



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 799/XIV/2.^a (PCP) que proíbe o Estado de recorrer à arbitragem como forma de resolução de litígios em matéria administrativa e fiscal.

Da Exposição dos Motivos consta o seguinte:

Dispõe o n.º 1 do artigo 266.º da Constituição que a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Para tutela desses direitos e interesses legalmente protegidos dispõe o artigo 268.º n.º 4 que é garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva desses direitos e interesses. É através dos tribunais, que administram a Justiça em nome do povo, que é assegurada a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, que é reprimida a violação da legalidade democrática e que são dirimidos os conflitos de interesses públicos e privados (artigo 202.º da Constituição).

No âmbito da definição de competências entre os tribunais, a Constituição atribui 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 (artigo 212.º n.º 3).

É certo que a Constituição admite a existência de formas de composição não jurisdicional de conflitos, o que sucede designadamente através da possibilidade legal de recurso à arbitragem. Porém, se se afigura admissível, no plano dos princípios, que em situações em que estejam em causa interesses privados entre partes iguais, estas entendam, por via contratual, submeter à arbitragem os respetivos litígios, já é inadmissível, para o PCP, que tal possa suceder em situações em que exista uma manifesta desigualdade entre as partes ou em situações em que exista um interesse público a defender por parte do Estado.

NU: 675312

Ref.º 607/1-CAEDLG

29/04/2021



Nesses casos, só as garantias de imparcialidade dadas pelos tribunais estaduais estão em condições de garantir a aplicação da Justiça material, ditada pelo Direito e respeitadora do interesse público e dos princípios da legalidade e da igualdade.

Nos últimos anos, vários diplomas legais tornaram admissível o recurso à arbitragem por parte do Estado como forma de dirimir conflitos decorrentes da aplicação de contratos administrativos, bem como em matéria tributária. Em matéria tributária, esta possibilidade viola manifestamente o princípio da legalidade da atividade administrativa e o princípio segundo o qual todos os cidadãos são iguais perante a lei. Não é admissível que um cidadão que por qualquer descuido ou distração seja duramente punido pela Administração Fiscal por um simples atraso numa declaração fiscal ou no pagamento uma prestação do IMI ou do IUC, sem apelo nem agravo, e que no caso de um devedor de milhões ao fisco o Estado aceite recorrer à arbitragem, acabando por abdicar de uma grande parte do que lhe é devido, beneficiando claramente o infrator. A Justiça fiscal não pode tratar os devedores ricos como cidadãos de primeira que negociam o que pagam e os devedores pobres como cidadãos de segunda que pagam o que lhe for exigido.

Por outro lado, em matéria de contratação pública, o Estado, ao abdicar de submeter os litígios emergentes de contratos públicos aos tribunais, submete-se a uma forma de justiça privada que lhe é invariavelmente desfavorável, com graves prejuízos para o interesse público e com enormes proventos para os interesses económicos privados envolvidos. No final do primeiro trimestre de 2018, o Estado já tinha perdido 661 milhões de euros em litígios com concessionárias de PPP rodoviárias decididos por via de arbitragem.

Sucede que as PPP rodoviárias constituem exemplos dos mais chocantes de rapina dos recursos públicos para benefício de grandes grupos económicos, com a agravante dos litígios emergentes dos contratos celebrados entre o Estado e as concessionárias serem submetidos a arbitragens que terminam com graves prejuízos financeiros para o Estado, invariavelmente "condenado" a pagar avultadas indemnizações.



O recurso á arbitragem por parte do Estado foi inclusivamente criticado com veemência num recente Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, por recorrer para os tribunais estaduais, sem fundamento legal, de decisões dos árbitros a que decidiu recorrer.

O caso do Navio Atlântida, construído nos Estaleiros Navais de Viana do Castelo, foi um dos mais tristes exemplos das consequências lesivas do recurso à arbitragem por parte do Estado. Por via da arbitragem, a empresa pública foi condenada a ficar com o navio, que seria supostamente imprestável, e a pagar uma indemnização de 40 milhões de euros. Logo que a empresa foi privatizada ficou muito claro que o navio não só não era imprestável, como foi vendido por bom preço a outra empresa privada.

Considera o Grupo Parlamentar do PCP que proibir o Estado de recorrer à arbitragem como forma de resolução de litígios que o envolvam em matéria administrativa e fiscal, e nomeadamente em matéria de contratação pública, é uma decisão legislativa que se impõe em nome da mais elementar estratégia de prevenção da corrupção e da decência na defesa do interesse público.

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.

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



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 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: *É certo que a Constituição admite a existência de formas de composição não jurisdicional de conflitos, o que sucede designadamente através da possibilidade legal de recurso à arbitragem.* 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, sendo mais uma vez contraditória a argumentação utilizada neste âmbito. Por um lado, afirma o PdL que a arbitragem não pode ser utilizada quando há "*desigualdade entre as partes*", sendo certo que a parte mais forte será o Estado. Contudo mais à frente, afirma-se que esta forma de justiça privada é invariavelmente desfavorável ao Estado (será que esta afirmação descontextualizada e sem qualquer justificação factual que a suporte aparece como contraponto à justiça administrativa e fiscal dos tribunais que é invariavelmente desfavorável ao cidadão?).

² Art.º 209º n.º 2



Refere ainda o PdL na exposição dos motivos que: *No final do primeiro trimestre de 2018, o Estado já tinha perdido 661 milhões de euros em litígios com concessionárias de PPP rodoviárias decididos por via de arbitragem.*

Mais uma vez esta afirmação por si só nada significa. Quais os valores que estavam em causa? As decisões arbitrais foram erradas? Seriam diferentes se tivessem sido decididas nos tribunais administrativos e fiscais? As partes tiveram igualdade de armas? Nada é dito a esse respeito, no PdL, pelo que, o simples facto do Estado ter sido condenado num determinado montante nada prova quanto à justeza e legalidade do processo ou falta dela, nas decisões arbitrais que foram tomadas.

Por outro lado, o PdL alega ainda que, em matéria tributária, há uma violação do princípio da legalidade da actividade administrativa e do princípio *segundo o qual todos os cidadãos são iguais perante a lei*. Mais uma vez são afirmações genéricas, não demonstradas nem concretizadas, a não ser com frases de cariz ideológico e sem qualquer laivo de juridicidade.

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;*
- 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;*

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

Handwritten signature



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.

Não se percebe igualmente a menção feita no PdL, mais uma vez sem qualquer sustentação, de que só recorreriam à arbitragem os cidadãos ricos, em detrimento da camada mais pobre da população que estaria arredada deste meio de resolução dos litígios.

Ora, basta olhar para as tabelas de encargos processuais do CAAD⁴ para se perceber que as custas, tal qual as judiciais, estão organizadas por escalões conforme o valor da causa, e que o valor das mesmas é idêntico e em muitos casos menor do que as custas judiciais.

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

⁴ Centro de Arbitragem administrativa



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 ou se 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.



ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

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.

Este é, s.m.o., o nosso parecer.

Lisboa, 28 de Abril de 2021,

Duarte Nuno Correia

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

