

N.º 678427
764/CAADLG/XIV
31/05/2021



ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

Parecer da Ordem dos Advogados

I.

A Assembleia da República, através da *Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, solicitou à Ordem dos Advogados a emissão de parecer sobre o Projecto de Lei (PdL) n.º 837/XIV/2.^a (BE) que proíbe o recurso do Estado e pessoas coletivas públicas à arbitragem em matéria administrativa e fiscal.

Da Exposição dos Motivos consta o seguinte:

A Constituição da República Portuguesa estabelece, no seu artigo 212.º n.º 3, que "compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais."

Este princípio constitucional não obsta à adoção de formas extrajudiciais de composição destes litígios. Todavia, essa admissibilidade de princípio deve ser seriamente questionada quando a defesa do interesse público ou a desigualdade das partes na controvérsia desvirtue a bondade dessas formas extrajudiciais de solução de litígios. Com efeito, se, em tese, é concebível que, lá onde os interesses em confronto são interesses privados de partes em condição de igualdade, estas decidam submeter tais litígios a formas de composição privada, designadamente a arbitragem, já o mesmo se não pode admitir, no entendimento do Bloco de Esquerda, quando esteja em causa a defesa do interesse público e/ou se verifique uma assinalável desigualdade de poder e de estatuto entre as partes.

É manifesto que a morosidade da justiça administrativa e fiscal vem constituindo um estímulo a uma aceitação resignada do recurso à arbitragem que, em contextos normais, não sucederia. Mas trata-se de uma sequência perversa que deve ser frontalmente repudiada. Não se pode aceitar que, por força de um problema se criem outros problemas disfarçados de solução do primeiro.

Largo de S. Domingos, 14, 1º . 1169-060 Lisboa

T. 21 882 35 50 . Fax: 21 886 04 31

E-mail: cons.geral@cg.aa.pt

<https://portal.aa.pt>

del



A realidade tem-se encarregado de demonstrar a perversidade da possibilidade do recurso à arbitragem por parte do Estado e demais entidades públicas em matéria administrativa e fiscal. Por um lado, em matéria fiscal, o recurso à arbitragem tem sido uma forma de permitir aos grandes devedores ao fisco que tais dívidas sejam aliviadas ou escalonadas, ao mesmo tempo que aos pequenos devedores se exige sem remissão o pagamento da totalidade da dívida num único momento. Esta prática de dois pesos e duas medidas é totalmente contrária ao Estado de Direito que a Constituição da República consagra. Por outro lado, em matéria administrativa, o recurso à arbitragem tem sido invariavelmente prejudicial para o interesse público e largamente benéfico para poderosos interesses privados.

O Estado de Direito exige, pois, reforçar a garantia dos princípios da igualdade e da legalidade. Como se tal não fosse suficiente, existe ainda o problema de o Estado interpor recursos das decisões arbitrais de forma sistemática, o que indicia que esta forma de resolução de litígios nem sequer cumpre a função a que formalmente se propõe: a resolução alternativa de litígios. Com a agravante de o espaço para a interpor recurso ser substancialmente mais limitado no caso de uma decisão arbitral do que seria se estivéssemos perante uma decisão judicial.

É ainda a exigência de reforço da garantia dos princípios da igualdade e da legalidade administrativa que determina que a proibição de recurso à arbitragem se estenda às relações jurídicas de direito privado em que sejam parte o Estado e demais pessoas coletivas públicas. Na verdade, se aquela proibição se justifica no âmbito específico da jurisdição administrativa e fiscal, pouco se compreenderia que ela não fosse acolhida também lá onde as relações envolvendo o Estado são reguladas pelo Direito privado, mas o primado do interesse público e da legalidade se mantêm como imperativos.

Em face do exposto, vem a Ordem dos Advogados emitir o respectivo parecer.



II.

A matéria deste PdL, justifica plenamente a audição da Ordem dos Advogados, uma vez que se enquadra na alínea j) do art.º 3º do E.O.A.¹: *Ser ouvida sobre os projetos de diplomas legislativos que interessem ao exercício da advocacia e ao patrocínio judiciário em geral e propor as alterações legislativas que se entendam convenientes.*

Resulta claro, que a proibição ou não da existência de tribunais arbitrais, interessa, sobremaneira, ao exercício da advocacia.

Este projecto de Lei é em tudo idêntico ao PdL nº 799/XIV/2.^a (PCP), sobre o qual já tivemos oportunidade de elaborar parecer.

Começaremos por referir que a arbitragem em matéria tributária e administrativa surge com três grandes objectivos:

- Reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos;
- imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo;
- reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais.

A arbitragem constitui uma forma de resolução de um litígio através de um terceiro neutro e imparcial - o árbitro -, escolhido pelas partes ou designado pelo Centro de Arbitragem Administrativa e cuja decisão tem o mesmo valor jurídico que as sentenças judiciais.

Quando o contribuinte opte por designar um árbitro, o Tribunal Arbitral funcionará com um árbitro singular - nos casos em que o valor do pedido não ultrapasse duas vezes o valor da alçada do

¹ Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro

Handwritten signature



Tribunal Central Administrativo - e com um colectivo de três árbitros nos restantes casos, cabendo a sua designação, em ambas as situações, ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa.

Existe a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional, nos casos em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma cuja constitucionalidade tenha sido suscitada, bem como de 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, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o regime do recurso para uniformização de jurisprudência regulado no artigo 152.º do CPTA.

Poderá ainda recorrer-se para o Tribunal Central Administrativo que tem a possibilidade de anular a decisão arbitral com fundamento na não especificação dos fundamentos de facto de direito que justifiquem a decisão, na oposição dos fundamentos com a decisão, na pronúncia indevida, na omissão de pronúncia ou na violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes. O PdL em causa é constituído por dois artigos, o primeiro sobre a epígrafe "Princípio Geral" e o segundo "Norma revogatória".

É, portanto, na exposição dos motivos que a análise à sustentação da proibição que se pretende aplicar ao estado deve ser feita.

Começa o PdL por tentar justificar, embora de forma titubeante e contraditória, a pretendida proibição por razões de ordem constitucional.

Torna-se evidente que nem o próprio PdL acredita nessas invocadas razões quando escreve: *Este princípio constitucional não obsta à adoção de formas extrajudiciais de composição destes litígios.* E cremos que esta frase aniquila à nascença quaisquer putativas inconstitucionalidades que se pretendessem assacar aos tribunais arbitrais no âmbito administrativo ou tributário.



Os tribunais arbitrais estão consagrados na Constituição da República Portuguesa², que não estabelece nenhuma limitação quanto à existência de tribunais arbitrais administrativos ou tributários.

Por outro lado, não se percebe em que se fundamenta o PdL para afirmar que os tribunais arbitrais não garantem igualdade de tratamento às partes intervenientes, refrindo, sem concretizar ou sequer demonstrar a veracidade da afirmação *que em matéria administrativa, o recurso à arbitragem tem sido invariavelmente prejudicial para o interesse público e largamente benéfico para poderosos interesses privados.*

Mas significa que essas decisões arbitrais foram injustas? Ora o PdL não esclarece, diz apenas que foram desfavoráveis ao estado, omitindo a justeza das mesmas.

Afirma o PdL que *O Estado de Direito exige, pois, reforçar a garantia dos princípios da igualdade e da legalidade.* Mas estão enfraquecidos na arbitragem? Em que aspecto? Não se sabe, porque a exposição de motivos fica-se pelos soundbytes políticos sem qualquer sumo técnico-jurídico.

Na verdade, ao contrário do que é afirmado no PdL a lei que estabelece o Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária³ garante que existe efectiva igualdade das partes no processo arbitral, veja-se o estatuído no art.º 16º, sob a epígrafe "Princípios processuais":

Constituem princípios do processo arbitral:

- a) O contraditório, assegurado, designadamente, através da faculdade conferida às partes de se pronunciarem sobre quaisquer questões de facto ou de direito suscitadas no processo;*
- b) A igualdade das partes, concretizado pelo reconhecimento do mesmo estatuto substancial às partes, designadamente para efeitos do exercício de faculdades e do uso de meios de defesa;*

² Art.º 209º n.º 2

³ Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro



- c) A autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação das regras a observar com vista à obtenção, em prazo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas;
- d) A oralidade e a imediação, como princípios operativos da discussão das matérias de facto e de direito;
- e) A livre apreciação dos factos e a livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, de acordo com as regras da experiência e a livre convicção dos árbitros;
- f) A cooperação e boa fé processual, aplicável aos árbitros, às partes e aos mandatários;
- g) A publicidade, assegurando-se a divulgação e publicação das decisões arbitrais, nos termos do artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito.

Ou seja, não só está garantida a igualdade das partes, como também o princípio do contraditório, a autonomia do tribunal arbitral, a oralidade e a imediação, a livre apreciação dos factos, a cooperação e boa-fé processual, aplicável a todos os intervenientes no processo e, por fim, a publicidade com a divulgação e publicação das decisões arbitrais.

Pelo que, como fica demonstrado, não existe qualquer violação dos princípios mencionados no PdL.

Acresce que o nosso país tem legislação da mais avançada de arbitragem em matéria de Direito público, num percurso legislativo iniciado em 2004, com a Reforma do Contencioso Administrativo e que teve como etapas fundamentais a criação do Centro de Arbitragem Administrativa, em 2009, e a concretização, em 2011, de um regime inovador de arbitragem tributária.

Mas a história da arbitragem em Portugal tem já longas décadas.

Não se pode olvidar que a arbitragem nas questões de fixação de indemnizações nas expropriações públicas existe há mais de sete décadas.



Por outro lado, desde 1969 até ao mencionado ano de 2009 a lei veio num crescendo de permitir a arbitragem de litígios em que o Estado estava envolvido, nomeadamente no que se refere aos contratos de empreitada de obra pública e de concessão.

Desde 1984 que o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) veio consagrar expressamente os tribunais arbitrais nas questões levantadas por contratos administrativos em geral e na responsabilidade civil do Estado - pessoas colectivas de direito público incluídas - por prejuízos que tivessem sido causados por actos de gestão pública.

A Lei 63/2011, de 14 de Dezembro, veio permitir que Estado e outras pessoas coletivas públicas se constituíssem partes em processos arbitrais, desde que autorizados por lei especial ouse o litígio respeitasse a questões de direito privado.

O Código de Processo dos Tribunais Administrativos veio em 2002 permitira arbitragem dos designados "actos administrativos contratuais", sendo que o actual CPTA em vigor desde 2005 veio alargar a arbitragem nesta área.

Há, portanto, um património de mais de 70 anos que vem sendo construído com bases sólidas, que já provaram o conceito, que respeita a legalidade e a igualdade das partes e que seria absolutamente incompreensível que fosse apagado sem qualquer motivo que não uma mera querela ideológica.

Acresce que, entupir ainda mais os tribunais administrativos e fiscais com os processos que actualmente estão na arbitragem, significaria, certamente, o definitivo colapsar daqueles tribunais.

Face a tudo isto, a ser aprovado este Projecto de Lei, tal significaria um retrocesso no edifício jurídico português, pelo que o mesmo merece parecer negativo por parte da Ordem dos Advogados.



ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

Este é, s.m.o., o nosso parecer.

Lisboa, 28 de Maio de 2021,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Duarte Nuno Correia".

Duarte Nuno Correia

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

Largo de S. Domingos, 14, 1º . 1169-060 Lisboa

T. 21 882 35 50 . Fax: 21 886 04 31

E-mail: cons.geral@cg.aa.pt

<https://portal.aa.pt>