O primeiro, devido ao próprio dinamismo demográfico em escala global²⁷⁴ e a abertura/encerramento de atividades econômicas (pessoas coletivas). Na medida em que há um aumento da população (singular ou coletiva) com capacidade de direito, é inevitável a elevação do número de disputas e, logo, a procura pela correspondente solução. Em concomitância, a demanda pela atividade judicante eleva quando a proteção estatal é ampliada.

Na transição do Estado liberal para o Estado social (*Welfare State*) é notável o alargamento de direitos a serem ofertados. Há um protagonismo público em políticas afirmativas que supera a ideia de mero garantidor dos chamados direitos de 1ª geração ou dimensão. “*Its development has greatly increased the potential area of dispute between government and citizen*”²⁷⁵. Ainda que hoje se fale em um Estado neoliberal, sugerindo uma superação àquele modelo de Estado-providência,

²⁷² DÍEZ-PICAZO, L., *El sentido histórico del Derecho civil*, apud: NAVARRETE, M. A. M., *The concept of Civil Law. Historical dimension*, p. 653.

²⁷³ “As relações temporais/processuais precisam ser analisadas levando em consideração que “o tempo do processo judicial é o tempo diferido (...) nesta perspectiva, é utilizado como instrumento de certeza, na medida que impede a realização de julgamentos precipitados, sem o devido distanciamento com relação aos acontecimentos que deram margem à ação judícia. Já o tempo da economia globalizada é o tempo real, isto é, o tempo da simultaneidade. À medida que se torna mais complexa, gerando novas contingências e incertezas, a economia globalizada obriga os agentes a desenvolver intrincados mecanismos para proteger seus negócios, capitais e investimentos da imprevisibilidade e do indeterminado. A presteza se converte assim numa das condições básicas para a neutralização dos riscos.” Disponível em: FARIA, J. E.; KUNTZ, R., *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*, p. 35.

²⁷⁴ “As part of a broader assessment to estimate the number of people in the world who have at least one unmet justice need – i.e., the global “justice gap” – the WJP used the access to justice module of the General Population Poll (GPP) to estimate that 1.4 billion people have unmet civil or administrative justice needs.” Disponível em: *Global Insights on Access to Justice – 2019*, p. 120. (Ver referências)

²⁷⁵ STREET, H., *Justice in the Welfare State*, p. 01.

garantias concretas²⁷⁶ associadas à saúde, educação, trabalho e reforma permanecem contidos na esfera pública em larga escala. Sem deixar mentir, basta mencionar as Cartas Constitucionais portuguesa e brasileira. Este excesso em dose dupla, com litigantes e direitos, leva a uma sobrecarga do Poder Judiciário enquanto destinatário final dos litígios.

Esta complexidade de temas jurídicos, um Estado estruturalmente engessado, a evolução demográfica e o incremento de direitos e garantias públicas repercutem diretamente na capacidade de resposta das autoridades julgadoras. De algum modo fomenta o surgimento de um *gap* em face do somatório de processos submetidos ao veredito cuja vasão judiciária mostra-se, em regra, insuficiente. Para ilustrar, na primeira instância portuguesa, a *congestion rate*²⁷⁷, em 2022, foi de 120,8% nas ações cíveis. De cada lote de 100 processos que estavam pendentes de julgamento, apenas 88 foram julgados naquele ano. Uma diferença cujo desprezo pode ocasionar um inchaço processual apto a tornar cada vez mais difícil a concretização de uma Justiça eficiente. Em resumo, a realidade lusitana se traduz em um problema de dimensão conjuntural e estrutural – a primeira aponta para esta dilação processual excessiva, sem a celeridade adequada às necessidades econômicas e sociais, mal organizada, gastadora, desastrosa e ineficaz; ao passo que a segunda se alia a uma cultura jurídica e judiciária jacobina inconsistente com a modernidade do século XXI²⁷⁸.

Desta conclusão ainda atual, constatados o volume processual e a heterogeneidade de temas trazidos à baila da Justiça, aperfeiçoá-la é uma política pública de primeira ordem. Como tem sido salientado, pacificação social e/ou segurança jurídica são valores indisponíveis a qualquer sociedade. E dentre muitas medidas e reformas que possam ser implementadas, nunca se deve perder de vista a necessidade de construir um processo judicial conciso, célere, de baixo custo (acessível) e efetivo. Ademais, a previsão de dotações orçamentárias²⁷⁹ deve ser compatível com aquilo que se compreende como prestação jurisdicional eficiente. Investimentos associados à contratação e constantes treinamentos de juízes e serventuários, aprimorar áreas como a tecnologia de informação (ritos virtuais), aproveitamento racional das infraestruturas e automatizar métodos são algumas das medidas que merecem especial relevância. Somente com este engajamento estatal, o Poder Judiciário não perderá o protagonismo na solução de controvérsias.

²⁷⁶ “(...) de modo natural la evolución del Estado Social de Derecho conduce a que las ‘garantías’ sociales no queden relegadas en la región vaporosa de una promesa meramente programática de la que tomaría nota el legislador que es el primer obligado, sino a reconocerle una vinculación jurídica directa.” Disponível em: ABENDROTH, W., *et al.*, *El Estado social*, p. 89.

²⁷⁷ *The congestion rate is calculated by dividing the number of proceedings pending at the beginning of the year by the total number of terminated proceedings in the year in question.* Disponível em: PORDATA – Estatísticas sobre Portugal e Europa. (Vide referências)

²⁷⁸ GAROUPA, N., *O governo da justiça*, p. 83.

²⁷⁹ Estudo realizado pela European Commission, com o título: *The 2021 EU Justice Scoreboard*, apontou que Portugal é o 16º país em total de gastos governamentais com as cortes de justiça por habitante entre 27 países analisados, no ano de 2019. (Vide referências)

Inexistindo esta reformulação estatal, valendo-se de um raciocínio econômico simplista, duas realidades concomitantes serão percebidas. Uma diz respeito ao agravamento da desenfreada demanda social por uma deliberação jurídica compatível com a urgência atual. E o outro com a oferta de meios alternativos públicos e ou privados, para dirimir conflitos desta natureza, seja qual for a classificação do provimento – declaratório, constitutivo ou condenatório. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Poder Judiciário é atravessado pelas justças emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas “inoficiais” de tratamento de conflitos²⁸⁰. A título de ilustração, para confirmar este reequilíbrio da prestação jurisdicional há uma tendência crescente de acesso aos centros de arbitragem em Portugal. A partir de 2006 entraram 8.555 processos, enquanto no ano de 2022 foram 12.464 processos²⁸¹.

4.2 – Uma jurisdição fiscal “privada” - arbitragem tributária mitigada

Não é desnecessário lembrar que a República Portuguesa é um Estado Fiscal. E a relação jurídica oriunda desta verdade é eminentemente de direito público. Um traço estreme de dúvidas pela presença do Estado credor; a imposição de uma relação entre partes desiguais já que os entes públicos encontram-se revestidos de poderes de autoridade²⁸² conferidos pela lei dos quais os cidadãos carecem; o tributo, enquanto elemento central do liame, ainda que a sua materialização seja pecuniária, tem natureza indisponível e não pode afastar-se no campo material e formal das prescrições legais; e absolutamente todas as condutas praticadas pelo Fisco e contribuintes são pautadas pela supremacia do interesse público. Por consequência, há de deixar claro que a arbitragem fiscal inaugurada pelo CAAD avança em terreno de direito público²⁸³, exigindo uma série de especificidades. Como será apresentado, há uma pretensão deste autor em demonstrar que estas sombreiam, mitigam o que na essência abarca a arbitragem. Este Centro deve ser compreendido como uma espécie de jurisdição público-privada – *sui generis*.

Minudenciando aspectos institucionais do CAAD, sem permitir uma regressão infinita, é aceitável estabelecer o marco fundante a partir da edição do Despacho n.º 5.097/2009²⁸⁴. O

²⁸⁰ SPENGLER, F. M., *A crise do Estado e crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social*, p. 11.

²⁸¹ Estatística da Justiça: *Movimento de processos nos centros de arbitragem (a partir de 2006)*. (Vide referências)

²⁸² Neste ponto, um corolário desta autoridade é identificável na chamada presunção de veracidade dos atos administrativos, sendo a “liquidação” praticada pela autoridade tributária um deles. Assim, a balança do ônus da prova pende substancialmente ao contribuinte para tentar desconstituir este ato administrativo fiscal. A sua inércia denota uma aceitação tácita da exação.

²⁸³ “A admissibilidade da arbitragem em direito público foi questionada, durante longo tempo, tendo por base uma interpretação restritiva no n.º 3, do artigo 212º da CRP, combinada do n.º 02, do artigo 30º da LGT, que preveem a indisponibilidade do crédito público”. Disponível em: SOUZA, J. L., *Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária*, p. 95.

²⁸⁴ Despacho n.º 5.097/09, de 12 de fevereiro, Secretário de Estado da Justiça, p. 6.113.

quarto parágrafo define que “o Centro a autorizar funcionará sob a égide de uma associação privada sem fins lucrativos denominada CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa e cujo objectivo consiste na resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de direito público (...) não estejam submetidas exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária”. Um trecho que possibilita identificar duas características fundamentais relacionadas respectivamente à natureza jurídica do Centro e a sua finalidade primitiva.

Uma associação privada, na lição do Código Civil²⁸⁵, é caracterizada por uma pessoa coletiva cujo ato constitutivo especificará: os bens e serviços com que os associados concorrem para o património social, a denominação, a sede, a forma de funcionamento, a duração (indeterminada) e o propósito. Este último elemento volitivo direcionador de esforços que faz justificar uma agremiação organizada e, em regra, duradoura, de um certo número de pessoas. *In casu*, de pronto afasta-se a motivação lucrativa. Isto não significa que o CAAD não deva ser superavitário – gerando receitas iguais ou superiores às despesas para que possa ser tido como economicamente sustentável, e dispondo de uma autonomia financeira²⁸⁶. Falar em lucro pressuporia a obtenção e distribuição de uma vantagem pecuniária que extrapola o alcance a este equilíbrio e colocaria os “associados” (árbitros) em uma posição econômica mais favorável para além da contraprestação remuneratória pelo desempenho da função. Outrossim, um anseio lucrativo elevaria o *status* do Centro a empresa e configuraria um grave e insuperável desvio de finalidade tendo em vista o bem jurídico tutelado e a própria natureza jurídica do Centro.

Não era este o intento. Por ter sido um projeto de preponderante iniciativa das entidades sindicais de muitas categorias do funcionalismo público²⁸⁷, buscava-se uma pacificação jurídico-administrativa mais eficiente para ambos – órgãos da Administração Pública e seu corpo de funcionários. Malgrado esta tenha sido a motivação associativa original, passados quase dois anos, houve um substancial aumento de competência com o ingresso de matérias tributárias.

Mais do que um centro de arbitragem institucionalizado, o CAAD, em matéria tributária, foi instituído pelo próprio Estado. Em grande medida, o sistema autorizativo e de delegação de funções públicas é visto como uma contradição quanto ao cariz voluntário da arbitragem²⁸⁸ – um

²⁸⁵ Art. 167.º do Decreto-Lei n.º 47.344/66, de 25 de novembro, Ministério da Justiça, 1966.

²⁸⁶ Sobre os honorários e despesas cobrados por um processo arbitral, é interessante apontar as variáveis assinaladas pelo STA, no acórdão associado ao Processo n.º 04/20.7BCPRT: “Os honorários e despesas do processo arbitral, se não tiverem sido regulados na convenção de arbitragem, nem sido objecto de um acordo escrito celebrado entre as partes e os árbitros, serão por estes fixados tendo em conta a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo despendido ou a despendido com o processo.” Disponível em: Ac. do STA, de 22 de abril de 2021, processo n. 04/20.7BCPRT.

²⁸⁷ Das doze entidades fundadoras do CAAD, onze são sindicais relacionadas a órgãos públicos, conforme publicação no portal eletrônico do CAAD. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/caad/entidades-fundadoras> (consultado em 27/06/2023).

²⁸⁸ MONTEIRO, A. P. P., *et al.*, *Manual de arbitragem*, p. 28.

preço alto cobrado pela credibilidade. E não poderia ser diferente por justamente ter como objeto a principal fonte de receita pública derivada. Inexistiria qualquer legitimidade formal ou material acaso particulares, pessoas coletivas ou singulares, se propusessem a criar de modo voluntário uma entidade para resolver litígios sobre um bem jurídico cuja esfera de disponibilidade é privativamente estatal.

Desse ponto, a precisão do texto contido na Lei do Orçamento do Estado - LOE para 2010²⁸⁹ é indene de dúvida. O número 1, do artigo 124.º, afirma: “Fica o Governo autorizado a legislar no sentido de instituir a arbitragem como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária” (grifo nosso). Mais uma vez, como é recorrente no Direito Fiscal, o Poder Legislativo enquanto emanção (in)direta da vontade popular ratifica esta jurisdição tributária alternativa sem qualquer vestígio de inconstitucionalidade. Sempre através de um gerenciamento administrativo pelo Ministério da Justiça. Por óbvio, que a aquiescência ministerial não é permanente e irrevogável. O centro arbitral descomprometido com a imparcialidade e independência; violando aos compromissos deontológicos; abusando de competência; e constringendo as partes; pode ter o ato administrativo autorizador da sua criação e funcionamento cassado.

Sem a necessidade de qualquer alteração ao que já estava estabelecido quando da sua inauguração, valendo-se da estrutura do CAAD, o Decreto-Lei n.º 10/2011²⁹⁰ instituiu o regime jurídico da arbitragem em matéria fiscal - RJAT. “*Difficult times can, on occasion, be the mother of invention. For years, the Portuguese administrative and judicial systems have heaved under the weight of a backlog of cases and a lack of resources. In the midst of this complicated scenario, the tax arbitration courts (TACs) have stepped up, providing a new route and a fresh option for taxpayers*”²⁹¹. Esta engenhosidade jurídico-institucional, fazendo um paralelo com a jurisdição fiscal estatal, teve como meta pretendida a busca por um caminho mais eficiente. Sob a perspectiva dos indicadores arrolados no primeiro capítulo, os delineamentos a seguir apresentados a respeito do CAAD apontam para perdas e ganhos associados ao desígnio.

A começar pela orientação subjetiva, como era de se esperar, a triangulação jurisdicional agrega o sujeito passivo da obrigação fiscal (contribuinte), o sujeito ativo liquidante do tributo (Administração tributária) cuja personalidade jurídica de direito público é o próprio Estado e o árbitro individualizado ou colegiado a depender de certas circunstâncias fáticas. Sem delongas, a legitimidade para compor qualquer dos polos é melhor identificada com auxílio das lições contidas no CPPT²⁹². Já pressupondo a indispensável presença da personalidade e capacidade tributárias (artigo 3.º), a expressão “contribuinte” vem compreender também o substituto e responsável (solidário ou

²⁸⁹ Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, Assembleia da República, 2010.

²⁹⁰ Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2011.

²⁹¹ CÂMARA, F. S., *Arbitration as a means of resolving tax disputes*, p. 491.

²⁹² Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de outubro, Ministério das Finanças, 1999.

subsidiário), outros obrigados tributários, as partes nos contratos fiscais e quaisquer outras pessoas que provem interesse fiscal legalmente protegido (n.º 01, do artigo 9.º). E do lado oposto um representante da Fazenda Pública (n.º 04, do artigo 9.º). Sem exceção, ambas as partes zelosas no cumprimento dos princípios que norteiam toda e qualquer relação processual justa na sua acepção mais ampla: boa-fé²⁹³, cooperação, contraditório, ampla defesa, oralidade. Distinções que para além da referência expressa no Código de Processo Civil, também está contida no artigo 16.º, do RJAT.

Continuando no tópico da integração subjetiva da lide arbitral tributária, merece especial atenção o direito potestativo²⁹⁴ dos contribuintes. A peculiaridade suscitada decorre do n.º 1, do artigo 4.º do RJAT. Trata-se de uma norma de eficácia limitada uma vez que demanda complemento normativo (portaria conjunta) dos membros do Governo responsáveis pelos Ministérios das Finanças e da Justiça. Estes especificarão os tipos e valores máximos dos litígios tributários cuja vinculação arbitral da Administração tributária é inafastável, uma vez que o contribuinte, observando aqueles requisitos, por esta via optou. A voluntariedade não é de ambos, mas algo exclusivo do sujeito passivo da relação tributária que sempre ostentará o polo autoral²⁹⁵. Com efeito, qualquer outra litigiosidade fiscal que não esteja contida naqueles parâmetros preestabelecidos ou que envolva Ministério distinto daqueles não estarão inseridas na jurisdição da arbitragem fiscal. Hoje, vigora a Portaria n.º 112-A/2011²⁹⁶ que será melhor tratada quando do estudo sobre o alcance objetivo do CAAD.

Partindo para o personagem central, intermediador e decisor, verifica-se que o árbitro – pessoa singular plenamente capaz – deve sujeitar-se à permanente vigia ético-funcional de órgão destinado a este fim; possuir muitos atributos; e observar rígidos contextos de suspeição e impedimento. Há um elevado rigor²⁹⁷ na composição da lista de árbitros integrantes do CAAD, assim como na escolha

²⁹³ Em sede da Administração tributária, “esta exigência tem um conteúdo de carácter ético, impondo aos intervenientes no procedimento tributário que actuem com lealdade e sinceridade recíprocas no decurso do procedimento tributário, abstendo-se de actuações que possam enganar o outro interveniente, ou ocultando-lhe elementos que possam ter proveito para a defesa das suas posições”. Disponível em: CAMPOS, D. L., *et al.*, *Lei geral tributária: comentada e anotada*, p. 278.

²⁹⁴ “O direito potestativo confere ao seu titular ativo o poder de, por ato unilateral, sem necessidade de qualquer ato da entidade que está sujeita ao seu exercício, constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica, estando o seu titular passivo num mero estado de sujeição, não podendo este impedir que o efeito jurídico se produza mediante uma manifestação de vontade do titular ativo da relação jurídica.” Disponível em: SOUZA, J. L., *Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária*, p. 148.

²⁹⁵ De antemão, este aspecto jamais pode ser ignorado quando da eventual comparação entre o desempenho da jurisdição estatal e o CAAD. Em especial quando da análise dos resultados atinentes à procedência ou improcedência das ações porque o filtro fático e jurídico de ingresso ao Centro é realizado unilateralmente pelo contribuinte. Dentro de uma racionalidade esperada, o contribuinte somente inclinar-se-á ao meio arbitral quando enxergar possibilidades mais concretas de êxito. A dúvida ou o maior risco de fracasso faz com que o contribuinte tenda a manter-se inerte ou propor a ação nos Tribunais Administrativos e Fiscais.

²⁹⁶ Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, Ministérios das Finanças e da Administração Pública e da Justiça, 2011.

²⁹⁷ “Parece-nos uma solução acertada do ponto de vista das garantias do processo, permitindo conferir uma maior credibilidade às decisões dos tribunais arbitrais.” Disponível em: FIGUEIRAS, C. S. M., *Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo?*, p. 148.

de árbitro fora da lista quando uma das partes, sendo possível, decide exercer este direito. Uma austeridade na seleção dos julgadores proporcional à sensibilidade do tema, por eles deliberado – o embate entre a preservação do Estado (fiscal) e a propriedade privada.

Por trás deste arranjo de regras e princípios atinentes à figura do árbitro, a intervenção estatal é determinante. O CAAD tem a especificidade de ser a única entidade jurisdicional a funcionar sob o esteio do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais – um órgão integrante do Poder Judiciário. Não obstante a natureza jurídica do Centro seja de associação privada, a intervenção estatal é direta e imperativa. Há uma simbiose entre os dois universos no sentido de conciliar resultado mais eficiente com o formalismo (mínimo e) indispensável à credibilidade institucional. É o que a seara da Ciência Política estabelece como “*check and balance*” quando da conceituação de um modelo democrático.

Para demonstrar, uma das atribuições do Conselho é nomear o presidente do Conselho Deontológico do CAAD – órgão com o encargo de estipular as regras e princípios²⁹⁸ associados à ética profissional dos árbitros, designá-los e fiscalizá-los no que toca ao cumprimento daquelas normas²⁹⁹. Seja na hipótese do órgão julgador corresponder a um único árbitro ou a um colegiado de três árbitros, a participação (leia-se: supervisão) direta ou indireta do Conselho Deontológico é um aspecto inegável.

Sobre esta dupla composição da autoridade julgadora, no primeiro caso não há muito o que comentar por causa da unicidade da decisão, logo o Conselho o escolherá (sorteio) dentre a lista disponível no CAAD. Quanto à situação envolvendo um acórdão, existem duas hipóteses. A primeira e mais simples o Conselho Deontológico (por sorteio) escolhe o trio. A outra permite que cada uma das partes possa designar um árbitro independentemente da lista, mas que preencham os requisitos necessários. O terceiro, necessariamente o árbitro-presidente, pode ser escolhido pelos outros dois árbitros definidos ou, não havendo consenso, pelo Conselho - sempre dentre aqueles contidos na citada lista³⁰⁰. Importante ressaltar que o árbitro-presidente, em qualquer contexto, deve conter credenciais mais elevadas. Esta exposição simplificada é extraída do artigo 6.º, do RJAT.

O que está em jogo é o crédito tributário – o julgamento de uma matéria de distinta natureza pública; do árbitro espera-se um domínio incontestado do conteúdo. De início, isto pressupõe o

²⁹⁸ Código Deontológico do CAAD. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/comunicacao/c%C3%B3digo-deontol%C3%B3gico-do-caad>.

²⁹⁹ “Justificar-se-á, decerto, que em matéria de arbitragem tributária especial preocupação do Estado com a idoneidade do funcionamento da arbitragem, em face do interesse público primacial que a cobrança de tributos constitui, o que aconselha que haja intervenção de órgãos públicos na nomeação dos titulares do órgão de supervisão.” Disponível em: SOUSA, J. L., *Comentários ao regime jurídico da arbitragem tributária*, p. 151.

³⁰⁰ Esta rigidez em entorno do árbitro-presidente em composições colegiadas denota um forte traço da institucionalização arbitral vinculada ao CAAD. As partes são destituídas de qualquer participação direta na escolha daquele que muitas vezes desempenhará o “Voto de Minerva”.

conhecimento pleno do idioma em que será processada a arbitragem e uma formação cultural suficiente para conduzir o processo e para decidir o mérito da causa³⁰¹. Para mais, uma conjunção de fatores técnicos (leia-se: acadêmicos e profissionais) capaz de atestá-lo. O número 2, do artigo 7.º do Regime em discussão vai nesta direção ao apontar que os árbitros devam ter formação em Direito (juristas) e 10 ou mais anos de experiência profissional – acadêmica, privada ou pública. Excepcionalmente, quando o caso exigir, árbitros que não sejam presidentes podem ter formação em Economia e Gestão (número 3 do artigo retro). De mais a mais, aos árbitros presidentes também é esperada atuação pretérita na magistratura ou doutoramento na área das ciências jurídico-econômicas.

Até o momento, a norma registrou predicados científico-profissionais ou objetivos. Mas, para todos, soma-se a qualificação subjetiva cuja carga axiológica está inserida as expressões: idoneidade moral e sentido de interesse público (número 1, do artigo 7.º retro). Conquanto os Ministros tenham optado por não dar concretude a ambas as expressões, de elevada indeterminação conceitual, entende-se por idoneidade moral uma soma de virtudes que recomendam o indivíduo à consideração pública. Em regra, a verificação fática deste atributo se dá com a ausência de condenações em processos judiciais e administrativos afetos à seara criminal e/ou de improbidade³⁰². E relativo ao ‘sentido de interesse público’, não há falar no resultado decisório. Assim fosse, a Administração tributária sempre lograria êxito. Aqui, existe um compromisso do árbitro com o bem comum, associado à igualdade material. Dar a cada um o que lhe é devido conforme o ordenamento jurídico de regência. Como é possível perceber, esta tentativa de dar significado aos dois requisitos subjetivos é meramente elucidativa e não taxativa. Muitas outras circunstâncias fáticas podem ser elencadas para dar a tangibilidade necessária, evitando uma discricionária e casuística aplicação. Talvez esta tenha sido justamente a intenção da norma – permitir uma abertura demasiadamente ampla para elevar os critérios de seleção dos árbitros do CAAD.

Ainda que os árbitros do CAAD não atuem com exclusividade junto ao Centro, estando autorizado a desempenharem outras funções profissionais, os requisitos de admissão são elevados. É um conjunto de exigências que chega a ser superior àquelas necessárias ao ingresso na magistratura togada, consoante a Lei n.º 02/2008, de 14 de janeiro³⁰³. Isto porque aqueles necessitam de maior tempo de experiência profissional, em que pese para ambos seja exigido no mínimo a formação acadêmica (jurídica em regra).

³⁰¹ ALMEIDA, J. A., *Processo arbitral*, p. 61.

³⁰² “A idoneidade moral constitui conceito que está imbricado com a moralidade administrativa e, embora indeterminados, possui densidade mínima a permitir o seu escrutínio judicial.” Disponível em: Ac. do Superior Tribunal de Justiça (Brasil), de 19 de outubro de 2021, Recurso Especial n.º 1.347.443-RJ.

³⁰³ Lei n.º 02/2008, de 14 de janeiro, Assembleia da República, 2008.

A reboque do papel desempenhado pelo Conselho Deontológico e das exigências técnicas e abstratas citadas, forçoso não ignorar o elementar requisito de qualquer tribunal que tem na justiça o maior compromisso: a imparcialidade. Isto somente é alcançado a partir da independência daqueles que a administram. Por conseguinte, com o objetivo de garantir a isenção dos tribunais arbitrais em matéria tributária, o artigo 8.º do RJAT acentuou os impedimentos dos árbitros; complementando aqueles já previstos no n.º 1 do artigo 44.º do Código de Procedimento Administrativo³⁰⁴ e do artigo 122.º do Código de Processo Civil³⁰⁵. Em linhas gerais, restou consignada a impossibilidade do árbitro atuar quando tiver tido algum vínculo funcional com qualquer das partes em um prazo igual ou inferior a dois anos. Este vínculo pode ter sido pessoal ou institucional quando, neste último caso, tiver pertencido a uma sociedade comercial ou associação que tenha prestado algum tipo de serviço ao sujeito passivo. A importância do tema é trazida à baila em trecho de acórdão³⁰⁶ proferido pelo Superior Tribunal Administrativo:

E) O regime de impedimentos é um pilar fundamental da arbitragem tributária, garantindo que no processo arbitral tributário os Árbitros exercem as respectivas funções em condições de imparcialidade, independência e isenção, não tendo a posição afirmada no Acórdão Recorrido tido em devida consideração a estrutura orgânica e atribuições do Governo português, do Ministério das Finanças e dos serviços da Autoridade Tributária e Aduaneira, os quais prosseguem os interesses do Estado em matérias relacionadas com a administração dos impostos e direitos aduaneiros; (grifo nosso).

Em adição, o Código Deontológico do CAAD³⁰⁷ põe a tónica no compromisso dos potenciais árbitros revelarem qualquer relação, fato, interesse ou circunstância cujo envolvimento, durante o exercício da função jurisdicional, possa originar dúvidas fundadas a respeito da sua retidão e equidade perante as partes.

Sem o cumprimento desta lisura estabelecida, a responsabilidade subjetiva ou pessoal do árbitro é acionada. Isto não se confunde com os eventuais danos (sucumbência) que possam derivar, junto às partes, das decisões por eles proferidas – n.º 04, do artigo 9.º, da LAV. Em verdade, eventual punição atribuída àqueles corresponde a todas as situações em que os magistrados judiciais também possam ser responsabilizados – mesmo dispositivo legal *in fine*. A correlação proposta é encarada com uma prerrogativa que contribui para independência funcional. Este raciocínio aplicável

³⁰⁴ Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro, Ministério das Finanças e Administração Pública, 2015.

³⁰⁵ SOUZA, J. M. L., *Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária*, p. 128.

³⁰⁶ Ac. do STA, de 28 de outubro de 2020, processo n. 09262/16.0BCLSB.

³⁰⁷ Disponível em: www.caad.org.pt.

aos árbitros do CAAD surge a partir de uma aplicação subsidiária da LAV, amparada pela alínea ‘d’, do 6.º parágrafo, do Despacho n.º 5.097/2009. Como não poderia deixar de ser, a possibilidade sancionatória em face do árbitro é providência indispensável sob o enfoque preventivo e retributivo.

Uma ou mais condutas censuráveis praticadas pelo árbitro podem abranger cumulativamente responsabilidades sob a ótica criminal, civil ou administrativa. À primeira hipótese, basta que a ação ou omissão do árbitro subsuma a um dos tipos contidos no Código Penal ou em outras leis extravagantes de igual natureza. Quanto à responsabilidade civil, embora o ordenamento jurídico português³⁰⁸ não faça uma referência expressa, não se vislumbra qualquer óbice para que o lesado a empreenda. Para tanto, necessária a identificação concomitante dos quatro elementos: conduta comissiva ou omissiva, dano, nexos de causalidade e dolo ou culpa. Segue um rol exemplificativo de situações em que a parte ou as partes poderiam buscar a reparação do dano: má-fé ou dolo; sentença proferida fora do prazo carente de razoável justificativa; renúncia imotivada do cargo no transcorrer da ação; omissão ou inverdades associadas ao dever de publicidade, mormente quando da necessidade de se declarar impedido e não o faz. São espécies que acabam por derivar do chamado *erro in procedendo*; na medida em que no *erro in iudicando* há uma inimputabilidade civil – se a sentença contiver vícios flagrantes em termos formais, ou se o direito não for bem aplicado à espécie³⁰⁹, a solução reside na provocação recursal. E para a incidência da responsabilidade administrativa, o Código acima – número 2, do artigo 8.º – confirma a hipótese de cessação do mandato aplicada pelo Conselho Deontológico. Outra situação com igual consequência corresponde ao incumprimento injustificado dos prazos estabelecidos. É exatamente nesta rigidez seletiva dos árbitros, na fiscalização³¹⁰ permanente da atuação e no controle das decisões proferidas que repousam a credibilidade do CAAD perante o próprio Estado que chancelou (instituiu) sua criação, as partes em litígio e demais interessados.

O zelo jurídico-processual em torno da tributação é tão expressivo a ponto de impedir a utilização da modalidade *ad hoc*. Há uma especialização e segurança procedimentais aperfeiçoadas em detrimento de uma liberdade auto-organizativa das partes. É um gênero mitigado à tendência de que *informal is beautiful* – quando se admite a resolução de litígios de direito público, *maxime*,

³⁰⁸ Em Espanha, a Lei n.º 60/2003 é severa na responsabilização civil do árbitro e também da instituição arbitral. Se não, veja-se: “1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de rescimiento que asistan a aquella contra los árbitros.” Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646> (consultado em 10/07/2023).

³⁰⁹ BERALDO, L. F., *Curso de Arbitragem*, p. 267.

³¹⁰ Uma pesquisa realizada junto ao endereço eletrônico (*site*) do CAAD, não foi possível identificar qualquer procedimento ou notícia referente à eventual responsabilização, seja qual for a natureza, de um árbitro. A mesma pesquisa, valendo-se de muitas combinações textuais, junto ao *site* de busca GOOGLE também não logrou êxito, quando realizada no dia 20 de outubro de 2023. É uma constatação insólita ao considerar que a atuação do CAAD avança para mais de dez anos.

administrativo e fiscal, fora da administração da justiça estadual; este tende a ter lugar, em regra, através do suporte orgânico de um centro de arbitragem³¹¹. Esta regulamentação impessoal e preexistente à atividade jurisdicional é diretamente proporcional aos meios de controle e inflexibilidade no curso da ação arbitral.

Sem perder a racionalidade em torno do engessamento procedimental sobre o qual as partes estão submetidas, o CAAD tem bastante delimitado quais são as fontes do direito aplicadas. Em oposição ao que sugere a LAV sobre o assunto³¹², incabível supor autonomia de vontade das partes para estabelecer os critérios de sobre os quais a decisão de cunho fiscal estará amparada. Esta questão, central a qualquer jurisdição, demanda um estabelecimento prévio e acurado. A fundamentação das decisões proferidas pelos árbitros deve ter suporte estritamente técnico-jurídico. Neste diapasão, leciona o Tribunal Constitucional com o trecho do acórdão³¹³:

Os tribunais arbitrais no âmbito do CAAD só podem decidir de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade (cfr. o artigo 2.º, n.º 2, do RJAT). Daí ter entendido o legislador justificar-se um mecanismo de uniformização da jurisprudência, garantindo a previsibilidade e segurança na aplicação do direito. Com efeito, a alternativa representada pelos tribunais arbitrais em matéria tributária não deve ter como consequência a proliferação de entendimentos contraditórios quanto a uma dada questão jurídica a que seja aplicável um único regime jurídico.

Sob o prisma legislativo, o número 2, do artigo 2.º, do RJAT, expõe em termos sucintos: “Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade.”³¹⁴ É um enunciado passível de fracionamento: um conteúdo positivo e outro conteúdo negativo.

Por direito constituído entende-se o direito estatal doméstico ou português. A linha mestra em sede de orientação decisória é o ordenamento jurídico nacional. A jurisprudência do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal Administrativo e dos Tribunais Centrais Administrativos, aliada ao material doutrinário sobre o tema, também auxiliam na atuação argumentativa dos árbitros. E não poderia ser o contrário ao se verificar o que é submetido a esta modalidade heterocompositiva: apreciação da legalidade dos atos indicados nas alíneas ‘a’ e ‘b’, do número 1, do dispositivo legal retro.

³¹¹ PEDRO, R., *Estudos sobre arbitragem* (em especial, de direito público), p. 100.

³¹² Número 1, do artigo 39.º: “Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade.”

³¹³ Ac. do TC, de 17 de outubro de 2019, processo n.º 99/19.

³¹⁴ A redação sugere os árbitros como destinatários exclusivos. Apesar disso, o enunciado também serve para orientar as partes. Se os árbitros não podem fundamentar suas decisões com amparo na equidade, não cabem às partes fazer uso deste recurso argumentativo quando instados a se manifestar nos autos.

Estão ou não os atos praticados pela Administração Fiscal e pelos contribuintes compatíveis com o que reza as regras e princípios tributários em vigor à época de quando foram realizados? No mais, o preâmbulo do RJAT faz referência flagrante ao assunto, informando que “*a instituição da arbitragem não significa uma desjurisdificação do processo tributário, na medida em que é vedado o recurso à equidade, devendo os árbitros julgar de acordo com o direito constituído.*” Justamente por não conservar todas as prerrogativas, garantias e presunções atinentes às pessoas coletivas públicas originárias, a vinculação imposta aos árbitros transcende àquela imposta aos órgãos jurisdicionais públicos monocráticos ou coletivos. Em termos metafóricos, enquanto estes “são”, aqueles devem “ser” e “parecer ser”. Por esta razão, O RJAT é muito enfático no dever de observância estrita ao direito constituído. Outrossim, a própria competência objetiva do CAAD em torno da legalidade do conteúdo acaba por excluir o recurso ao julgamento segundo a equidade por uma imposição lógica (tacitamente).

Quanto à vedação, não há nenhuma margem³¹⁵ para que os árbitros do CAAD, em matéria tributária, recorram a outras fontes materiais de elevada subjetiva. “*These restrictions stem from the concern that notions of fairness and equity remain too malleable and chameleon-like to be useful, and could lend themselves to mischief, at least from the host state’s perspective.*”³¹⁶ Ficando mais restrito à equidade, tem-se um conceito que deve ser lido no duplo sentido: fraco e forte³¹⁷. No primeiro caso, quando parte-se do direito constituído que será aplicado ao caso, podendo, todavia, algumas das suas regras serem subjetivamente ajustadas/adaptadas/reinterpretadas pelo órgão julgador para assegurar maior justiça ao caso concreto. E na aplicação forte da equidade, o árbitro afasta-se do direito legislado e decide o caso na valoração de uma justiça exclusiva ao litígio tratado – refletindo um modelo extrassistemático³¹⁸. E independente da tradução dada a esta fonte do direito, ambas são impraticáveis. Mais uma vez deve haver utilização exclusiva das disposições contidas no ordenamento jurídico-tributário luso à luz do que já vem sendo interpretado pelos tribunais superiores. Ao CAAD não é dado qualquer privilégio no sentido de inovação em teses jurídicas, enquanto instância de piso alternativa e circunscrita.

O direito tem de ser aplicado ao caso concreto em um processo conhecido por subsunção. No âmbito fiscal existe uma infinidade de matérias que podem ser tratadas – da constitucionalidade de uma portaria ministerial à classificação de um determinado produto ou serviço para incidência de certa alíquota do imposto sobre o valor acrescentado – IVA. No âmbito da jurisdição estatal não há falar em qualquer restrição quanto ao alcance da matéria tutelada – o que vem a ser trazido

³¹⁵ Sem o mesmo rigor imposto aos árbitros do CAAD, mormente pela fiscalidade da discussão, o Código de processo civil, no número 3, do artigo 594.º, faculta ao juiz togado o uso da equidade para viabilizar a conciliação entre os litigantes.

³¹⁶ PARK, W. W., *Tax and arbitration*, p. 170.

³¹⁷ OLIVEIRA, E. D., *Arbitragem voluntária: uma introdução*, p. 156.

³¹⁸ ALMEIDA, C. F., *Sentença arbitral: preparação e conteúdo*, p. 208.

à litigiosidade. De outra banda, a mesma liberdade não é atribuída ao CAAD em sede fiscal. A iniciativa exclusiva do contribuinte para ajuizamento deve sempre observar, concomitantemente, dois parâmetros: um de cunho temático e o outro associado ao valor da causa³¹⁹, na medida em que há um limite máximo a ser apreciado pelo CAAD. Existe uma reserva de jurisdição taxativa³²⁰ – um elenco de matérias sobre as quais este tribunal arbitral pode pronunciar.

Como não poderia deixar de ser, a identificação das barreiras impostas ao litígio passa pela verificação de dois diplomas normativos. O primeiro corresponde à Portaria n.º 112-A/2011³²¹ por trazer a limitação quanto ao valor da utilidade econômica. O número 1, do artigo 3.º, estabelece que a vinculação à jurisdição dos tribunais arbitrais, pela Direção-Geral dos Impostos (DGCI) e Direção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre Consumo (DGAIEC), atualmente ambas inseridas organicamente na Autoridade Tributária –AT, está limitada a litígios de valor não superior a 10.000.000,00€ (dez milhões de euros). Um montante apontado pelas partes quando da propositura e revisto de ofício pelo órgão julgador³²². Hoje, este é o teto estabelecido, porém nada impede que a qualquer momento seja reexaminado conforme o exclusivo entendimento de ambos os chefes ministeriais, uma vez que inexistente norma hierarquicamente superior versando sobre a matéria.

Esta restrição não significa que ações com valores superiores sejam necessariamente mais complexas em termos jurídicos e sequer sugere que o CAAD não tenha capacidade técnica de apreciá-las. Há simplesmente uma preocupação interministerial em garantir o monopólio da jurisdição estatal para quantias tidas, discricionariamente, como mais sensíveis ao orçamento público. É a consagração da incompetência relativa deste Centro para as causas de valor superior, conforme lição extraída do artigo 102.º, do Código de Processo Civil³²³. Como resultado, se o tribunal arbitral em matéria tributária decidir matéria para a qual seja competente, mas em que o valor do processo é superior a dez milhões de euros está a incorrer no vício de pronúncia indevida.

³¹⁹ “(...) em sentido processual, valor da ação, valor da causa, ou valor do pedido têm igual significação. Entende-se a soma *pecuniária*, que representa o valor do pedido, ou da *pretensão do autor*, manifestada em sua petição.” Disponível em: SILVA, P., *Vocabulário jurídico*, vol. IV, p. 1.624.

³²⁰ “Assim, a competência dos tribunais arbitrais prevista no RJAT é taxativa, razão pela qual é o mesmo competente para decidir questões relacionadas apenas com a ilegalidade dos actos acima indicados.” Disponível em: Ac. do CAAD, de 08 de abril de 2021, processo n.º 550/2020-T.

³²¹ Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, Ministério da Justiça e de Estado e das Finanças.

³²² Sobre a identificação do valor ação, vide trecho do acórdão do STA, cuja aplicação ao CAAD é igualmente válida: “A fixação do valor de uma acção visa assegurar finalidades de ordem pública, e que, por conseguinte, tal questão é do conhecimento oficioso do tribunal, que deve indicar a correcção de um eventual acordo, expresso ou tácito, das partes, e o legislador de 2008, cremos, fez uma clara distinção entre o poder das partes e o poder do juiz: aquelas têm o poder, e o dever, de indicar o valor da causa; este tem o poder-dever de o fixar, nunca ficando dispensado de examinar se a indicação feita pelas partes, por acordo expresso ou tácito, está conforme a realidade, segundo os critérios legais. Disponível em: Ac. do STA, de 14 de outubro de 2020, no processo n.º 062/18.4BCLSB.

³²³ Lei n.º 41, de 26 de junho, Assembleia da República, 2013.

Quanto à barreira temática, notável fazer uma ressalva inicial sobre o distanciamento entre a intenção dos legisladores e a efetivação interministerial. Quando da edição da LOE/2010, o número 2, do artigo 124.º, dava autorização para que a generalidade de litígios tributários pudesse ser levada à arbitragem. Em contrapartida, o Poder Executivo (Ministérios) ao editar diploma normativo – DL n.º 10/2011 (RJAT) foi demasiado restritivo. As alíneas ‘a’ e ‘b’, do número 1, do artigo 2.º, direcionam a competência do CAAD para a declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos; de autoliquidação; de retenção na fonte; de pagamento por conta; de fixação de matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo; de determinação da matéria coletável; e de fixação de valores patrimoniais. O foco está no julgamento arbitral de litígios que estejam envolvidas “questões de legalidade” – uma arbitrabilidade objetiva vocacionada à validade dos atos administrativos tributários³²⁴. Aspectos relacionados à mitigada “discricionariedade” da Autoridade Tributária, como a edição de normas infralegais, mantiveram-se sob as rédeas da justiça estatal.

Repisa-se a intenção interministerial bastante estremada e cuja interpretação deve-se dar restritivamente – *in dubio pro ius civitatis*. Do que está contido no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, da LGT e do CPPT, constata-se que somente uma parcela temática, relacionada com a legalidade de atos de liquidação e atos que fixam a matéria tributável, foi aberta à possibilidade de intervenção de tribunais arbitrais³²⁵. Em sentido contrário, resta vedado ao CAAD apreciar litígios provindos de processos de execução fiscal ou contraordenacionais tributários, de atos administrativos de indeferimento parcial ou total ou da revogação de isenções ou outros benefícios fiscais, assim como de outros atos praticados pela Administração Tributária – providências cautelares, agravamento à coleta, apreensão. Do que foi dito, é plausível afirmar que o RJAT, quando da delimitação do objeto arbitrável, afastou-se da LAV, porém seguiu os meios processuais estatais do contencioso tributário. Vê-se que o objeto do processo seja, no essencial, idêntico ao objeto do processo de impugnação previsto nos artigos 99.º e seguintes do CPPT³²⁶. Portanto, ainda que tenha havido uma restrição governamental no sentido de excluir outros temas relevantes (tributos para além dos impostos, método indireto de avaliação)³²⁷, em sede arbitral podem ser suscitadas as mesmas demandas cuja apreciação também possa se dar no âmbito da impugnação judicial.

A depender de determinados aspectos relacionados ao valor do pedido e do contribuinte nomear ou não um árbitro, as decisões proferidas pelo CAAD podem ser monocráticas ou coletivas (acórdãos). Por justamente corresponder a um ambiente menos rígido em termos procedimentais, onde os árbitros e as partes têm mais liberdade para sanear eventuais vícios, é razoável

³²⁴ COIMBRA, J. D., *O recurso à equidade nas arbitragens de Direito Administrativo*, p. 150.

³²⁵ SOUZA, J. L., *Comentários ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária*, p. 85.

³²⁶ MARQUES, A. *A arbitragem em matéria tributária: enquadramento*, p.382.

³²⁷ PEREIRA, P.R., *The material scope of tax arbitration*, p. 96.

supor uma maior incidência de decisões com resolução de mérito³²⁸. No mais das vezes, o cerne da demanda (mérito da ação) será enfrentado com total ou parcial (im)procedência às partes. É o momento processual arbitral derradeiro; verificando-se a extinção do poder jurisdicional dos árbitros, tornando-se o Centro *functus officio* – um reflexo direto de o tribunal ter cumprido a função para o qual foi constituído³²⁹. Há a constituição de um título executivo (extra)judicial ou arbitral.

Agora, questiona-se qual é o peso ou força vinculativa desta sentença arbitral? Para tanto, mais uma vez cabe perscrutar o RJAT. O Regimento apresenta duas situações que são inevitáveis quando da pronúncia de uma decisão resolutiva ou não do mérito. A primeira é verificada quando o contribuinte e a Autoridade tributária, autor e ré respectivamente, ficam conformados com o que restou decidido, não havendo a interposição de qualquer recurso ou impugnação e o trânsito em julgado é consubstanciado. *Ab initio*, o artigo 24.º, aponta a vinculação da administração fiscal quando a decisão é favorável ao contribuinte; devendo espontaneamente praticar, restabelecer, rever e/ou liquidar a pretensão autoral no prazo previsto para execução. Para efeito do seu cumprimento, valendo-se da aplicação subsidiária do CPPT, o legislador outorgou ao contribuinte a possibilidade de requerer ao centro arbitral a baixa do processo ao Serviço de Finanças³³⁰. Uma iniciativa indispensável ao perceber que, por razões procedimentais e organizacionais falhas, a sucumbente (Administração Tributária) não promove a execução espontânea das decisões; sejam arbitrais ou provenientes da justiça administrativo-fiscal.

Além disto, como consectário lógico, a subsunção arbitral da norma (individualizada) ao fato concreto litigado é inabalável após verificada a irrecorribilidade³³¹. O direito está posto e impede qualquer revisão consoante as causas de pedir e os pedidos suscitados no caso. Houve uma grande preocupação em afastar qualquer possibilidade de litispendência³³² ou afronta à coisa julgada na perspectiva duo jurisdicional – em face da Justiça togada e do próprio centro arbitral.

³²⁸ Esta conclusão pode ser aferida pelos dados fornecidos pelo próprio CAAD. Sem precisar apontar a data de constituição do tribunal arbitral, no ano de 2022, houve 63 impugnações intentadas nos TCA's, em face de 182 (72 + 110) recursos para o STA e TC (respectivamente). Considerando que as impugnações decorrem de vícios procedimentais (art. 28.º, do RJAT) e os recursos atingem o mérito da ação (art. 25.º, do RJAT), nota-se pela diferença de números um forte indício de que o CAAD tem um maior volume de decisões resolutivas do mérito. Disponível em: *Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária 2022*, p. 20. (Vide referências)

³²⁹ MONTEIRO, A. P. P., *et al.*, *Manual de arbitragem*, p. 386.

³³⁰ PEREIRA, R. R., *Breves notas sobre o regime da arbitragem tributária*, p. 203.

³³¹ Neste ponto, uma reserva carece de apresentação quanto as chamadas decisões pós-finais. Na linha da aplicação subsidiária, o artigo 45.º da LAV permite a prolação dessas com vistas à esclarecer obscuridades ou contradições, suprir omissões ou corrigir erros materiais – tudo em harmonia fática e jurídica com o que foi apresentado na sentença complementada.

³³² “A litispendência, pressupondo a repetição de uma mesma ação em dois processos, depende, pois, da verificação cumulativa da identidade de sujeitos, do pedido e da causa de pedir, de modo a evitar contradizer ou reproduzir decisão anterior.” Disponível em: Ac. do STA, de 06 de julho de 2017, processo n.º 1220/15.9T8STR.E1.S1.

Enquanto força cogente, da decisão arbitral transitada em julgado, não se constata qualquer distinção àquelas proferidas pelo Estado.

Sob outro enfoque, o CAAD detém mais uma peculiaridade que macula a autonomia das partes geralmente presente em uma litigância arbitral (mais convencional). Em regra, almejando maior celeridade e efetiva conformação com os pleitos suscitados, as partes por convenção podem renunciar o direito recursal; tornando a (primeira) decisão prolatada única. Quer dizer que as partes “têm a convicção clara de que a rapidez e a definitividade de uma decisão que ponha termo ao litígio são mais importantes do que manter a possibilidade de longos e demorados processos (...)”³³³. Sucede que isto não se verifica neste Centro. Esta liberalidade é mitigada quando conferido ao contribuinte e à Administração Tributária o direito potestativo de recurso ou impugnação às cortes de justiça públicas. Uma situação que, a depender da morosidade estatal nas instâncias seguintes, pode muito tornar a eficiência arbitral imperceptível sob o ponto de vista cronológico. Nesta fase, há um paradoxo entre a intenção e o resultado do procedimento (pós) arbitral.

De fato, é possível a inconformidade de uma ou ambas as partes com o que fora decidido pelos árbitros. Havendo ao menos uma irrisignação decorrente da observância de vício(s) de natureza material e/ou formal, esta desencadeará a interposição de um recurso ou impugnação respectivamente. Neste ponto, há de ressaltar a incompetência recursal do próprio CAAD ou de outra instituição jurisdicional de equivalente natureza. Na instrução exarada pelo artigo 25.º daquele regime, absolutamente nenhum recurso é destinado ao próprio Centro. Inexiste a possibilidade de autorrevisão, ainda que por um colegiado de árbitros maior e/ou distinto, bem como a remessa dos autos para outro órgão de jurisdição arbitral.

A depender da heterodoxia suscitada, o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Administrativo ou os Tribunais Centrais Administrativos podem ser provocados. E não obstante o RJAT seja silente neste ponto, nada impede que as partes requeiram junto ao Centro o reenvio prejudicial³³⁴ ao TJUE para uniformizar determinado direito doméstico com o que preceitua esta corte internacional.

Deste modo, esta realidade autoriza extrair duas conclusões importantes: o CAAD faz as vezes de um órgão jurisdicional de piso; e os tribunais estatais (instâncias superiores), enquanto destinatários exclusivos da *ultima ratio* das partes, acabam por funcionar como órgãos revisores dos entendimentos formulados pelos árbitros. O possível controle estadual da arbitragem, designadamente ao nível da impugnação da sentença arbitral, é um dos requisitos essenciais para o reconhecimento da

³³³ BARROCAS, M. P., *Manual de arbitragem*, p. 265.

³³⁴ “O reenvio prejudicial para o TJUE só se justifica quando o julgador tenha dúvidas quanto ao sentido e alcance de alguma disposição do direito da União Europeia. Quando tal dúvida não exista, deve o tribunal arbitral limitar-se a aplicar o direito da União Europeia, mesmo que alguma disposição de direito interno com ele se mostre desconforme.” Disponível em: Ac. do CAAD, de 28 de outubro de 2020, processo n.º 825/2019-T.

eficácia jurisdicional à decisão proferida por árbitros³³⁵. Esta é mais uma particularidade que coloca este Centro em estreita vinculação (em termos mais ousados: sujeição) jurídica ao Estado de Direito português.

O limite e o tamanho desta supervisão estatal precisar ser demasiado esclarecido para que a arbitragem não configure um frívolo adorno no sistema jurisdicional lusitano. As questões de mérito (*error in iudicando*), assim como os vícios no percurso processual (*error in procedendo*), estão inseridos no (re)exame público. Como não poderia deixar de ser, este compromisso tem guarida na legalidade das decisões arbitrais. É de verificar se os árbitros, no uso da “delegação (...) do poder soberano de julgar” procederam de acordo com os princípios base da soberania do Estado, nomeadamente o do direito a um processo justo³³⁶. Mais a mais, a independência argumentativa dos árbitros tributários é tacitamente mitigada às orientações consolidadas nas cortes integrantes da jurisdição pública. Não obstante Portugal não tenha um Direito construído sob a vertente do *Common Law* – forte na observância do precedente judicial, a preocupação com a uniformização da jurisprudência no âmbito dos Tribunais Administrativos Fiscais é revelada no RJAT.

Ainda na questão relativa ao controle das decisões arbitrais, louvável destacar a exigência de publicidade; mantendo o anonimato tão somente dos contribuintes envolvidos. Isto acaba por permitir que, para além do Estado, todos os operadores do Direito e demais contribuintes também possam fiscalizar a atuação do CAAD. Um papel preponderante na avaliação da justiça fiscal, considerando os elevados sacrifícios que o Estado de Direito democrático lhes tem vindo a impor³³⁷. Na prática, compreende um irrestrito acesso para verificar se as decisões estão formal e materialmente conformes ao ordenamento jurídico português, se há coerência lógico-argumentativa de cada árbitro para fatos jurídicos idênticos³³⁸, se a atuação deste é pautada pelos entendimentos já solidificados pelos tribunais superiores. Um conjunto meramente ilustrativo de aspectos a serem observados nas decisões arbitrais para que a credibilidade do Centro seja inabalável. Mais uma vez, diante de uma instituição privada debruçada sobre matéria estritamente pública, há um compromisso perene, para além do ‘ser’,

³³⁵ PINHEIRO, L. L., *Apontamentos sobre a impugnação da decisão arbitral*, p. 01.

³³⁶ OLIVEIRA, M. E., *Lei da arbitragem voluntária comentada*, p. 545.

³³⁷ “*In this context, this means specifically that arbitral awards must be explicitly and sufficiently grounded, and must unequivocally show a correct, objective and fair application of tax law, with no concessions to inappropriate influences or opportunistic arrangements.*” Disponível em: SERRA, M. F. dos S., *Administrative and Tax arbitration – grounds and ethical perspective*, p. 15.

³³⁸ Esta coerência deve ser observada no plano individual, pois não significa inexistência de divergências interpretativas entre os árbitros. A independência destes perante seus pares é axiomático. Para contextualizar, segue trecho do Ac. do TC, de 16 de janeiro de 2020, processo n.º 581/17: “Na verdade, no sítio do CAAD encontram-se publicadas as decisões arbitrais que sobre a matéria foram tomadas desde 2014, das quais se infere a existência de *permanente divergência* entre os árbitros designados ou escolhidos para constituir o tribunal arbitral. Tudo depende da composição do tribunal arbitral (...)”

com o ‘parecer’. Em contrapartida, lamentavelmente, o princípio da publicidade nesta vertente é uma característica que não se verifica nos tribunais tributários de 1ª instância.

É indubitável que os tribunais arbitrais que funcionam no CAAD cumprem os pressupostos de um órgão jurisdicional; entendimento já chancelado pelo TJUE, no acórdão proferido no bojo do processo n.º C-377/13³³⁹. Todavia, do que foi apresentado até o momento, parece razoável afirmar que o CAAD tem “*tons de cinza – não é branco e tampouco é preto*”. Pela própria natureza jurídica que o institui não pode ser chamado de jurisdição estatal. E pelo excesso de regramentos estabelecidos pelo próprio Poder Público não é um órgão arbitral na acepção mais genuína do termo.

Forçoso recordar as notas de informalidade e relativa autonomia imputadas ao CAAD. No entanto, como restou verificado a partir das características mais importantes deste Centro, a intervenção estatal é robusta³⁴⁰. Inicia na própria criação (assaz institucionalizada) e no campo da regulação estabelece: a unilateralidade do ajuizamento pelo contribuinte, a direção do Conselho Deontológico; os critérios subjetivos para desempenhar a função de árbitro; o emprego exclusivo do direito constituído para resolução das lides; os critérios para que determinada demanda fiscal possa ou não se sujeitar ao Centro; a interposição de recurso das decisões arbitrais, de modo privativo, às cortes estatais. Não se trata de uma realidade desjuridificada, embora seja desjurisdicionalizada³⁴¹. Ao fim e ao cabo, o CAAD é um órgão híbrido privado-público³⁴² (quicá um pseudo órgão da Administração Pública indireta portuguesa) e por esta razão conceder-lhe a competência para julgar matéria tributária não é tão alarmante ou temeroso quanto parece. Outrossim, pela publicidade do resultado final a que se propõe, é provável que esteja mais sujeito a inquirições e controle que os próprios órgãos integrantes do Poder Judiciário lusitano. Em verdade, fossem as atividades exercidas pelo CAAD reservadas tão somente aos litígios inseridos no Direito Privado, a “autorização” estatal, seja inicial ou regular, não existiria.

Em termos ontológicos, já foi possível reconhecer o *status* jurídico-processual das decisões proferidas pelos árbitros – “sentença” monocrática ou colegiada. Superado este ponto de

³³⁹ “34 – Resulta das considerações expostas que o organismo de reenvio (*leia-se* CAAD) apresenta todos os elementos necessários para ser qualificado de órgão jurisdicional de um Estado-Membro para efeitos do artigo 267º TFUE”. Disponível em: Ac. do TJUE, de 12 de junho de 2014, processo n.º C-377/13.

³⁴⁰ “*In tax arbitration, as it has been designed, there is no doubt that there is a ‘sufficiently strong’ link between the arbitration court and the State (...) the State, ‘in casu’ the tax administration, was bound to tax arbitration through a Ministerial Order, which defines the terms and the maximum amount in controversy of the disputes covered, and that the same State is legally obliged to implement the final arbitration award.*” Disponível em: LOBOS, N. V., PEREIRA, T. C., *The special nature of tax arbitration courts*, p. 82.

³⁴¹ ROCHA, J. F. da, *Lições de procedimento e processo tributário*, p. 482.

³⁴² “(...) uma atividade de administração de justiça privada que, embora com especificidades próprias decorrentes da configuração do exercício jurisdicional privado, dificilmente se reconduzem a uma manifestação do exercício de um poder público de autoridade, designadamente na prática de actos administrativos e na emissão de regulamentos administrativos.” Disponível em: MONTEIRO, A. P. P., *et al.*, *Manual de arbitragem*, p. 30.

reflexão associado ao resultado final entregue pelo CAAD, resta analisar o Centro sob o enfoque da eficiência com os parâmetros trazidos pelo capítulo I. Debruçar com maior rigor sobre as três variáveis adjetivas associadas a esta decisão: o prazo; o custo; e o grau de inconformidade das partes conjugado com o índice de reforma pela via recursal.

4.3 – O CAAD e os parâmetros de eficiência

4.3.1 – Duração razoável do processo

Dentre os tópicos mais marcantes na composição de um texto constitucional, nos Estados Democráticos de Direito modernos, estão os direitos e garantias fundamentais. Comumente, regras e princípios que resguardam os indivíduos (súditos) em face da autoridade daquele mesmo Estado (*ius imperium*) que os instituiu. Lado a lado, esta pessoa coletiva de direito público detém o monopólio da jurisdição ou a fortuita possibilidade de delegação. De ambas as premissas, encontra-se o direito fundamental de acesso à Justiça como espécie. Uma expressão que simultaneamente abarca não apenas o direito de ingressar em juízo – inaugurando uma relação-jurídico processual – como também o direito a uma oportuna resposta/solução resultante que possa trazer pacificação (jurídico) social às partes litigantes.

Sobre este último enfoque, o predicado “oportuna” é por demais amplo, mas permite uma demarcação concreta sob duas variáveis: tempo e custo. Em grande medida, a Justiça mostrar-se-á inacessível (sem oportunidade) quando a for tardia e/ou economicamente onerosa (leia-se dispendiosa) aos litigantes. À luz desta preocupação, a Assembleia Constituinte originária portuguesa estatuiu³⁴³, de acordo com os números 1 e 4 do artigo 20.º, como princípio geral fundamental:

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

(...)

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

Pelo *status* normativo, ambos os preceitos têm aplicação direta e irradiam por todo o ordenamento jurídico. Por ora, limitado ao enfoque temporal uma vez que o custo será tratado no tópico seguinte, no

³⁴³ Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976.

domínio fiscal infraconstitucional, tanto a LGT (n.º 1, do art.º 97) quanto ao CPPT (n.º 1, do art.º 96) demonstram uma preocupação legítima com a possível morosidade dos processos. Enquanto o primeiro texto normativo reproduz a expressão constitucional “em prazo razoável” para as decisões judiciais; o segundo informa que a tutela contida no processo judicial deve-se dar em “tempo útil”. Seja como for, busca-se uma âncora normativa para assegurar a viabilidade das pretensões. Quer do credor tributário (interesse público) no intuito de evitar a lapidação do orçamento público, quer do obrigado tributário cuja esfera jurídica (propriedade privada) pode ser restringida temporalmente³⁴⁴.

Para melhor ilustrar este cuidado trazido pelo ordenamento jurídico português, uma decisão judicial tardia compromete não somente as partes, mas também a própria harmonia do Direito³⁴⁵. De um lado, embaraça a arrecadação efetiva de receita derivada ou, aceitando a sucumbência pública na causa, pode onerar sobremaneira o valor indenizatório assumido pelo Estado apenas em juros, patrocínio e demais encargos com a restituição de garantia. De outra banda, o contribuinte sofre contingenciamento financeiro associado no mais das vezes com créditos bancários tomados – não é demais lembrar o encargo econômico imposto a este para iniciar uma lide fiscal pela via arbitral ou pela jurisdição pública: o pagamento ou a garantia do crédito debatido como condição suspensiva da exigibilidade. Na seara empresarial o reflexo ocorre na realização de provisões. Logo, para evitar este cenário, a despeito da LGT e do CPPT estarem comprometidos com o que se almeja da jurisdição estatal, nem mesmo a heterocomposição arbitral tributária institucionalizada ou *ah doc* é excluída deste compromisso.

Na perspectiva do marco temporal, centrado no CAAD, o texto de introdução contido no RJAT é categórico ao estabelecer os objetivos da arbitragem em matéria tributária. Dos três principais, um busca “imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo”. Uma redação cujo núcleo repousa sob a palavra “celeridade”³⁴⁶ e necessariamente exige concretude. Para traduzi-la o mesmo texto, em parágrafo subsequente, aponta que “é adoptado um processo sem formalidades especiais, de acordo com o princípio da autonomia dos árbitros na condução do processo, e é estabelecido um limite temporal de seis meses para emitir a decisão arbitral, com possibilidade de prorrogação que nunca excederá seis meses”. Este último trecho da transcrição é reproduzido no artigo 21.º, do regime jurídico abordado, e

³⁴⁴ ROCHA, J. F. da, *Lições de procedimento e processo tributário*, p. 270.

³⁴⁵ “Finalmente, a celeridade permite ainda assegurar a contemporaneidade entre duas ‘fontes de direito’, a jurisprudência e a legislação em vigor (...) A atual falta de sintonia entre a jurisprudência e a legislação, que andam a diferentes velocidades, diminui a importância da jurisprudência no plano da prevenção de litígios fiscais, com custos nunca calculados.” Disponível em: VILLA-LOBOS, N., *Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal*, p. 196.

³⁴⁶ “The principle of prompt and accelerated justice is one of the leading principles in the context of tax arbitration both for the fact that it triggers the addressed adaptations by other principles and because it is possible to sustain those principles of procedural simplification and procedural informality (...)”. Disponível em: RIBEIRO, J. S., *Principles of tax arbitration*, p. 39.

detalha como deve se dar eventual prorrogação – o tribunal arbitral pode determinar até três prorrogações de dois meses cada uma. Observadas algumas formalidades o lapso temporal estabelecido pode ser, no limite, dobrado. Há a indicação categórica do prazo máximo estipulado – algo simplesmente inconcebível na litigiosidade togada. Assim é possível constatar que a diferença de complexidade entre o CPPT e o procedimento da arbitragem tributária milita a favor desta última, numa lógica de *fórum shopping* – a escolha de contribuintes e advogados pelo meio mais célere³⁴⁷.

Em sendo um centro de arbitragem institucionalizado, esta regulamentação processual é prévia e impositiva. Prorrogar a prolação da sentença é uma iniciativa que jamais poderá partir das partes ou até mesmo ser opostas por estas, como sugere a LAV com uma redação mais branda. Contribuinte e Fisco são espectadores, dentro da disponibilidade legal concedida aos árbitros, quanto à data de pronúncia da sentença. E independente de qual seja o termo final estabelecido, não se pode olvidar da necessidade de um despacho de prorrogação para explicitar os motivos que a determina. Em outros termos, as razões concretas que, no caso, justificam a prorrogação nunca superior a seis meses. O arbítrio não avança para uma provável eternização da demanda arbitral. Aqui repousa um dos maiores propósitos do CAAD cuja reprodução na esfera pública seria valiosa.

Nota-se a existência de uma imperatividade temporal determinada pelo legislador. É um intervalo mensal preempório de duração máxima do processo arbitral cujo termo *a quo* repousa na constituição do respectivo tribunal. Ademais, à luz da aplicação subsidiária do CPC (artigo 138.º, n.º 1), este prazo não se suspende nas férias judiciais; e uma vez decorrido os 6, 8, 10 ou 12 meses que no caso deva ser considerado, extinguem-se os poderes jurisdicionais da corte arbitral. O litígio é finalizado nesta instância. À vista disso, leciona o acórdão³⁴⁸ do Tribunal Central Administrativo – TCA Sul:

III – Se a sentença arbitral apenas foi proferida pelo Tribunal Arbitral após o decurso integral do prazo-regra de 6 meses previsto no n.º 1 do artigo 21.º do RJAT, sem que, antes desse prazo findar, tenha sido dado qualquer despacho de prorrogação do prazo e, posteriormente, dos múltiplos despachos de prorrogação proferidos, apenas dois observaram o prazo de 2 meses legalmente imposto e a fundamentação de todos eles se esgota numa remissão para o artigo 21.º, n.º 2 do RJAT, há que julgar verificada a nulidade da sentença com fundamento em pronúncia indevida (artigo 28.º do RJAT). (grifo nosso)

³⁴⁷ DOURADO, A. P., *Direito fiscal – lições*, p. 340.

³⁴⁸ Ac. do TCA Sul, de 07 de maio de 2020, processo n.º 8894/15.9BCLSB.

O consectário lógico da sentença arbitral intempestiva ou cuja dilação de prazo não teve a devida justificativa é a declaração de nulidade. Já no âmbito da responsabilidade, em quaisquer das duas situações, o(s) árbitro(s) faltoso(s) não escapa(m).

Certo que a observância ao prazo máximo anual para proferimento de sentença é fator justificante de primeira ordem à existência do CAAD. Porque a celeridade na resolução de litígios entre Administração fiscal e contribuintes tem duplo viés: fortalece a posição do contribuinte, conferindo um efetivo acesso à justiça, e ajuda os tribunais judiciais a reduzir o número de pendências³⁴⁹ – proporcionando no longo prazo um incremento na qualidade das decisões judiciais; na ideia de que menos quantidade corresponde a mais qualidade.

Agora, resta apresentar uma abordagem comparativa entre os prazos médios exigidos pelos Tribunais Administrativos Fiscais e pelo CAAD para o proferimento de sentenças e decisões monocráticas/colegiadas respectivamente. Enquanto este leva em torno de 4,5 meses³⁵⁰ para cumprir sua missão institucional, as cortes públicas de 1ª instância demandam aproximadamente 47 meses para proferir sentenças, conforme dados colhidos entre os anos de 2021 e 2022 e disponíveis no estudo já mencionado em nota de rodapé abaixo. A proporção entre o segundo e primeiro período é superior a dez vezes. São 42 meses ou quase 3,5 anos de diferença que impactam diretamente na ideia de segurança jurídico-fiscal cujo interesse independe do polo ser ativo ou passivo, conforme já dissertado. Ampliando o leque comparativo, a CAAD mostra-se mais eficiente que a média europeia cuja duração dos processos “administrativos” na 1ª instância é de quase um ano³⁵¹. Com estas constatações, os números são categóricos em apontar o CAAD como uma justiça mais célere em face do Estado-juiz na resolução de litígios fiscais tanto na seara doméstica quanto continental.

4.3.2 – Custo de litigância

Já visto que a Justiça é uma função essencial do Estado, sendo exceção a fruição gratuita deste serviço pelos litigantes. Quem quer que deseja exercê-la carece de meios econômicos para patrociná-la. Em geral, as partes são instadas a assumir este ônus cujo valor deve perseguir a equação

³⁴⁹ O estudo governamental denominado “Estatísticas da Justiça – Destaque Estatístico Anual – Primeiros Resultados, n.º 87, abril de 2023” aponta que os Tribunais Administrativos e Fiscais de 1ª instância, até 31 dezembro de 2022, tinham 55.368 processos pendentes de decisão final: sentença ou despacho independentemente do trânsito em julgado. Em termos qualitativos, dos processos pendentes em matéria fiscal, em 2022, a maior fatia correspondia a processos de impugnação – 38%. (Vide referências)

³⁵⁰ Este foi a duração média dos processos no ano de 2021. Disponível em: *Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária 2022*, p. 17. (Vide referências)

³⁵¹ “The first instance courts maintained the highest DT (disposition time) among the analysed three instances, with (...) 358 days in administrative matters (...) In administrative cases, one of the parties to the dispute is always a public authority.” Disponível em: In: *European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ*, part 1, pp. 127/137.

entre as variáveis: o necessário para o funcionamento regular da atividade jurisdicional e a disponibilidade dos usuários³⁵². Do contrário, reconhecido o desequilíbrio, os três vértices da relação jurídica ficarão prejudicados. Em um extremo, tem-se uma Justiça parca de recursos, tendencialmente morosa, embora bastante disponível às partes (é provável que este seja o cenário português atual). E na outra ponta, uma Justiça bem estruturada, porém vazia, com a constituição de uma barreira econômica à entrada dos renitentes. Esta ponderação alçada a direito fundamental – impossibilidade de denegação da Justiça por insuficiência de meios – tem força para alcançar a arbitragem³⁵³ enquanto meio alternativo de resolução de litígios.

Para a espécie institucionalizada, do qual emanam inúmeros centros, é usual que uma tabela já prefixada estabeleça os custos advindos de um ajuizamento. Estes podem ser desmembrados entre custos de administração e custos administrativos dos árbitros³⁵⁴. Os primeiros fazem frente ao serviço prestado na organização e gestão da própria entidade. O seguinte associa-se aos custos do processo – honorários dos árbitros, postagens, peritos, designação de testemunhas, entre outros. É um somatório cuja composição não parte de uma convenção de arbitragem (partes) ou de um compromisso firmado entre as partes e os árbitros, tampouco de uma manifestação unilateral deste. Há um engessamento maior dos custos; inclusive ao ponto de afastar eventual dispensa total ou parcial ainda que designadamente em função da complexidade do processo ou da conduta processual das partes³⁵⁵. Nota-se que à luz da natureza institucional, a LAV deve ser rechaçada nesta matéria. Feita esta ressalva, resta analisar como o CAAD trata a matéria.

De antemão, ainda que isto não ocorra em termos práticos, cumpre salientar que a lei de autorização legislativa para a criação da arbitragem tributária³⁵⁶ procurou trazer maior isonomia sobre o tema – eventuais taxas arbitrais suportadas pela AT junto ao CAAD fossem similares àquelas praticadas pela Justiça estatal. Uma providência intencional para que a responsabilidade da Administração Tributária em termos de custas pudesse ser balizada pelo critério da equiparação³⁵⁷. Imaginando que ambas as instituições entregam o mesmo produto jurisdicional (leia-se: sentença ou decisão de 1º grau), sob o ponto de vista da sucumbência, havia uma expectativa para que o erário não

³⁵² “Article 13: Pour l’entretien de la force publique, et pour les dépenses d’administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.” Disponível em: Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789. (Vide referências).

³⁵³ “Parece evidente que honorários e custos excessivos jogam contra as partes, particularmente contra a de menor poder económico, enquanto honorários diminutos comprometem a qualidade da arbitragem e a atenção que os árbitros lhe possam dedicar.” Disponível em: CORDEIRO, A. M., *Tratado da arbitragem*, p. 178.

³⁵⁴ BARROCAS, M. P., *Manual de arbitragem*, p. 377.

³⁵⁵ SOUSA, J. L., *Comentários ao regime jurídico da arbitragem tributária*, p. 209.

³⁵⁶ Vide Lei do Orçamento do Estado de 2010 – Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril; artigo 124.º, n. 4º, alínea ‘n’.

³⁵⁷ PEREIRA, R. R., *Breves notas sobre o regime da arbitragem tributária*, p. 205.

sofresse mais com a arbitragem tributária se comparado com os tribunais fiscais em termos de condenação em custas, honorários e demais serviços atinentes ao regular trânsito processual.

É cediço que o acesso aos tribunais arbitrais é tradicionalmente visto como mais dispendioso face às cortes estaduais – no mais das vezes, estamos perante um tribunal privado³⁵⁸ - ainda que não seja lucrativo, é ilimitadamente superavitário. Reforçando esta tese, diferentemente da preocupação dada pelo Conselho de Ministros à celeridade, o texto introdutório do RJAT nada abordou sobre a economicidade na ótica dos custos de propositura e tramitação. Uma lacuna lamentável na medida em que este aspecto poderia ter sido o quarto objetivo principal da arbitragem em matéria tributária – uma via de resolução de controvérsias módica³⁵⁹. De qualquer modo, em termos regulamentares verificar-se-á que o artigo 12.º do Regime discorre sobre a quantificação da taxa de arbitragem. Valores que, a partir de uma análise efetiva dos números associados ao tema, permitirão compreender o porquê do Regimento conter este vácuo finalístico.

A norma estabelece que para a constituição de um tribunal arbitral é devida a taxa de arbitragem, de modo que a sua falta caracteriza causa impeditiva. Não poderia ser diferente porque o CAAD é uma associação privada. Em acréscimo, consubstancia uma redação de eficácia limitada ao afirmar que o valor, fórmula de cálculo, base de incidência objetiva e montantes máximos e mínimos são definidos em regulamento específico e aprovado pelo próprio CAAD – Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária³⁶⁰. Por derradeiro, o artigo informa que o sujeito passivo está condicionado a encargos distintos a depender se exerce ou não a intenção de designar árbitro. Acaba sendo um texto que deixa o Estado à margem de qualquer contribuição para estipulação da taxa arbitral.

Já visto que em muitas outras alçadas o Estado se mostra um interventor direto na estrutura do CAAD. No entanto, quanto aos critérios de definição e cobrança da taxa arbitral, estes ficaram sob a exclusiva determinação do Centro. Esta reserva de competência inserida na redação do artigo 12.º, salvo melhor juízo, parece incompatível com a sensibilidade do tema³⁶¹ e do objeto trazido à lide (crédito tributário). Mesmo porque a Autoridade tributária é levada à arbitragem por mera liberalidade do contribuinte – uma imposição que não poderia ser ignorada quando do tratamento dos encargos arbitrais. Aqui, sustentando a tese de natureza híbrida do Centro, há um forte interesse público

³⁵⁸ MONTEIRO, A. P. P., *et al.*, *Manual de arbitragem*, p. 349.

³⁵⁹ A lacuna é extensível no âmbito do *Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária* fornecido pelo CAAD. Tanto na edição de 2022, quanto na edição de 2021, não há nenhuma referência em termos financeiros: arrecadação, despesas operacionais ou remunerações dos árbitros.

³⁶⁰ Disponível no sítio eletrónico do CAAD. (Vide referências)

³⁶¹ “*Cost plays a crucial role in arbitration. They are at the core of access to justice by the disputants. Disputants have to consider cost implications from the beginning to the end of the arbitral process (...) Costs, therefore, can determine whether parties access justice or not. This implication is much pronounced nowadays due to the increasingly higher costs incurred in arbitration.*” Disponível em: NG’ETICH, R., *The current trend of costs in arbitration: implications on access to Justice and attractiveness of arbitration*, p. 112.

associado ao custo financeiro de ingresso ao CAAD cuja coparticipação regulatória mostra-se indispensável.

Sem delongas, tendo o valor da causa³⁶² como base de cálculo³⁶³, o sujeito passivo ao formular o pedido de constituição do tribunal arbitral – CAAD de modo implícito aceita as regras vinculadas ao montante das custas a pagar. Na hipótese dele não designar um árbitro, o pagamento da taxa de arbitragem dar-se-á em dois momentos e em duas frações de 50% (cinquenta por cento). A primeira, chamada de inicial, na data de envio daquele pedido; e a segunda (remanescente), definida pelo órgão julgador em data anterior à reunião para prolação da decisão arbitral. O valor integral está limitado ao mínimo de 306,00 euros (para causas cujo valor seja inferior a 2000,00 euros) e ao máximo de 4.896,00 euros (para causas de valor até 275.000,00 euros), conforme Tabela I do Regulamento. E para além dos 275.000,00€, ao valor da Taxa de Arbitragem Inicial, acresce, por cada 25.000,00€ ou fracção, 135,00€, ou seja, 50%. E resgatando da teoria geral do processo, o somatório é, na generalidade³⁶⁴ dos casos, suportado de modo exclusivo pelo sucumbente ou, em termos proporcionais, por ambas as partes no caso de parcial procedência, consoante fixação na decisão arbitral.

Cenário distinto é apresentado quando o sujeito passivo opta pela designação de um árbitro. O pagamento da taxa de arbitragem ocorre na totalidade e em um único momento – na data do envio do pedido de constituição do tribunal. Outro fato interessante que foge da lógica processual³⁶⁵ é a irrelevância do resultado jurídico – (im)procedência da decisão – para imputação deste ônus. Será sempre e integralmente do sujeito passivo tributário/autor da ação. O montante mínimo e máximo são respectivamente 12.000,00 euros (em causas inferiores a 60.000,00 euros) e 120.000,00 euros (para causas até 10.000.000,00 euros); valendo-se da Tabela II do Regulamento.

Em resumo, duas variáveis impactam diretamente na identificação da taxa judiciária pelo CAAD ao apreciar uma ação de natureza fiscal: o valor da causa e a faculdade do contribuinte em designar ou não um árbitro³⁶⁶. Trazendo estas informações para o contexto fático, imaginemos uma ação

³⁶² “(...) determina que o valor atendível, para efeito de custas, deverá ser o valor da liquidação cuja anulação se requer ou o valor contestado.” Disponível em: SOUTELINHO, S., *A arbitragem tributária – uma realidade?*, p. 215.

³⁶³ “(...) *it has been observed that where arbitrators are paid in proportion to the sum in dispute (i.e. using an ad valorem system), arbitrators may be incentivized to spend less time than is necessary on a matter to obtain a higher effective hourly rate*”. Disponível em: HAERSOLTE-VAN HOF, J.V., HOLLAND, R., *What makes for effective arbitration?: A case study of the London Court of International Arbitration Rules*, p. 34.

³⁶⁴ Em situações excepcionais em que no curso do processo haja a prática de atos manifestamente desnecessários ou dilatatórios, o vencedor pode ser instado a suportar alguma despesa derivada desta conduta.

³⁶⁵ “*This is difficult to understand and justify from a legal and constitutional point of view, due to the fact that taxpayers, when they choose to appoint an arbitrator, must not only pay the fees up front, but also must bear the full cost of the arbitration even if they are successful (...)*” Disponível em: CÂMARA, F. de S., *Tax Arbitration Courts or Tax Judicial Courts: which to choose and what to consider?*, p. 177.

³⁶⁶ Relembrando que esta providência somente é possível para as ações cujo valor atribuído seja superior a 60.000,00 euros.

fiscal cujo valor questionado corresponda a 70.000,00 euros. Se a discussão for travada no âmbito do CAAD, o sujeito passivo sujeitar-se-á a duas custas possíveis: 2.448,00 euros (árbitros escolhidos pelo Centro) ou 12.000,00 (um dos árbitros escolhido por ele), de acordo com as tabelas contidas no Regulamento da associação. De outro modo, acaso o mesmo litígio tramitasse na Justiça estatal necessário seria observar a Tabela I do Regulamento das Custas Processuais – RCP³⁶⁷. Por conseguinte, o desembolso estaria na ordem de 8 UC (unidades de conta); equivalente a 816,00 (102,00³⁶⁸ x 8) euros. Flagrante a diferença econômica entre os montantes identificados para a mesma ação fiscal.

Comparando as três situações é nítido que a última tem o menor importe. Os tribunais administrativos e fiscais são três vezes mais econômicos, no exemplo dado, quando comparamos com o fato do sujeito passivo ingressar no CAAD sem optar por um árbitro. Uma realidade uniforme já que em ambos os contextos inexistente ingerência do contribuinte na composição do órgão julgador. E, a frente de uma certa exorbitância, quando o contribuinte requer a constituição do tribunal arbitral com a indicação de um árbitro, o valor das custas torna-se um encargo duplamente pesado; *in casu*, quase quinze vezes superior ao cobrado pelos tribunais fiscais e suportado de modo inexorável por aquele. Com efeito, agora fica mais claro porque o RJAT no texto introdutório não se pronunciou sobre o peso das custas; em especial para o Estado português. Como será demonstrado, a interpretação destes números merece algumas ponderações sob a perspectiva de cada uma das partes com as suas peculiaridades.

Não é razoável rotular o CAAD como uma corte onerosa ao contribuinte tendo em conta exclusivamente uma análise absoluta do que foi apurado no parágrafo anterior – a situação merece ser vista *cum grano salis*. Dois aspectos quando refletidos conjuntamente permitem trazer uma perspectiva mais moderada dos números suscitados. O primeiro e mais importante, já mencionado neste trabalho, é o fato da apreciação de uma lide fiscal pelo CAAD depender exclusivamente do direito potestativo do contribuinte. A Administração Tributária jamais poderá inaugurar uma ação pela via arbitral. Aquele pode exercer a opção pela jurisdição “privada” ou pública. De mais a mais, não devemos esquecer que o CAAD tem as suas decisões publicadas e orientadas somente pelo direito constituído. A combinação dos dois fatores faz com que o contribuinte possa ter o real controle sobre qual a melhor estratégia adotar (qual o melhor local para propositura) diante do tema jurídico em debate; sopesando prazo de decisão, “custo” de propositura e probabilidade de sucesso na demanda.

Também já foi dito que havendo procedência da ação, sem ter havido a escolha de árbitro, o contribuinte é restituído das custas que adiantou. Isto posto, sem ignorar o fato do Direito não ser uma ciência exata, o CAAD torna-se uma excelente opção ao sujeito passivo da obrigação tributária

³⁶⁷ Decreto-lei n.º 34, de 26 de fevereiro, Conselho de Ministros, 2008.

³⁶⁸ A lei do Orçamento do Estado previsto para 2023 manteve o valor da UC em 102,00 euros.

em termos probabilísticos³⁶⁹. Sagrando-se vencedor por árbitros aleatórios, o custo é nulo e a decisão é célere. Quanto mais o contribuinte acredita na procedência dos pedidos suscitados, mais vantajosa é a tramitação da lide pelo CAAD. Em contrapartida, diante de uma expectativa inversa, para ter menor encargo processual, é melhor se lançar nos Tribunais Administrativos e Fiscais. Confirmando esta premissa, merece referência o estudo “*Tax litigation in Portugal – legal and empirical assessments*”³⁷⁰, elaborado pelo Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal – CIDEEFF. Dentre as muitas conclusões extraídas, verifica-se que entre os anos de 2016 a 2021, as decisões proferidas pelo CAAD, sob a ótica autoral, “foram improcedentes em 21% dos casos, parcialmente procedentes em 25% e procedentes em 50%. Foi declarada a incompetência em 1% dos casos, a extinção dos pedidos em 2% e solicitado reenvio prejudicial em menos de 1%”. Paralelamente, há estudo realizado pelo próprio Centro arbitral que corrobora esta tendência³⁷¹. Embora a apuração não tenha demonstrado uma diferença tão grande quanto a avaliação anterior, entre os anos de 2019 e 2022, as decisões arbitrais foram 67% procedentes e 33% improcedentes. Ambas as constatações apenas reiteram a conduta do sujeito passivo em apenas procurar o CAAD quando as chances jurídicas forem mais favoráveis ao êxito³⁷².

Com exceção da duração do processo que beneficia a todos (não só as partes mas a sociedade em geral) realidade distinta quanto às custas é verificada junto à Administração tributária quando sucumbente. A começar pela condição permanente de requerida, há uma presunção relativa de menor probabilidade de êxito na ação fiscal arbitral. Mantendo o contexto em que o contribuinte não opta pela designação de um árbitro – o que corresponde à maioria dos casos³⁷³ – uma decisão favorável a este fará com que as custas sejam suportadas pela Administração tributária. Um valor muito superior àquele cobrado se a ação tramitasse nos Tribunais Administrativos e Fiscais. Em outros termos, o Estado, quando derrotado, está sujeito a um custo processual maior cujo ingresso lhe é imposto e a probabilidade de êxito não milita em seu favor. Uma conclusão fática que vai de encontro com a intenção original do legislador ao autorizar a criação da arbitragem tributária.

³⁶⁹ “*Moreover, arbitration may be favored when cases are following the pre-cleared path of a precedent (as significant arbitral jurisprudence has already shown), in particular to recover taxes paid based on a specific interpretation of a legal provision already considered illegal by the TJC or TACs.*” Disponível em: CÂMARA, F. de S., *Tax Arbitration Courts or Tax Judicial Courts: which to choose and what to consider?*, p. 181.

³⁷⁰ DOURADO, A. P., et al., *Tax litigation in Portugal – legal and empirical assessments*, p. 26.

³⁷¹ *Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária 2022*, p. 12. (Vide referências)

³⁷² Justamente pela potestatividade do contribuinte ao ajuizamento arbitral, não é legítimo sugerir que o CAAD seja evitado de parcialidade com uma corte com forte inclinação a prejudicar a Administração tributária. Sendo o exclusivo detentor do papel autoral, é lógico supor que o contribuinte tenha mais êxito.

³⁷³ No ano de 2022, foram apresentados 810 pedidos de constituição de tribunal arbitral junto ao CAAD. Deste montante, apenas 38 tribunais tinham designação de árbitro pelo contribuinte – 4,6%. Quer dizer, em 95,4% ações intentadas no CAAD, o ônus das custas recaiu ou recairá sobre o sucumbente. Disponível em: *Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária 2022*, pp. 8/9. (Vide referências)

Como é esperado, uma consulta aleatória às decisões recentes do CAAD, favoráveis ao contribuinte e cujos árbitros foram designados pelo próprio Centro, informa que o Estado tem suportado integralmente as custas. Para ilustrar, segue conteúdo parcial de um acórdão arbitral³⁷⁴: “Custas no montante de € 3.672,00 (três mil, seiscentos e setenta e dois euros) a cargo da requerida (cfr. Tabela I, do RCPAT e artigos 12º, n.º 2 e 22.º, n.º 4, do RJAT).” A título comparativo, se esta ação arbitral (valor da causa: € 152.960,20) tivesse tramitado nas cortes públicas, esta condenação em custas seria de 12 UC ou € 1.224,00. *In casu*, uma diferença correspondente a € 2.448,00 que atinge os cofres públicos de Portugal.

Este trabalho já demonstrou que não faltam predicados para a atividade jurisdicional desempenhada pelo CAAD. Uma inevitável economia de recursos pelo Estado português ao fragmentar a demanda litigiosa (desonerando a estrutura do Poder Judiciário³⁷⁵); celeridade na decisão cujo maior corolário é a segurança jurídica; elevada especialidade técnica das autoridades julgadores, entre outros. No entanto, a disfuncionalidade presente na imposição colocada à Administração tributária como polo passivo, e quando derrotada tem que suportar um pagamento de custas 200% superior ao previsto no RCP, acaba por macular este rol de virtudes presente na arbitragem tributária portuguesa. Com a devida vênia, o percentual identificado não é razoável em termos comparativos.

Do que foi apresentado, a normatização das custas pelo RJAT e pelo Regulamento das custas nos processos de arbitragem tributária – CAAD não parece satisfatória. À partida porque as tabelas praticadas por este e pelos Tribunais Administrativos e Fiscais têm cifras muito distintas. À duas porque não se compreende a razão do direito de escolha do árbitro pelo contribuinte representar uma diferença tão significativa de custas e o seu ônus ser totalmente suportado por aquele ainda que a decisão seja procedente. À três porque a legitimidade exclusiva do contribuinte para ajuizamento coloca a AT em posição probabilística desfavorável – sustentando financeiramente, no mais das vezes, o CAAD. À quatro, sob a ótica da necessidade vs. possibilidade, as contas do CAAD não são transparentes e amplas ao ponto de justificar o modelo de cobrança em vigor. Não é demais lembrar que as associações privadas podem, em determinadas circunstâncias, camuflar a distribuição de lucros através de *pró-labore* desconexos com funções semelhantes praticadas no mercado³⁷⁶ ou, neste caso, pelo Estado. Portanto,

³⁷⁴ Ac. do CAAD, de 28 de fevereiro de 2023, processo n.º 390/2022-T.

³⁷⁵ Tendo como parâmetro o ano de 2022, nos Tribunais Administrativos Fiscais foram ajuizadas 2.752 ações de impugnação – meio processual cujo objeto, em regra, também pode ser submetido ao CAAD; consoante planilha fornecida pelo portal eletrônico *Estatísticas da Justiça* (Vide referência). Paralelamente, no mesmo período, este Centro recebeu 810 pedidos para composição de tribunal arbitral segundo relatório já citado. Do exposto, pode-se extrair que dos 3.562 litígios fiscais, 22,75% foram absorvidos pela arbitragem.

³⁷⁶ Buscando compreender melhor as razões pelas quais o CAAD apresenta custas elevadas, interessante a matéria veiculada no portal eletrônico de notícias Expresso, em 09 de julho de 2022: MIRANDA, E. *Justiça fiscal: árbitros ganham mais do dobro dos juízes*. (Vide referências).

diante do conjunto de assimetrias apresentadas não cabe atestar a eficiência concreta do Centro em termos de custas já que favorável a apenas uma das partes cuja liberalidade é plena nesta seara.

4.3.3 – Efetividade sob a ótica da conformação decisória

Inexiste uma matriz absoluta ou uma referência contundente no que toca à produção escrita de uma decisão (sentença) arbitral. Há uma disparidade de textos, em especial quando tomado em consideração os tribunais *ah doc*. Em que pese esta generalidade, no âmbito do CAAD, o RJAT tem previsão (artigo 22.º) no sentido de estabelecer um conjunto de mínimos requisitos a serem observados por este documento. Fazendo remissão ao CPPT (artigo 123.º, primeira parte), são esperados os seguintes componentes: a identificação das partes e do objeto litigado, fundamentação, a conclusão do silogismo jurídico, entre outras exigências formais e materiais.

Com este conteúdo básico, o proferimento da sentença arbitral individual ou coletiva põe termo ao processo junto ao CAAD, superando o que se pode chamar de jurisdição de primeira instância. Aquela é o verdadeiro produto ou o resultado daquilo que Centro se propôs a fazer junto às partes – a composição do litígio através da subsunção dos fatos ao direito constituído (norma). Dizer o direito sob o manto da imparcialidade, com força vinculativa para as mesmas³⁷⁷. É esta apreciação e declaração sobre o fundo da causa que materializa a sua vocação jurisdicional.

Com efeito, identificar qualitativamente este desempenho institucional é debruçar sobre os predicados das decisões. Inúmeros critérios cumulativos ou não podem ser tratados para adjetivá-las: clareza textual, coerência, apreciação dos fatos (provas) relevantes, adequada subsunção à ordem pública³⁷⁸, grau de conformação das partes e de demais operadores do direito, congruência doutrinária e jurisprudencial, entre outros parâmetros. Não há uma hierarquia entre as virtudes contidas neste rol, uma vez que todas são esperadas em alguma medida. No entanto, centrados na ideia de efetividade – a obtenção do bem da vida (objeto mediato do pedido) pela parte triunfante – esta dissertação por opção metodológica (finalística) sustenta que dois critérios atestam bem a qualidade de uma decisão jurisdicional. O primeiro associado à conformação das partes e o outro quando, havendo recurso, a instância recursal mantém a decisão recorrida³⁷⁹.

³⁷⁷ MONTEIRO, A. P. P., *Manual de arbitragem*, p. 361.

³⁷⁸ “A arbitragem, qualquer arbitragem, está enquadrada por uma determinada ordem jurídica (...) são dotadas de um conjunto de princípios, valores e normas que caracterizam a sua essência e traduzem o estágio de desenvolvimento cultural, social e económico num determinado momento, Esse complexo denomina-se ordem pública.” Disponível em: BARROCAS, M. P., *Manual de arbitragem*, p. 449.

³⁷⁹ “(...) it is also important to note that the Court has emphasized the importance of putting mechanisms in place to ensure consistency in court practice and uniformity of the courts’ case-law. It is the Contracting States’ responsibility to organize their legal systems in such a way as to avoid the adoption of discordant judgments”. Disponível em: *On improving the quality of judicial decisions*, p. 22.

Não há dúvida de que, à luz das decisões proferidas pelo CAAD, a adoção dos índices de resignação das partes e de confirmação perante as cortes superiores³⁸⁰ vinculadas ao Poder Judiciário, quando da interposição recursal por uma ou ambas as partes, demonstra uma efetividade factual daquelas. Entretanto, ainda que a simplicidade dada ao tema possa trazer muitas discussões, a começar pelo fato de que uma decisão errada é passível de perpetuação pelas partes e entre instâncias, parte-se da premissa de que a decisão adequada é a decisão mantida; independentemente de quem tenha dado causa a esta manutenção. Passemos à análise de cada um dos parâmetros.

Quando o tribunal arbitral se pronuncia de modo a pôr termo ao litígio com resolução do mérito, a despeito de qual seja o nível de (im)procedência, e as partes quedam inertes, significa que cada uma entendeu devida a distribuição dada ao bem da vida posto em discussão à luz do direito constituído. Há um convencimento tácito de que a decisão arbitral não merece qualquer retoque formal e material³⁸¹, tendo cumprido com esmero a sua função. Há dupla conformação decisória pelo autor e réu de modo a aceitar a preclusão lógica para viabilizar o trânsito em julgado. Embora onírico na maioria dos casos, este cenário corresponde ao ápice da efetividade, atestando a qualidade de uma decisão judicial, ao resignar as partes e findar a contenda já na primeira atuação jurisdicional.

Ab initio, no âmbito do CAAD, esta realidade é mais factível devido à regra geral de irrecurribilidade da decisão proferida pelos tribunais arbitrais³⁸². Isto por si só já eleva a efetividade do Centro. Ainda assim, trazendo o tema à jurimetria³⁸³, com referência o ano de 2022³⁸⁴, alguns números merecem um tratamento especial. Constata-se que o CAAD concluiu 851 processos – 36 por arquivamento do procedimento por revogação do ato pela AT e 815 com decisão arbitral. Lado a lado, no mesmo período, o CAAD foi comunicado sobre a interposição de 245 recursos ou impugnações por uma ou ambas as partes e para um ou mais tribunais concomitantemente. Sem embargo destes recursos não pertencerem de modo exclusivo ao universo dos processos julgados no período, é crível sugerir uma correlação entre as duas informações³⁸⁵ para atestar uma razão cujo resultado é favorável. Pode-se

³⁸⁰ “Both the limited number of appeals and the number of successful appeals can be objectively ascertainable and relatively reliable quality indicators.” Disponível em: *To the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the quality of judicial decisions*.

³⁸¹“(…) it can result in a better social acceptance of the given judgement which can be one of the quality indicators of judicial reasoning (…)” Disponível em: BENCZE, M., NG, GY, *Measuring the unmeasurable?*, p. 08.

³⁸² “Esta regra não prejudica a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional, nos casos em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique uma norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada, bem como o recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando a decisão arbitral esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo.” Disponível no texto introdutório do RJAT.

³⁸³ A disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos.

³⁸⁴ *Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária 2022*, p. 20. (Vide referências)

³⁸⁵ O aspecto fático que justifica o cotejamento entre os dois números reside no curto prazo utilizado pelo CAAD para proferir decisão – 4,5 meses.

estimar que naquele ano, apenas 29% (245/851) das decisões proferidas foram objeto de recurso. Em sentido contrário, 71% dos julgados foram aceitos pelas partes de modo a extinguir a relação processual. A cada três tribunais arbitrais fiscais constituídos no CAAD, as partes assentem com a primeira decisão em dois.

Já o segundo parâmetro também trata da manutenção da decisão de piso, porém por outra razão. O tribunal *ad quem* julga improcedente a inconformidade recursal perpetrada por um ou ambos os polos da lide ao não vislumbrar a ocorrência de vício formal ou material no julgamento objetado. É uma sucessiva confirmação de que ação foi corretamente apreciada e dispensa retoque.

Malgrado exista a já mencionada regra da irrecorribilidade das decisões do CAAD, em casos excepcionais é possível suscitar a respectiva revisão junto aos TCA's, STA, TC e TJUE. Dito isto, questiona-se o quanto as decisões arbitrais foram efetivamente anuladas ou reformadas quando apreciada por estes tribunais. Neste ponto³⁸⁶, são divulgados os acórdãos, notificados ao CAAD em 2022 (considerando a data da decisão), independentemente do ano de apresentação do recurso ou impugnação junto à corte superior:

ANO DE 2022	TOTAL DE RECURSOS	IMPROCEDENTE OU INADMITIDO	IMPUGNAÇÃO OU RECURSO PROCEDENTE
TCA	130	101	29
STA	97	72	25
TC	13	12	1
TOTAL (%)	240 (100%)	185 (77%)	55 (23%)

Como se pode perceber, do universo de acórdãos proferidos pelos tribunais superiores lusitanos³⁸⁷, em 2022, 77% manteve a decisão proferida pelo Centro arbitral. Este percentual elevado é um ótimo indicador de que os árbitros estão decidindo na maioria dos casos conforme o entendimento firmado pelo Poder Judiciário português. Uma descoberta que aos olhos do contribuinte e da Autoridade tributária serve para inibir a propositura de recursos.

Restou claro com a opção metodológica considerada que uma análise exclusiva dos dados fornecidos pelo CAAD atesta a efetividade das decisões proferidas. A amostra coletada confirma que, na grande maioria dos casos, as decisões arbitrais fiscais são aptas à imediata produção de efeito.

³⁸⁶ *Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária 2022*, p. 30. (Vide referências)

³⁸⁷ Não foi possível coletar os dados referentes ao reenvio prejudicial junto ao TJUE.

Os percentuais de conformação das partes perante a decisão arbitral e de improcedência/inadmissão recursal falam por si só. Todavia, há uma demasiada dificuldade em construir o mesmo raciocínio perante a atuação dos Tribunais Administrativos e Fiscais e cortes superiores. A uma, porque o portal eletrônico Estatísticas da Justiça³⁸⁸ não fornece números associados a ambas as variáveis. A duas, porque enquanto no CAAD os prazos são mensurados em meses – podendo ser combinados no mesmo ano civil; na Justiça Fiscal portuguesa os prazos são mensurados em anos – um lapso temporal extenso que impossibilita a referida associação de dados acaso disponíveis. Isto posto, traçar uma representação comparativa com a Justiça pública restou bastante prejudicada.

Há uma pretensão acadêmica no sentido de mensurar a eficiência do CAAD e do Poder Judiciário português no âmbito fiscal. Para tanto, buscou-se amparo em três variáveis: tempo, custo e efetividade da decisão para ambos os polos. Na medida em que as decisões são mais céleres no CAAD, também são mais onerosas. Já a efetividade do Centro arbitral, enquanto conformação/manutenção da decisão, é fato manifesto. Por outro lado, não parece razoável vislumbrar igual resultado na jurisdição pública ao já se verificar uma elevada taxa de processos pendentes nos tribunais centrais administrativos e instâncias superiores: 34.788 (2022), 38.090 (2021) e 40.106 (2020)³⁸⁹.

³⁸⁸ <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt>.

³⁸⁹ *Ibidem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição fiscal portuguesa, cujo protagonismo é conferido ao Estado-juiz, está aquém das pretensões almejadas pelo contribuinte e Administração tributária na atualidade. As razões são as mais diversas e passam do campo político ao procedimental e organizativo. Uma confluência de fatores que pode ser interpretada como elevados custos de transação à luz do pensamento econômico. Neste contexto, ambas as partes interessadas buscam outras alternativas para a solução das controvérsias fiscais que apresentem custos menores. Nesta oportunidade, a arbitragem ganha força por representar ganhos de eficiência embora não deva ser vista como unanimidade.

De partida, forçoso sustentar que o conceito de eficiência está contido em qualquer relação de causa e efeito para apontar um nível de otimização. Este predicado é válido inclusive ao contratualismo presente na Teoria Geral do Estado. Com mais evidência para as funções administrativa e jurisdicional. Por gozar de elevada carga abstrata, a sua compreensão na dicção do direito passa pela análise filosófica e econômica.

A primeira confunde-se com a tradução etimológica por trazer a causalidade na essência. A exigência de um resultado mínimo para que a eficiência seja aventada. Isto pode-se dar pelo reconhecimento da autoria do resultado pretendido (Aristóteles) ou pelo produto (acidente) da interação entre o agente ‘causador’ e o paciente ‘recebedor’ (Hobbes). Quanto ao enfoque econômico, a eficiência é bem representada pela FPP – o aproveitamento dos insumos para garantir a maior produção factível de bens e serviços. A supressão do desperdício. O estado em que não é viável melhorar o bem-estar (utilidade) de um sem piorar o de outrem (Pareto-Eficiente).

Isto posto, é razoável afirmar que a eficiência da norma jurídica (direito material) observa uma lógica mais filosófica, enquanto a eficiência processual envereda mais para a perspectiva econômica. Dito de outra forma, o conteúdo da norma, no contexto social em que está inserida, precisa em algum grau motivar os destinatários ao cumprimento, ou, na face oposta, impingir o Estado a responder eventual afronta – a relação de causa e efeito (pretendido) é inafastável. De outra banda, na seara processual, as partes almejam a resolução do conflito de modo a dispor do menor sacrifício possível. Este pode ser identificado a partir de um rol (irrestrito) de três variáveis. Uma demanda de duração razoável. Um custo financeiro às partes mínimo ou compatível com o montante estritamente necessário para fazer frente as despesas de funcionamento do órgão julgador. E a efetividade ou concretização do direito material perfectibilizada através da decisão com elevado grau de conformação dos litigantes – reduzido índice de insurgência recursal.

Construído este embasamento teórico em torno da eficiência, parte-se para inseri-la no âmbito da realização da Justiça fiscal. Cedições de que o tributo é o componente mais importante das

receitas públicas derivadas, existe um dever fundamental de adimpli-lo na medida em que há uma cominação legal de cobrá-lo para satisfazer um extenso catálogo de direitos e garantias de igual *status*. Cuida-se de um arranjo dinâmico e correlativo do Poder Público e a economia, agindo a tributação como o “fidel da balança”, devendo os excessos serem evitados. A oneração estatal precisa ser legítima, justa e razoável ao contribuinte. Do contrário haverá insurgência por um dos sujeitos ativo ou passivo da relação fiscal e posterior ingresso a um órgão jurisdicional.

Por mais que o direito material orientador das relações fiscais busque a clareza e completude necessária para orientar as partes, a eclosão de inconformidade é inevitável. Sempre haverá atritos: à (in)compreensão das normas e princípios, a prova quanto a ocorrência ou não de fatos. E como não poderia deixar de ser, os contendores, para além da solução (des) favorável, têm um interesse em comum: a eficiência para o respectivo veredito. Neste ponto, é transplantar aquele trio de corolários ao processo tributário de maneira a consolidar a Justiça Fiscal. Para ilustrar, esta preocupação no ordenamento jurídico português é externalizada no artigo 96º, do CPPT, artigo 97º, da LGT. Tudo para que o termo da litigância otimize a alocação do orçamento estatal e a consequente efetivação de políticas públicas ou a preservação do patrimônio privado do contribuinte.

Não se verificando este cenário perante os órgãos da jurisdição estatal – um processo tributário deficiente – a Análise Econômica do Direito, mais especificamente os custos de transação, auxilia na compreensão comportamental dos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária. A busca por outras opções de jurisdição. Nas lições de Ronald Coase, a otimização do bem-estar pode ser alcançada pelos próprios agentes econômicos desde que a propriedade seja bem demarcada (identidade e conteúdo) e haja um ambiente favorável à autocomposição. Este contexto permite ao agente sopesar entre a absorção da atividade econômica ou a sua contratação junto ao mercado – prevalecerá a que detiver menores custos de transação – fatos minimamente relevantes, sob o ponto de vista econômico, que se comunicam com as partes (isolada ou conjuntamente) antes, durante e/ou após um eventual acordo para transferência de direitos.

Agora, valendo-se desta lupa econômica surge um novo olhar sobre a relação jurídico-fiscal entre os demandantes em termos processuais. Novos arquétipos são construídos: o Estado-Arrecadação e o Estado-Juiz não se confundem e têm interesses distintos; aquele e os contribuintes amoldam-se à qualidade de agentes econômicos – movidos pela racionalidade e maximizadores de suas utilidades; o “bem-estar” de ambos transcende a (im)procedência e alcança o deslinde definitivo da demanda; o direito fiscal material tem a completude necessária para subsumir qualquer fato jurídico aos seus ditames (enquadramento da propriedade); e os custos de transação necessários para consubstanciar a Justiça Fiscal, confunde-se sobremaneira com a eficiência pelo viés econômico. Um novo enfoque apto a justificar o fenômeno das *Alternative Dispute Resolutions* – ADRs

em matéria tributária: contribuintes e Estado-Arrecadação, enquanto partes racionais e livres, na busca pela otimização do “bem-estar” (Justiça fiscal), somente recorrerão ao Poder Judiciário (“mercado”) se esta providência apresentar custos de transação mais baixos. Quando não, a preferência será por internalizar a solução da lide (autocomposição – ex. transação) ou aceder um “mercado” alternativo (heterocomposição – ex. arbitragem). A escolha uníssona dos litigantes bebe da fonte coaseana.

A explicação econômica proposta auxilia no porquê do abrandamento do papel do Estado na função jurisdicional e o consequente surgimento de meios alternativos de pacificação fiscal. Na presença da voluntariedade das partes, da chancela do Estado enquanto legitimador oficial e da força cogente das soluções criadas, a doutrina vislumbra, em geral, dois gêneros ao *multi-door courthouse*. A autocomposição e a heterocomposição com as suas infindáveis espécies.

A primeira guarda como principal característica a bilateralidade para a construção do desfecho jurídico adequado – a atuação das próprias partes. Uma espécie de negociação aberta e objetiva. Há nítida presença de comportamentos parcialmente associados à troca, submissão, desistência, condicionamentos, restrições mínimas. Alguns pontos da lide objetos de renúncia e outros irretocáveis. Em regra, as partes inovam na solução do litígio através do meio-termo já que o consenso é palavra de ordem.

Para bem ilustrar este gênero dentro da fiscalidade, cite-se a transação tributária em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. A despeito do princípio da legalidade imprimir limitações à liberdade negociativa das partes (em especial, o Estado-Arrecadação), esta não é de todo mitigada. Em um cenário de mutuas renúncias, a Advocacia Pública Federal e contribuintes transacionam para se aproximarem da Justiça Fiscal. Quer dizer, buscar a satisfação de créditos fiscais certos, válidos e exigíveis.

O modelo está inserido na Lei n. 13.988/2020 ao instrumentalizar a transação como modalidade de quitação créditos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação já inscritos em dívida ativa da União. A materialização ocorre no plano fático, não recaindo diretamente sobre o plano do Direito. Descontos ou abatimentos, dilação de prazo para quitação, fracionamento do montante devido, renúncias a direitos colaterais e/ou ofertas de garantias estão entre as estratégias construídas pelos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária – sempre dentro de um universo de possibilidades estabelecidas pelo legislador. Em nome da recuperabilidade e regularidade fiscais do Estado-Arrecadação e do contribuinte respectivamente, torna-se mais conveniente (eficiente) a construção conjunta da uma resolução à margem do Poder Judiciário. É uma racionalidade puramente econômica em que a Justiça Fiscal adquire força quando as partes intentam a delimitar os direitos de propriedade (a quem pertence o tributo) e a redução dos custos de transação (leia-se, aqui, negociação).

Em paralelo, a heterocomposição, como a expressão sugere, tem a obrigatória presença de um terceiro imparcial. Diferentemente do quadro anterior, aqui, a decisão destinada a findar o conflito jurídico pode ou não ter a participação direta das partes. A espécie de maior relevo e foco deste trabalho é a arbitragem. Remontando um período que antecede a própria formação do Estado contemporâneo, consagra a imparcialidade como princípio basilar, já que as partes confiam a decisão em um terceiro equidistante.

Conceitualmente a arbitragem pode ser definida como um negócio jurídico em que os litigantes, voluntariamente e no limite dos interesses lançados, outorgam poderes para que árbitros possam dirimir o conflito apresentado, com atuação independente e imparcial para proferir decisão com força jurisdicional. O destaque na eficiência tem guarida no fato da arbitragem não demandar uma estrutura física e pessoal complexa para funcionamento; formular ou construir junto aos litigantes rito procedimental demasiado simples para superar a lide; maior liberdade das partes traduzido no menor rigor formal em termos de comunicação mútua e com o árbitro ou produção de provas; amplitude quanto às fontes de direito utilizadas como base argumentativa; e produção de decisões com igual força executória junto às partes se comparadas àquelas proferidas por um juiz togado. Um conjunto de peculiaridades com diferenças, quase que opostas, ao Poder Judiciário com impacto direto na tríade: duração, custo e efetividade. Voltando-se ao olhar econômico na fiscalidade, não se trata de uma internalização da demanda jurídica pelas próprias partes para alcançar a justa tributação como se dá na transação brasileira. *In casu*, é como se o Estado-Arrecadação e o contribuinte buscassem a solução em um “mercado paralelo” com custos de transação mais reduzidos. A este respeito, Portugal tem um excelente objeto de estudo: Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD.

Ao longo desta dissertação, houve uma tentativa de melhor refletir sobre a crise da jurisdição estatal em uma perspectiva mais ampla e atual. Este tema foi por vezes delimitado para destacar a fragilidade do Estado português no enfrentamento de demandas fiscais. Em um contexto processual de deficiência generalizada, viu-se a necessidade de criação de outra via apta a pacificar o Estado-Arrecadação e contribuinte. Eis que surge o CAAD – uma instituição híbrida (público-privada) ou *sui generis* – na medida em que adentra em um ramo típico de direito público.

Se por um lado, o CAAD tem natureza jurídica de associação privada sem fins lucrativos, por outro, cuida-se de uma entidade instituída pelo próprio Estado. Pelas vias autorizativa e delegação de funções públicas, nota-se a contradição quanto ao cariz voluntário da arbitragem para o caso de instituição pelas partes. Tanto é que o ato administrativo autorizador da criação e funcionamento do Centro podem ser cassados pelos Poder Público. Ademais, aspectos associados às delimitações de matérias fiscais aptas ao julgamento arbitral; restrições quanto ao valor da causa demandada; voluntariedade de ingresso exclusiva do contribuinte, ostentando sempre a titularidade autoral;

funcionamento sob o esteio do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, realizando inclusive a nomeação do presidente do Conselho Deontológico do CAAD; estabelecimento de requisitos para ingressar na função de árbitro; funcionamento exclusivamente institucional, sendo vedada a modalidade *ah doc*; delimitação do direito aplicado; trazem esta clareza de que o CAAD transita em um universo ímpar: não é a arbitragem na sua essência, bem como não é a jurisdição estatal. Com efeito, a afirmação de que Portugal autoriza a “arbitragem” em matéria tributária gera aparente surpresa, mas, em verdade, o instituto sofre elevada ingerência estatal.

Ainda assim, como entidade substituidora do juízo de piso dos Tribunais Administrativos e Fiscais portugueses, o CAAD traz avanços ao conceder maior liberdade às partes no curso do litígio, tornar pública as decisões proferidas e elevar o grau de especialidade dos árbitros para permitir que decisões mais robustas sejam proferidas. No entanto, à luz dos parâmetros de eficiência (custos de transação) estabelecidos por esta dissertação, o CAAD não detém unanimidade.

Com *status* constitucional (item 4, do artigo 20.º), o primeiro refere-se à “decisão em prazo razoável” ou duração do processo. Preocupação manifestada sobre o tema está contido no texto introdutório do RJAT ao estabelecer como um dos objetivos da arbitragem tributária: imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios. E a previsão normativa não se afasta do mundo fático. Pois este mesmo texto impõe um limite temporal de seis meses para emitir a decisão arbitral, com uma possibilidade de prorrogação nunca superior a igual período; e publicações recentes do Centro apontam uma duração média de 4,5 meses para cumprir sua missão institucional. Em contrapartida, as cortes públicas de 1ª instância demandam aproximadamente 47 meses para proferir sentenças – um prazo mais de dez vezes superior àquele. A celeridade do CAAD é predicado insofismável perante o Poder Judiciário.

O próximo parâmetro de eficiência corresponde ao custo financeiro impingido às partes para promoção da justiça. É sabido que a atividade jurisdicional como um todo carece de recursos financeiros para operar e, por esta razão, deve ser especialmente suportada por seus usuários através de taxas. No âmbito do CAAD, por se tratar de uma arbitragem institucionalizada, os custos de administração e os custos processuais propriamente ditos são suportados através da taxa de arbitragem contida em regulamento específico e cuja base de cálculo é o valor da causa. Isto pode sofrer alteração para a hipótese do contribuinte escolher ou não um dos árbitros do órgão colegiado julgador. Seja como for, o custo do CAAD aos litigantes é muito superior àquele exigido pelo Judiciário. Resgatando o exemplo: uma ação fiscal cujo valor questionado corresponda a 70.000,00 euros. Se a discussão for travada no âmbito do CAAD, o sujeito passivo sujeitar-se-á a duas custas possíveis: 2.448,00 euros (árbitros escolhidos pelo Centro) ou 12.000,00 (um dos árbitros escolhido por ele). Todavia, acaso o mesmo litígio tramitasse na Justiça estatal necessário seria observar a Tabela I do RCP. O desembolso

estaria na ordem de 8 UC (unidades de conta); equivalente a 816,00 (102,00390 x 8) euros. Comparando a primeira e última situações, o juiz togado é três vezes mais econômico.

E não bastasse a diferença por si só, as custas do CAAD impactam sobremaneira o Estado-Arrecadação. A inauguração de um tribunal arbitral no CAAD é um direito potestativo do contribuinte. Sabedor de que o direito constituído é a única fonte de julgamento e das decisões publicadas, há um efetivo domínio sobre onde propor a demanda fiscal. Se ambas as variáveis apontarem para maior probabilidade do CAAD proferir uma decisão favorável, o contribuinte o escolherá imediatamente – decisão mais célere e cobrança de custas revertidas ao Estado-Arrecadação pelo princípio da sucumbência (presumindo a não escolha de árbitro). Esta potestade do contribuinte acaba por esclarecer o porquê das decisões proferidas pelo CAAD serem “naturalmente” mais favoráveis a eles; revertendo elevado ônus financeiro ao orçamento público. Em outros termos, o Estado, quando derrotado, está sujeito a um custo processual maior cujo ingresso lhe é imposto e a probabilidade de êxito não milita em seu favor. Para esta variável, a imposição sobre a qual se sujeita o Estado-Arrecadação enquanto réu acaba por desprestigiar parcialmente o CAAD em termos de eficiência e quebra de isonomia.

Por último, cita-se a efetividade da decisão sob a ótica da conformação. Este dado pode ser obtido através da análise de duas circunstâncias fáticas: resignação das partes perante a decisão proferida; e havendo irresignação única ou dual, a decisão ser mantida pelas cortes superiores vinculadas ao Poder Judiciário. Isto porque parte-se da premissa que a decisão jurisdicional adequada é a decisão mantida. No CAAD, mesmo com a regra de irrecorribilidade da decisão proferida que por si só já eleva a efetividade, tem se destacado positivamente. Com dados colhidos em 2022, é possível afirmar que apenas 29% das decisões foram objeto de recurso – um índice elevado de conformação das partes. E deste percentual apenas 23% foram reformadas pelo Poder Judiciário. Os números apontam que, na grande maioria dos casos, as decisões arbitrais fiscais são aptas à imediata produção de efeitos com reduzida chance de irresignação ou reforma. Outrossim, embora não tenha sido possível realizar semelhante cálculo junto às sentenças proferidas pelos juízos togados, por ausência de dados, os elevados números de processos pendentes de julgamento nas cortes fiscais superiores não parecem sugerir uma realidade semelhante ao CAAD.

Estabelecida a querela fiscal, contribuinte e Estado-Arrecadação têm um interesse comum que transcende o interesse mediato. Cuida-se do interesse imediato ou a apresentação de um desfecho legítimo apto a formar a pacificação tributária. Buscar uma jurisdição é tão inevitável quanto deva ser a mais eficiente possível, considerando que ambos os litigantes agem pautados pela

³⁹⁰ A lei do Orçamento do Estado previsto para 2023 manteve o valor da UC em 102,00 euros.

racionalidade (*homo economicus*). É afastada qualquer preferência de ordem subjetiva (romantismo) e a escolha entre a autocomposição (ex. transação brasileira), a heterocomposição não-estatal (ex. arbitragem portuguesa) e o Poder Judiciário precisa observar fundamentalmente os custos de transação. Sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária colocarão termo à lide onde os custos de transação são mais baixos. O que pode ser traduzido na otimização da eficiência cujos parâmetros podem ser bem representados por: duração do processo, custo financeiro e efetividade da decisão. Disto isto, trazendo a realidade portuguesa, uma comparação entre o Poder Judiciário e o CAAD não aponta para uma eficiência unânime. Este perde em termos de custo, enquanto aquele fracassa na duração do processo e na efetividade da decisão.

Nesta “disputa” entre jurisdições fiscais portuguesas, as partes, o CAAD e o Poder Judiciários serão cada vez mais atrativos na medida em que reduzirem seus custos de transação.

REFERÊNCIAS

Bibliográficas:

ABENDROTH, W., et al., *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ADOLFO, L. G. S., *Globalização e estado contemporâneo*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

ALMEIDA, C. F., ‘Sentença arbitral: preparação e conteúdo’. In: *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Coimbra: Almedina, 2008, pp: 81 – 95.

ALMEIDA, A. C., *A cabeça do brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, F. M. L. F. de, *Direito processual civil*, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2010.

ALMEIDA, J. A., *Processo arbitral*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALONSO, P. A., *Proceso y derecho procesal (introduccion)*, 2ª ed., Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997.

AMARAL, G. L. do, et al., *Estudo sobre a sonegação fiscal das empresas brasileiras*, Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, Curitiba, publicado em 03 dez. 2020. Disponível em: <https://ibpt.com.br/estudo-autos-de-infracao-e-sonegacao-fiscal/> (consultado em 19/02/2023).

AMARAL, G. L. do, et al., *Quantidade de normas editadas no Brasil: 31 anos da Constituição Federal de 1988*, Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, Curitiba, publicado em 03 dez. 2020. Disponível em: <https://ibpt.com.br/estudo-autos-de-infracao-e-sonegacao-fiscal/> (consultado em 19/02/2023).

AMORIM, F., ‘Juízes questionam crise na Justiça e pedem reformas ao Governo’. In: *Agência Lusa – Portal Observador*, 08 jan. 2023. Disponível em: <https://observador.pt/2023/01/08/juizes-questionam-crise-na-justica-e-pedem-reformas-ao-governo/> (consultado em: 16/05/2023).

ARAÚJO, F., *Introdução à Economia*, vol. 01, 4ª ed., Lisboa: AAFDL, 2021.

ARAÚJO, F., *Teoria económica do contrato*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2007.

ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad.: Tomás Calvo Martínez, Madrid: Gredos, 1994.

ARISTÓTELES, *Política*, 2ª ed., trad.: António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, Lisboa: Nova Veja Lda., 2016.

ASCENÇÃO, J. O., *O direito – introdução e teoria geral*, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

- BACKHAUS, J. G., *The Elgar companion to law and economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 1999.
- BALEEIRO, A., *Direito tributário brasileiro*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BARROCA, M. P., *Manual de arbitragem*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2013.
- BASTOS, C. R., *Curso de direito financeiro e tributário*, 9ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BENTHAM, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, 1ª ed., London: The Athlone Press, 1970.
- BENCZE, M., NG, GY, ‘Measuring the unmeasurable?’ In: *How to measure the quality of judicial reasoning?* Editors: Mátyas Bencze, Gar Yein Ng. Switzerland: Springer, Nature, 2018, pp. 1 – 24. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-97316-6> (consultado em 31/10/2023).
- BERALDO, L. F., *Curso de arbitragem – nos termos da Lei n.º 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2014.
- BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., *Dicionário de política*, vol. 02, 12ª ed., trad. Carmen C. Varriale *et al.*, Brasília: Editora UNB, 2004.
- BOBBIO, N., *Estado, governo, sociedade – para uma teoria geral da política*, 7ª ed., trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 1999.
- BOBBIO, N., *Teoria do ordenamento jurídico*, 4ª ed., trad. Maria Celeste C. L. dos Santos, Brasília: Editora Universidade de Brasília – Edunb, 1994.
- BOBBIO, N. *Teoria general del derecho*, 2ª ed., trad. Eduardo Roza Acunã, Madrid: Editorial Debate S.A., 1993.
- CALIENDO, P., *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CAMARA, F. S., ‘Arbitration as a means of resolving tax disputes’. In: *IBDF European Taxation Journal*, nov./2014, pp. 491 – 505. Disponível em: https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Outras_Publicacoes/2014/Portugal_-_Arbitration_as_a_Means_of_Resolving_Tax_Disputes_European_Taxation.pdf (consultado em 28/06/2023).
- CÂMARA, F. S., ‘Tax Arbitration Courts or Tax Judicial Courts: which to choose and what to consider?’ In: *The Portuguese tax arbitration regime*. Coord.: Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 147 – 182.
- CAMPOS, D. L., *et al.*, *Lei geral tributária: comentada e anotada*, 3ª ed., Lisboa: Vislis, 2003.

CÁNEPA, E. M., ‘Economia da poluição’. In: *Economia do meio ambiente: teoria e prática*. Coord.: Peter H. May. 2ª ed., Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010.

CANOTILHO, J. J. G., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARMO, A. R., *Distinção das funções do Estado*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1914.

CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, tomo I, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936.

CARSON, N., TSIGARIS, P., ‘Illustrating environmental issues by using the production-possibility frontier: A classroom experiment’. In: *The Journal of Economic Education*, vol. 42, No. 3, July-September 2011, pp. 243 – 254. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23049280> (consultado em 09/02/2023).

CARVALHO, J. M., ‘A consagração legal da mediação em Portugal.’ In: *Julgar*, n.º 15, Coimbra Editora, 2015, pp. 271 – 290. Disponível em: <https://julgar.pt/a-consagracao-legal-da-mediacao-em-portugal/> (consultado em 30/05/2023).

CASALTA, N., *O dever fundamental de pagar impostos*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CASILLAS, J. M., *Los poderes del Estado*, Madrid: Editorial Reus S.A., 1926.

CICCO, C.; GONZAGA, A. A., *Teoria geral do Estado e ciência política*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CHINA, S., *L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*, Milano: Giuffrè Editore, 1999.

CHINER, M. J. M., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona: Atelier, 2001.

CLAY, T., *L'arbitre*, Paris: Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001.

COASE, R. H., ‘O problema do custo social’. Trad.: Francisco K. F. Alves e Renato V. Caovilla. In: *The journal of law and economics*, Vol. 03 (Out.,1960), pp. 01–44. Disponível em: <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf> (consultado em 26/01/2023).

COASE, R. H., ‘The nature of the firm’. In: *Economica*, New Series, Vol. 04, No. 16 (Nov., 1937), pp. 386–405. Disponível: <https://law.uchicago.edu/files/file/coase-nature.pdf> (consultado em 25/01/2023).

COÊLHO, S. C. N., *Curso de direito tributário brasileiro*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

COIMBRA, J. D., ‘O recurso à equidade nas arbitragens de Direito Administrativo’. In: *Arbitragem e direito público*, coord.: Carla Amado Gomes, et al., Lisboa: AAFDL, 2015, pp. 133 – 193.

COLANDER, D. C., *Microeconomics*, 2ª ed., Chicago: Irwin, 1995.

COMOGLIO, L. P., *Il principio di economia processuale*, tomo I, Padova: CEDAM, 1980.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI, *Retratos da Sociedade Brasileira*, Ano 10, n. 55 (março 2021) – Brasília, 2021.

CORDEIRO, A. M., *Tratado da arbitragem – comentários à Lei 63/2011*, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015.

COSSIO, C., *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1947.

COSTA, Salvador da, *As Custas Processuais – Análise e Comentário*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018.

COUTINHO, C. P., *Metodologia de investigação em ciências sociais e humanas: teoria e prática*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.

Dicionário da língua portuguesa contemporânea, 1ª ed., Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial, 2001.

Dicionário de Latim – Português, 2ª ed., Porto: Porto Editora, 2000.

Dicionário de Português – Latim, 2ª ed., Porto: Porto Editora, 2000.

DIREITO, C. A. M., ‘A decisão judicial’. In: *Revista de Direito da Responsabilidade – RDR*, n.º 15, Set./Dez., Lisboa: 1999.

DOURADO, A. P. *Direito fiscal – lições*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2020.

DOURADO, A. P., “Impugnação judicial. O princípio do ‘solvet et repete’”. In: *Fisco*, n.º 16, ano 2, janeiro, Lisboa: 1989.

DOURADO, A. P., et al., *Tax litigation in Portugal – legal and empirical assessments – resultados sobre a litigância fiscal no CAAD – decisões arbitrais publicadas de 2016 a 2021*, CIDEEFF – Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal, Lisboa: (fevereiro) 2023. Disponível em: https://www.cideeff.pt/xms/files/e-book_5_RelatorioLitiganciaFiscal_CAAD_2016-2021_CIDEEFF_27-02-2022.pdf (consultado em 29/08/2023).

DUARTE, F. L., *Direito tributário – teoria e prática*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

EATWELL, J., MILGATE, M., NEWMAN, P., *The New Palgrave: A dictionary of Economics*, vol. III, London: The Macmillan Press Limited, 1987.

FARIA, J. E.; KUNTZ, R., *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*, São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

FERRAZ, L., *et al.*, *Curso de direito financeiro e tributário*, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum Ltda., 2017.

FIGUEIRAS, C. S. M., *Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo?*, Braga: Faculdade de Direito da Universidade do Minho, 2011. 225 páginas. Dissertação de mestrado. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/19318/1/CI%20C3%A1udia%20Sofia%20Melo%20Figueiras.pdf> (consultado em 04/07/2023).

FONTES, J. *Teoria geral do Estado e do Direito*, 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

FRADA, M. C. da, ‘O conceito da dignidade da pessoa humana – um mapa de navegação para o jurista. In: *Catolica Law Review*, vol. IV, n.º 2, maio de 2020, pp. 139 – 172. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/9323/9398> (consultado em 15/03/2023).

FRANCO, A. L. de S., *Finanças públicas e direito financeiro*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1988.

FREIMANE, N., *Arbitrability: problematic issues of the legal term*, Letônia: Riga Graduate School of Law, 2012. 68 páginas. Dissertação de mestrado. Disponível em: <https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/arbitrability-problematic-issues.pdf> (consultado em 07/06/2023).

FREIRE, M. P. R. V., *Eficiência económica e restrições verticais – os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*, 1ª ed., Lisboa: AAFDL, 2008.

FREITAS, J. L. de, *Introdução ao Processo Civil*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GAROUPA, N., *O governo da justiça*, Lisboa: Fundação Francisco Xavier Manuel dos Santos, 2011.

GENNARI, A. M., OLIVEIRA, R. de, *História do pensamento econômico*, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GERALDES, A. S. A., *et al.*, *Código de processo civil anotado*, vol. 01, Coimbra: Almedina, 2018.

GONÇALVES FILHO, J. G., *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. 455 páginas. Tese de

doutoramento. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-085839/es.php> (consultado em 04/04/2023)

GOUVEIA, M. F., *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.

HAERSOLTE-VAN HOF, J.V., HOLLAND, R., ‘What makes for effective arbitration?: A case study of the London Court of International Arbitration Rules’. In: *International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution: AIIB Yearbook of International Law 2019*, ed. Peter Quayle e Xuan Gao, 2, Brill, 2019, pp. 28 – 39. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctvrk3sj.5> (consultado em 26/10/2023).

HARDWICK, P., *et al.*, *An introduction to modern economics*, 5ª ed., Harlow: Pearson Education Limited, 1999.

HEATHER, K., *Understanding economics*, 3ª ed., Harlow: Pearson Education Limited, 2000.

HELLER, H., *Teoria del Estado*, 1ª ed., trad.: Luis Tobío, Pánuco: Fondo de Cultura Economica, 1942.

HENRIQUES, A., ‘Tribunais portugueses cobram taxas de justiça muito superiores à média europeia.’ In: *Público*, 22 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/10/22/sociedade/noticia/tribunais-portugueses-cobram-taxas-justica-superiores-media-europeia-1936293> (consultado em 27/04/2023).

HESS, B., JAUERNIG, O., *Manual de derecho procesal civil*, trad.: Eduard Roig Molés, 30ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2015.

HIMMELFARB, G., ‘Bentham’s utopia: the national charity company’. In: *Journal of British Studies*, Nov., 1970, vol. 10, No. 1, pp. 80-125. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/175229> (consultado em 13/02/2023).

HOBBS, T., ‘Elements of philosophy’. In: *The collected works of Thomas Hobbes*. Collected and edited by Sir William Molesworth, vol. 01, London: Routledge Thoemmes Press, 1992. Disponível em: https://homepages.uc.edu/~martinj/Spinoza_&_Hobbes/English/Hobbes%20-%20De%20Corpore%20-%20English.pdf (consultado em 08/02/2023).

HOLBROOK, J. R., ‘Introduction to mediation’. In: *Handbook on mediation*, Editors: CARBONNEAU, T. E., JAEGGI, J. A., New York: Jurisnet, LLC, 2006, p. 1- 16.

HUGHES, S. H., ‘Facilitative mediation or evaluative mediation: may your choice be a wise one.’ In: *The Alabama Lawyer*, n.º 246, julho de 1998, pp. 246 – 249. Disponível em: https://digitalrepository.unm.edu/law_facultyscholarship/462/ (consultado em 30/05/2023).

HULSWIT, M., ‘A short history of ‘causation’’. In: *From Cause to Causation. A Peircean Perspective*, 1ª ed., Dordreche: Kluwer Publishers, 2002, Disponível em: http://see.library.utoronto.ca/SEED/Vol4-3/Hulswit.htm#_edn1 (consultado em 20/02/2023).

JASPER, K., *Iniciação filosófica*, 9ª ed., trad.: Manuela Pinto dos Santos, Lisboa: Guimarães Editores Lda., 1998.

JARROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

KELSEN, H., *Teoria geral das normas*, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, H. *Teoria geral do Estado*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1938.

KESSLER, G., FINKELSTEIN, L. J., 'The evolution of multi-door courthouse'. In: *Catholic University Law Review*, vol. 37, Issue 3, article 2, Spring, 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1897&context=lawreview> (consultado em: 23/05/2023).

KUHN, H., *El Estado – una exposición filosofica*, trad. Juan Gil Cremades, Madrid: Ediciones Rialp S.A., 1979.

LALANDE, A., *Vocabulaire, technique et critique de la philosophie*, 9ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1962.

LARENZ, K., *Derecho civil – parte general*, trad. Miguel Izquierdo e Mácias-Picavea, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LEIJENHORST, C., 'Hobbes's theory of causality and its Aristotelian background'. In: *The Monist*, vol. 79, No. 3, Causality Before Hume (JULY 1996), pp. 426-447. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27903492> (consultado em 09/02/2023).

LOBOS, N. V., PEREIRA, T. C., 'The special nature of tax arbitration courts'. *The Portuguese tax arbitration regime*. Coord.: Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 49 – 83.

MACHADO SEGUNDO, H. de B., *Processo tributário*, 6ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

MACHETE, R. C., 'O alargamento do âmbito das matérias sujeitas à arbitragem administrativa no direito português'. In: *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*. Coordenador: António Vieira da Silva, Coimbra: Almedina, 2013.

MALLOY, R. P., *Law and market economy – reinterpreting the values of law and economics*, 1ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MANCUSO, R. C., *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, L. G., *et al.*, *Curso de processo civil*, vol. 02, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, L. G., *et al.*, *Curso de processo civil*, vol. 01, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, A., ‘A arbitragem em matéria tributária: enquadramento e traços essenciais do regime do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro’. In: *Arbitragem e direito público*, coord.: Carla Amado Gomes, *et al.*, Lisboa: AAFDL, 2015.

MARTINS, J. A., ALVES, J. C., *Procedimento e processo tributário – uma perspectiva prática*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.

MARTINS, M. G., ‘Poder Judiciário em números e o impasse das execuções fiscais no país’. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 14, vol. 21, n. 01, Rio de Janeiro, janeiro a abril de 2020, pp. 252-274.

MELO FILHO, J. A., *Racionalidade legislativa do processo tributário*, Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

MILL, J. S., ‘Principles of political economy I’. In: *Collected works of John Stuart Mill*, v. II, Toronto: University of Toronto Press, 1965. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/mill-the-collected-works-of-john-stuart-mill-volume-ii-the-principles-of-political-economy-i> (consultado em 14/02/2023).

MILL, J. S., ‘Principles of political economy II’. In: *Collected works of John Stuart Mill*, v. III, Toronto: University of Toronto Press, 1965. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/243/0223.03_Bk.pdf (consultado em 14/02/2023).

MILL, J. S., *Principles of political economy with some of their applications to social philosophy* (abridged edition), Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc., 2004. Disponível em: http://www.untag-smd.ac.id/files/Perpustakaan_Digital_2/POLITICAL%20ECONOMY%20John%20Stuart%20Mill%20principles%20of%20political%20economy%20with%20applications%20to%20social%20p.pdf (consultado em 20/02/2023).

MIRANDA, E., ‘Justiça Fiscal: árbitros ganham mais do dobro dos juizes’. In: *Jornal Expresso*, Economia, 9 de julho de 2022. Disponível em: <https://expresso.pt/economia/2022-07-09-Justica-fiscal-arbitros-ganham-mais-do-dobro-dos-juizes-b296bbdc> (consultado em 27/10/2023).

MIRANDA, J., *Funções, órgãos e actos do Estado*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1986.

MIRANDA, J., *Manual de direito constitucional*, vol. III, tomo V, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA, J., MEDEIROS, R., *Constituição portuguesa anotada*, Tomo II, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MIRON, J. A., ZWIEBEL, J. 'Alcohol consumption during Prohibition'. In: *NBER working papers series*, n. 3.675, Cambridge: National Bureau of Economic Research, abril de 1991. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w3675/w3675.pdf (consultado em 16/03/2023).

MNOOKIN, R. H., 'Alternative dispute resolution'. In: *Discussion paper*, n.º 232, Massachusetts: Harvard Law School, 1998. Disponível em: http://140.247.200.140/programs/olin_center/papers/pdf/232.pdf (consultado em 25 de maio de 2023).

MONTEIRO, A. P. P., *et al.*, *Manual de arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.

MORAIS, C. B. de, *Curso de Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAIS, J. L. B. de, *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2002.

MOREIRA, A. M., ESTANISLAU, C. V., 'As taxas e o princípio da equivalência entre a sua arrecadação e os custos da atividade estatal'. In: *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, n.º 233, Edições Loyola, fevereiro de 2015, pp. 34–50.

MOREIRA, A. M., GALDINO, B. S., 'Congestionamento judiciário e execução fiscal: a falta de interesse processual em débitos de baixo valor'. In: *Revista ABRADT Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 04, n. 07, jan./jun. 2020, pp. 131-154.

MURPHY, K., 'Procedural justice and its role in promoting voluntary compliance'. In: *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, editado por Peter Drahos, pp. 43–58. ANU Press, 2017. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1q1crtm.10> (consultado em 12 de maio de 2023).

NABAIS, J. C., *O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998. 745 páginas. Tese de doutoramento.

NABAIS, J. C., *Por um estado fiscal suportável – estudos de Direito Fiscal*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2005.

NAVARRETE, A. M. L., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1989.

NAVARRETE, A. M. L., 'El sentido histórico del derecho civil'. In: *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 207, 05 de novembro, 1959, pp. 595 - 654. Disponível em: <https://medium.com/@mmnavarrete/the-concept-of-civil-law-historical-dimension-96db20b74da0> (consultado em 28/09/2023).

NG'ETICH, R., 'The current trend of costs in arbitration: implications on access to Justice and attractiveness of arbitration'. In: *Alternative Dispute Resolution*, 5 (2), 01 de julho de 2017, pp. 111–129. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3644333 (consultado em 26/10/2023).

OEI, Shu-Yi, 'Getting More by Asking Less: Justifying and Reforming Tax Law's Offer-in-Compromise Procedure'. *University of Pennsylvania Law Review*, August 12, 2011, Forthcoming, 2012, Tulane Public Law Research Paper No. 11-04. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1909006> (consultado em 24 fev. 2023).

OLIVEIRA, E. D., *Arbitragem voluntária: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, M. E., *Lei da arbitragem voluntária comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.

OLIVEIRA, M. M. de, *Como fazer projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses*, 5ª ed. [rev], Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PACHECO, P. M., *El analisis economico del derecho*, 1ª ed., Madrid: Dim Impresores, 1994.

PARERA, B., 'Europa irrumpe en la crisis del Poder Judicial en España y exige una renovación "de urgencia".' In: *El Confidencial*, 12 de setembro de 2022. Disponível em: https://www.elconfidencial.com/espana/2022-09-12/europa-irrumpe-en-la-crisis-del-poder-judicial-y-exige-una-renovacion_3489195/ (consultado em 16/05/2023).

PEREIRA, R. R., 'Breves notas sobre o regime da arbitragem tributária'. In: *Arbitragem administrativa e tributária*, coord.: Isabel C. M. Fonseca, Coimbra: Almedina, 2021.

PARK, W. W., 'Tax and arbitration'. In: *Arbitration international*, n. 36, Boston University Law School, 06/2020, pp. 157 – 220. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1980&context=faculty_scholarship (consultado em 17/07/2023).

PARKIN, M., *et al.*, *Economics*, 4ª ed., Harlow: Pearson Education Limits, 2000.

PASOUR, E. C., 'Pigou, Coase, Common Law, and Environmental Policy: implications of the calculation debate'. In: *Public Choice*, vol. 87, no. 3/4, spring, 1996, pp. 243 – 258. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/30027229> (consultado em 25/01/2023).

PEDRO, R., *Estudo sobre arbitragem (em especial, de direito público)*, Lisboa: AAFDL, 2019.

PEREIRA, P. R., 'The material scope of tax arbitration.' In: *The Portuguese tax arbitration regime*. Coord.: Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 86 – 96.

PIETRO, L. M. C., *Derecho financeiro y tributario*, 6ª ed., Cizur Menor: Editorial Aranzadi S.A., 2005.

PINHEIRO, L. L., ‘Apontamentos sobre a impugnação da decisão arbitral’. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 03, ano 67, dezembro de 2007, pp. 1.025 – 1.039.

PINHEIRO, L. L., *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2005.

PINTO, A. P., ‘Artigo: o Judiciário em crise’. In: *Correio Brasiliense*, 26 de março de 2023. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/opiniaio/2023/03/5082963-artigo-o-judiciario-em-crise.html> (consultado em: 16/05/2023).

PINTO, A. T., *Noções de sociologia*, 4ª ed., Fortaleza: UNIFOR Imprensa Universitária, 2000.

PIRES, R. C., *Manual de direito internacional fiscal*, Coimbra: Almedina, 2018.

POÇAS, L., *Manual de investigação em direito – metodologia da preparação de teses e artigos jurídicos*, 1ª Ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 2022.

PRATA, A., *Dicionário jurídico*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2006.

QUIÑONES, F. R. F. de, *Introducción al derecho – nociones generales, derecho objetivo*, vol. I, Sevilla: La Universidad de Sevilla, 1980.

RAICO, R., ‘Was Keynes a Liberal?’. In: *The Independent Review*, vol. 13, no. 2, 2008, pp. 165–88. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/24562909> (consultado em 23/02/2023).

RIBEIRO, J. S., ‘Principles of tax arbitration’. In: *The Portuguese tax arbitration regime*. Coord.: Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 37 – 48.

ROBBINS, L., ‘The nature and significance of economic science’. In: *The philosophy of economics – an anthology*, Hausman, D. M., Cambridge: University Cambridge Press, 1984, pp. 113 – 140.

ROCHA, J. F. da, *A desestadualização do Direito Tributário. Em particular, a privatização do procedimento e a arbitragem*. Associação Fiscal Portuguesa, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: www.afp.pt (consultado em 06/07/2023).

ROCHA, J. F. da, *Lições de procedimento e processo tributário*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2019.

SABBAG, E. M., *Direito tributário*, 8ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 2006.

SAMUELSON, P. A., *Economics: an introductory analysis*, 6ª ed., International Student Edition, Japan: Kogakusha Co., Ltd., 1964.

SANCHES, J. L. S., *Princípio do contencioso tributário*, Lisboa: Editorial Fragmentos Lda., 1987.

SCHIPPER, F., ‘Rethinking efficiency’. In: *Twentieth World Congress of Philosophy*, Boston, Massachusetts from August, 10-15, 1998. Disponível em: <https://www.bu.edu/wcp/Papers/OApp/OAppSchi.htm> (consultado em 06/02/2023).

SCHOUERI, L. E., *Direito tributário*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHWAB, K., *The global competitiveness report – 2019*, World Economic Forum. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf (consultado em 11/05/2023).

SEN, A., *Desenvolvimento e liberdade*, trad.: Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, A., ‘The possibility of social choice’. In: *The American Economic Review*, Jun., 1999, vol. 89, No. 3 (Jun., 1999), pp. 349 – 378. Disponível em: www.jstor.org/stable/117024 (consultado em 25/01/2023).

SERPA, L. de M., *Cooperação no Direito Tributário*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SERRA, M. F. dos S., ‘Administrative and tax arbitration – grounds and ethical perspective’. In: *The Portuguese tax arbitration regime*. Coord.: Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 11 – 16.

SGARBI, A., *Introdução à teoria do direito*, 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, De P., *Vocabulário jurídico*, vol. IV, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1963.

SMITH, H, *et al.*, ‘Exploring Coase’s world: an introduction’. In: *International Economic Review*, (2012) n. 59, pp. 111 – 120. Disponível em: <https://www.matteorizzolli.name/resources/publications/Nicita-Rizzolli-Smith-Coase-an-introduction-IREC2012.pdf>

SOUSA, J. L. de, *Código de procedimento e de processo tributário anotado*, 4ª ed., Viséu: Vislis Editores, 2003.

SOUSA, J. M. L., ‘Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária’. In: *A arbitragem administrativa e tributária*. Coord.: Isabel Celeste M. Fonseca, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 115 – 130.

SOUZA, A. A., ‘Parcelamentos tributários especiais no âmbito do Governo Federal – um confronto com os princípios norteadores da Lei de responsabilidade fiscal – LRF’. In: *Revista Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, v. 19, n. 2, p. 1-73, mar. 2019. Disponível em: <https://publicacoes.tesouro.gov.br/index.php/cadernos/article/download/52/33/> - consultado em 17 fev. 2022.

SOUTELINHO, S., ‘A arbitragem tributária – uma realidade?’ In: *A arbitragem administrativa e tributária*. Coord.: Isabel Celeste M. Fonseca, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 209 – 218.

SOUZA, J. L., ‘Comentário ao regime jurídico da arbitragem tributária’. In: *Guia da arbitragem tributária*. Coord.: Nuno Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira. Coimbra: Almedina, 2013.

SOUZA, M. T. de, *Ensaio sobre o novo processo civil*, Lisboa: Ed. LEX, 1997.

SPENGLER, F. M., ‘A crise do Estado e crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social’. In: *Revista Brasileira de Direito – IMED*, vol. 07, nº 1, jan – jun, 2011, p.p. 7 – 38. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5120226> (consultado em 16/05/2023).

SPENGLER, F. M., *Da jurisdição à mediação – por uma outra cultura no tratamento de conflitos*, Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

STIGLITZ, J. E., *Economics*, 2ª ed., London: W. W. Norton, 1997.

STREET, H., *Justice in the Welfare State*, 2ª ed., London: Stevens & Sons, 1975.

SUMMERS, R. S., ‘The Formal Character of Law’. In: *The Cambridge Law Journal*, vol. 51, no. 2, 1992, pp. 242 – 262. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4507680> (consultado em 15/03/2023).

TEIXEIRA, P. C. M., ANDREATTA, R. M. F. C., *A nova arbitragem – comentários à Lei 9.307, de 23.09.96*, Porto Alegre: Síntese, 1997.

TIMM, L., et al., *Reflexões sobre uma análise econômica na ideia de arbitragem no Brasil*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321165153_REFLEXOES_SOBRE_UMA_ANALISE_ECONOMICA_DA_IDEIA_DE_ARBITRAGEM_NO_BRASIL (consultado em 03/04/2023).

TOMAZELA, J. M., ‘Estudo mostra que o Brasil só esclarece 37% dos homicídios’. In: *Jornal o Estado de São Paulo*, São Paulo, 02/08/2022. Disponível em: <https://mobilidade.estadao.com.br/na-perifa/estudo-mostra-que-brasil-esclarece-so-37-dos-homicidios/> (consultado em 16/03/2023).

TORGLER, B., SCHAFFNER, M., MACINTYRE, A., ‘Tax compliance, tax morale and governance quality’. In: *International Center for Public Policy Working Paper Series*, at AYSPS, GSU paper0727, International Center for Public Policy, Andrew Young School of Policy Studies, Georgia State University, jan. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/46455651_Tax_Compliance_Tax_Morale_and_Governance_Quality (consultado no dia 20 fev. 2022).

TRINDADE, C. C., *A segurança jurídica na aplicação do direito pelos tribunais tributários*, Coimbra: Almedina, 2022.

ULHÔA FILHO, S. P. M., ‘Transação, soluções alternativas de controvérsias, racionalidade conjuntural e legitimação pelo consenso’. In: *Direito tributário: homenagem a Hugo de Brito Machado*, coord.: Elali, A., et al., 1ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2011.

VELU, J., ERGEC, R., *La convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles: Bruylant, 1990.

VESTING, T., *Teoria do direito – uma introdução*, trad. Gercélia B. de O. Mendes, São Paulo: Saraiva, 2015.

VILLA-LOBOS, N. ‘Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal’. In: *Guia da arbitragem tributária*, Coord.: Nuno de Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 193 – 214.

VILLA-LOBOS, N., *Contributo para reduzir o ruído e os erros factuais*. Centro de arbitragem administrativo – CAAD, Lisboa, 2022. Disponível em: <https://expresso.pt/economia/2022-07-09-Justica-fiscal-arbitros-ganham-mais-do-dobro-dos-juizes-b296bbdc> (consultado em 18/10/2022).

WRIGHT, G. H. von, *Norm and action – a logical enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul, 1963.

XAVIER, R. L., et al., *Elementos de direito processual civil – teoria geral, princípios, pressupostos*, 2ª ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2018.

ZIPPELIUS, R., *Teoria geral do Estado*, 3ª ed. trad. António Cabral de Moncada, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1974.

Jurisprudência:

(1981) UKHL J0716-1, House of Lords, Judges: Lord Diplock et al., Pioneer Shipping Limited and Others (Respondents) and B.T.P. Tioxide Limited (Appellants), 16/07/198. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/793129245> (consultado em 06/06/2023)

Acórdão do CAAD, de 28 de outubro de 2020, Árbitro Relator: Nuno Pombo, processo n.º 825/2019-T. Disponível em: https://caad.org.pt/tributario/decisoas/decisao.php?s_processo=825&s_data_ini=&s_data_fim=&s_resumo=&s_artigos=&s_texto=&id=5053 (consultado em 24/07/2023).

Acórdão do CAAD, de 08 de abril de 2021, Árbitra Relatora: Cristina Aragão Ceia, processo n.º 550/2020-T. Disponível em: <https://caad.org.pt/tributario/decisoas/view.php?l=MjAyMTA1MTMyMzIwMjMwLlA1NTBfMjAyMC1UIC0gMjAyMS0wNC0wOCAtIEpVUk1TUFJVREVOQ0lBLnBkZg%3D%3D> (consultado em 20/07/2023).

Acórdão do CAAD, de 28 de fevereiro de 2023, Árbitro Relator: Fernando Araújo, processo n.º 390/2022-T. Disponível em: https://caad.org.pt/tributario/decisoas/decisao.php?listPageSize=100&listOrder=Sorter_data&listDir=DESC&id=6961 (consultado em 25/08/2023).

Acórdão do STA, de 06 de julho de 2017, Relator: Juiz Conselheiro Olindo Geraldês, processo n.º 1220/15.9T8STR.E1.S. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0fbef250d4a82f1b8025815500576282?OpenDocument> (consultado em 24/07/2023).

Acórdão do STA, de 14 de outubro de 2020, Relator: Juiz Conselheiro José Gomes Correia, processo n.º 062/18.4BCLSB. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/60ef28dec65cb3038025860700536928?OpenDocument&ExpandSection=1> (consultado em 20/10/2023).

Acórdão do STA, de 28 de outubro de 2020, Relator: Juiz Conselheiro Aragão Seia, processo n.º 09262/16.0BCLSB. Disponível em: http://www.gde.mj.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/cfb489e5a8a6bb308025861500533827?OpenDocument#_Section1 (consultado em 06/07/2023).

Acórdão do STA, de 22 de abril de 2021, Relator: Juiz Conselheiro Fonseca da Paz, processo n.º 04/20.7BCPRT. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d9d9c606c10bf297802586c700811588?OpenDocument&ExpandSection=1> (consultado em 05/10/2023).

Acórdão do STA, de 21 de setembro de 2022, Relator: Juiz Conselheiro Pedro Nuno Pinto Vergueiro, processo n.º 0770/12.3BESNT-S1. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/de32c6fb4a6bc5708025892e00437fcc?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,morosidade,impugna%C3%A7%C3%A0o#_Section1 (consultado em 11/05/2023).

Acórdão do STJ (Brasil), de 19 de outubro de 2021, Relator: Ministro Sergio Kukina, Recurso Especial n.º 1.347.443-RJ. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/judiciario-analisar-idade-indicado.pdf> (consultado em 06/07/2023).

Acórdão do TC, de 22 de março de 1994, Relatora: Conselheira Maria da Assunção Esteves, processo n.º 240/89. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940248.html> (consultado em 24/04/2023).

Acórdão do TC, de 24 de abril de 2013, Relatora: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, processo n.º 279/13. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130230.html> (consultado em 22/06/2023).

Acórdão do TC, de 11 de maio de 2018, Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, processo n.º 636/2017. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180244.html> (consultado em 24/05/2023).

Acórdão do TC, de 17 de outubro de 2019, Relator: Conselheiro Pedro Machete, processo n.º 99/19. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190577.html> (consultado em 17/07/2023).

Acórdão do TC, de 16 de janeiro de 2020, Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, processo n.º 581/17. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200049.html> (consultado em 27/07/2023).

Acórdão do TCA Sul, de 21 de novembro de 2013, Relatora: Juíza Desembargadora Ana Celeste Carvalho, processo n.º 09424/12. Disponível em: www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/cb557c1d2c1819e980257c2f0041f865?OpenDocument&Highlight=0,09424%2F12 (consultado em 30/03/2023).

Acórdão do TCA Sul, de 07 de maio de 2020, Relatora: Juíza Desembargadora Anabela Russo, processo n.º 8894/15.9BCLSB. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/e108d8788ddd2dd88025856e002b48e7?OpenDocument> (consultado em 18/08/2023).

Acórdão do TEDH, de 22 de novembro de 2022, Grand Chamber. Vegotex International S.A. vs. Belgium, processo n.º 49.812/09. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-220415> (consultado em 20/04/2023)..

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26 de outubro de 2017, Relatora: Desembargadora Albertina Pedroso, processo n.º 1682/14.1TBFAR.E1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/76542b43b6edbd66802581d90034194f?OpenDocument> (consultado em 25/05/2023).

Acórdão do TJUE, de 27 de abril de 1994, Gemeente Almelo, processo n.º C-393/92, EU:C:1994:171. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0393> (consultado em 03/10/2023).

Acórdão do TJUE, de 12 de junho de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, processo n.º C-377/13, EU:C:2014:1754. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-377/13&language=PT> (consultado em 28/07/2023).

Acórdão do TJUE, de 14 de maio de 2020, Orde van Vlaamse Balies, processo n.º C-667/18, EU:C:2020:372. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/ (consultado em 30/05/2023).

Legislação:

BRASIL, Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União: seção 1, p. 12.451 e seguintes, 27 out. 1966.

BRASIL, Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1.923 e seguintes, 07 mar. 1972.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União: seção 1, p. 01 e seguintes, 05 out. 1988.

BRASIL, Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1.797 e seguintes, 11 fev. 1993.

BRASIL, Medida Provisória nº 899, de 16 de outubro de 2019. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 01 e seguintes, 17 out. 2019.

BRASIL, Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica (...). Diário Oficial da União: seção 1, p. 01 e seguintes, 14 abr. 2020.

Código Civil, Decreto-lei n.º 47.344/66, de 25 de novembro. Ministério da Justiça. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I, de 25/11/1966, pp. 1.883 – 2.086. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358> (consultado em 25/05/2023).

Código de procedimento administrativo. Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro, Ministério da Justiça. Diário da República Eletrônico – DRE n.º 04/2015, Série I, de 07/01/2014, pp. 50 – 87. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/4-2015-66041468> (consultado em 04/07/2023).

Código de procedimento e de processo tributário, Decreto-lei n.º 433/99, de 26 de outubro. Ministério das Finanças. Diário da República Eletrônico – DRE n.º 250/1999, Série I-A, de 26/10/1999, pp. 7.170 – 7.215. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/433-1999-692261> (consultado em 05/05/2023).

Código de processo civil brasileiro. Lei n.º 13.105/15, de 16 de março. Congresso Nacional. Diário Oficial da União – DOU, Seção 1, de 17/3/2015, p. 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.html> (consultado em 29/03/2023).

Código de processo civil português. Lei n.º 41/13, de 26 de junho. Assembleia da República. Diário da República Eletrônico – DRE n.º 121/2013, Série I, de 26/06/2013, pp. 3518 – 3665. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/41-2013-497406> (consultado em 29/03/2023).

Código de processo nos tribunais administrativos. Lei n.º 15/02, de 22 de fevereiro. Assembleia da República. Diário da República Eletrônico – DRE n.º 45/2002, Série I-A, de 22/02/2002, pp. 1422 – 1457. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/15-2002-280920> (consultado em 22/06/2023).

Código Deontológico do CAAD. Disponível em:
<https://www.caad.org.pt/comunicacao/c%C3%B3digo-deontol%C3%B3gico-do-caad>
(consultado em 03/07/2023).

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil: Presidência da República – Casa Civil, 2023. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (consultado em 09/03/2023).

Constituição da República Francesa até a revisão de 23 de julho de 2008. França: Conseil Constitutionnel. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur> (consultado em 07/03/2023).

Constituição da República Portuguesa. Portugal: Diário da República eletrônico – DRE, 2023. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775> (consultado em 09/03/2023).

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – Conselho da Europa, 1950. Disponível em:
https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf (consultado em 20/04/2023).

Despacho n.º 5.097/09, Secretário de Estado da Justiça. Diário da República eletrônico – DRE n.º 30, Série II, de 12/02/2009, p. 6.113. Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1444&tabela=leis (consulta em 26/06/2023).

Lei da Arbitragem, Lei n.º 9.307/96, de 23 de setembro, Presidência da República. Diário Oficial da União – DOU de 24/09/1996, p. 18.897. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm (consultado em 29/09/2023).

Lei da Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/11, de 14 de dezembro, Assembleia da República. Diário da República Eletrônico – DRE n.º 238/2011, Série I, de 14/12/2011, pp. 5.276 – 5.289. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/63-2011-145578> (consultado em 24/05/2023).

Lei da Mediação, Lei n.º 29/13, de 19 de abril, Assembleia da República. Diário da República Eletrônico – DRE n.º 173/2013, Série I, de 19/04/2013, pp. 1.764 – 1.772. Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1907A0020&nid=1907&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao= (consultado em 29/05/2023).

Lei de Defesa do Consumidor. Lei n.º 24/96, de 31 de julho. Assembleia da República. Diário da República Eletrônico – DRE n.º 176/1996, Série I-A, de 31/07/1996, pp. 2.184 – 2.189. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/24-1996-406882> (consultado em 14/06/2023).

Lei do orçamento do Estado para 2010. Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril. Assembleia da República, Diário da República Eletrônico – DRE n.º 82, Série I, de 28/04/2010, pp. 66 – 384.

Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2010/04/08201/0006600384.pdf> (consultado em 11/07/2023)

Lei Geral Tributária. Decreto-lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, Assembleia da República. Diário da República Eletrónico – DRE n.º 290/1998, Série I-A, de 17/12/1998, pp. 6.872 – 6.892. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/398-1998-191558> (consultado em 08/05/2023).

Lei que regula o ingresso na magistratura e dá outras providências. Lei n.º 02/2008, de 14 de janeiro, Assembleia da República. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=986&tabela=lei_velhas&nverso=1&so_miolo= (consultado em 04/07/2023).

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Jefatura del Estado. BOE-A-2003-23646. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646> (consultado em 10/07/2023).

Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, Ministérios das Finanças e da Administração Pública e da Justiça. Diário da República Eletrónico – DRE n.º 57, Série I, de 22/03/2011, p. 1.604. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2011/03/05701/0000200002.pdf> (consultado em 28/06/2023.)

Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária. Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. Ministério das Finanças e da Administração Pública. Diário da República Eletrónico – DRE n.º 14/2011, Série I, de 20/01/2011, pp. 370 – 376. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/10-2011-280904> (consultado em 28/06/2023).

Regulamento de custas processuais. Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro. Conselho de Ministros. (Dados da publicação não informados). Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=967&tabela=leis (consultado em 24/08/2023).

Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, Lisboa: AAFDL, 1990.

Sítios eletrónicos:

Centro de arbitragem administrativa – CAAD. Lisboa. Disponível em: www.caad.org.pt (consultado em 28/06/2023).

Cientistas da FCUP querem tornar o arroz mais resistente ao calor. Porto: Notícias – Universidade do Porto, 2023. Disponível em: <https://noticias.up.pt/cientistas-da-fcup-querem-editar-os-genes-do-arroz-para-o-tornar-mais-resistente-ao-calor/> (consultado em 22/02/2023).

Justiça em números 2021, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf> - consultado no dia 18 fev. 2022.

DADOS.GOV – Portal de dados abertos da Administração Pública. Disponível em: <https://dados.gov.pt/datasets/r/67781674-d31d-42fd-b8fb-28b77c471f45> (consultado em 04/05/2023).

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (consultado em 24/10/2023).

Direção-Geral da Política de Justiça. Centros de arbitragem autorizados. Disponível em: <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Arbitragem/Centros-de-Arbitragem-autorizados> (consultado em 19/06/2023).

Estatística da Justiça. Destaque estatístico anual – primeiros resultados, n.º 87, abril de 2023. Direção-Geral de Política de Justiça. Disponível em: https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20230428_D87_TAF_MovimentoProcessos.pdf (consultado em 18/08/2023).

Estatísticas da justiça. Direção-Geral de Política de Justiça. Disponível em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/> (consultado em 10/05/2023).

Estatísticas da justiça. Movimento de processos nos centros de arbitragem (a partir de 2006). Disponível em: https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Processos_centros_arbitragem.aspx (consultado em 28/09/2023).

Estudo sobre estatísticas das empresas – custos de contexto das empresas – 2022. Instituto Nacional de Estatística – INE. Disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=540896991&DESTAQUESmodo=2 (consultado em 11/05/2023).

European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ, part 1. França: Conselho da Europa, setembro de 2022. Disponível em: <https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279> (consultado em 27/04/2023).

Global Insights on Access to Justice – 2019, World Justice Project, Washington, 2019. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-A2J-2019.pdf> (consultado em 23/05/2023).

International Chamber of Commerce. Disponível em: <https://iccwbo.org/> (consultado em 19/06/2023).

Barreiras para o crescimento econômico – um estudo sobre a informalidade no varejo, Instituto para o Desenvolvimento do Varejo – IDV, São Paulo, publicado em nov. 2021. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2021/11/estudo-informalidade-varejo-10-nov-2021.pdf> (consultado no dia 19 fev. 2022).

London Court of International Arbitration. Disponível em: www.lcia.org (consultado em 19/06/2023).

On improving the quality of judicial decisions. Partnership for Good Governance 2019-2021. Project “Support to the judicial reform – enhancing the independence and professionalism of the judiciary in Armenia.” Council of Europe, Strasbourg, Março de 2021. Disponível em: <https://rm.coe.int/handbook-on-improving-the-quality-of-judicial-decisions-eng/1680a2ecf3> (consultado em 30/10/2023).

PORDATA – Estatísticas sobre Portugal e Europa. Disponível em: <https://www.pordata.pt/Portugal/Receitas+fiscais+e+contribui%3%a7%c3%b5es+sociais+da+s+Administra%3%a7%c3%b5es+P%3%ablicas+em+percentagem+do+PIB-2801> (consultado em 04/04/2023).

Receita Federal do Brasil – RFB, estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais, Ministério da Economia, Brasília, publicado em 29 dez. 2017. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/08/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf> - consultado em 12 fev. 2022.

Regulamento de custas nos processos de arbitragem tributária. Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD. Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD_AT-Regulamento_de_Custas_ARBITRAGEM_TRIBUTARIA-31-08-2021.pdf (consultado em 23/08/2023).

Relatório anual do funcionamento da arbitragem tributária 2022. Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD. Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/documentos/relatorios/CAAD-Relatorio_Anual_Arbitragem_Tributaria_2022.pdf (consultado em 21/08/2023).

The 2021 EU Justice Scoreboard. European Commission, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021. Disponível em: https://commission.europa.eu/system/files/2021-07/eu_justice_scoreboard_2021.pdf (consulta em 22/05/2023).

Doing business subnacional Brasil 2021, The World Bank – Subnational Studies, measuring business regulations, Washington, publicado em 15 jun. 2021. Disponível em: https://subnational.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Subnational/DB2021_SNDB_Brazil_Full-report_Portuguese.pdf (consultado no dia 20 fev. 2022).

To the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the quality of judicial decisions. Opinion n. 11 (2008) to the Consultative Council of European Judges (CCJE). Council of Europe, Strasbourg, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://rm.coe.int/16807482bf> (consultado em 31/10/2023).

Uma justiça mais eficiente, próxima dos cidadãos, moderna e acessível. Lisboa: Secretaria-Geral do Ministério da Justiça, 2020. Disponível em: <https://justica.gov.pt/Noticias/Uma->

Justica-mais-eficiente-proxima-dos-cidadaos-moderna-e-acessivel (consultado em 03 Jan. 2023).

United States / 02 July 1985 / U.S. Supreme Court / Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth / 3-1569. New York Convention Guide 1958. Disponível em: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=513 (consultado em 16/06/2023).
