



APA

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias
Palácio de S. Bento
1249-068 Lisboa

Lisboa, 2 de Agosto de 2018

Exmo. Senhor Presidente,

Conforme solicitado, junto se envia o Parecer da Associação Portuguesa de Arbitragem sobre
Projetos de Lei do PCP e do BE que proíbem o Estado de recorrer à arbitragem como forma de
resolução de litígios em matéria administrativa e fiscal.

Com os melhores cumprimentos,

António Pinto Leite
Presidente da Direção da APA



**PARECER SOBRE PROJETOS DE LEI DO PCP E DO BE QUE PROÍBEM O ESTADO
DE RECORRER À ARBITRAGEM COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM
MATÉRIA ADMINISTRATIVA E FISCAL**

O Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Prof. Doutor Bacelar de Vasconcelos, solicitou à Associação Portuguesa de Arbitragem (doravante, APA) a emissão de parecer com a maior brevidade possível sobre as iniciativas legislativas do PCP e do BE que deram entrada na Assembleia da República e que visam proibir o Estado de recorrer à arbitragem como forma de resolução de litígios em matéria administrativa e fiscal.

A APA considera que a consagração de uma proibição de o Estado e demais entidades públicas recorrerem à arbitragem administrativa e fiscal constituiria um grave retrocesso no aprofundamento do Estado de Direito e teria consequências nefastas para o interesse público. Esta visão profundamente crítica em relação aos projetos de lei em apreciação alicerça-se nas razões que sinteticamente se vão apresentar de seguida.

I. Em relação à arbitragem administrativa em geral

Convém começar por recordar que a tradição portuguesa sempre reservou um lugar relevante para a arbitragem administrativa, atribuindo-lhe há muito um papel importante no âmbito de litígios emergentes, não apenas de contratos de concessão ou, mais tarde, de contratos de empreitada de obras públicas, mas também de contratos administrativos em geral. E, desde 1984,

admite-se também em geral a arbitrabilidade de litígios que envolvam questões de responsabilidade civil da Administração. Nos anos mais recentes, já no início deste século, o legislador deu novos passos no sentido da afirmação da arbitragem administrativa e fiscal. Pode, obviamente, discutir-se qual a dimensão desejável da arbitrabilidade administrativa em Portugal. Mas, em rigor, não é disso que se trata nos projetos de lei aqui em discussão, já que tais iniciativas legislativas fazem pura e simplesmente tábua rasa de todo este *acquis* legal.

Não se pode obliterar, por outro lado, que o papel que a lei portuguesa tem reservado à arbitragem administrativa está ancorado constitucionalmente. Não oferece contestação que a Constituição confere um espaço destacado à arbitragem e aos tribunais arbitrais, sendo inequívoca a rejeição constitucional de um monopólio estadual da função jurisdicional. Não há, além disso, qualquer fundamento jurídico-constitucional para afirmar que a referência da Constituição aos tribunais arbitrais tem apenas em vista a arbitragem voluntária em matérias de direito privado. Subjacente a uma tal leitura está, aliás, uma visão - da arbitragem como uma atividade económica privada - que a nossa Lei Fundamental não acolhe. É que, na nossa ordem constitucional, os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, as instâncias arbitrais participam no exercício da função jurisdicional e as decisões por elas proferidas são, como tem sublinhado, e bem, o Tribunal Constitucional, verdadeiras e próprias decisões jurisdicionais. Por isso, os tribunais arbitrais não vivem à margem do sistema jurisdicional português e as arbitragens, mesmo sobre matérias de direito privado, estão enquadradas por normas jurídico-públicas. Numa palavra: ao contrário do que se diz num dos projetos de lei agora em apreciação, a

arbitragem não significa, de modo algum, justiça privada ou administração da justiça por tribunais que não oferecem garantias de imparcialidade.

Importa também sublinhar que os tribunais arbitrais fazem sentido mesmo em relação aos litígios jurídico-administrativos. Desde logo, nas arbitragens em questões de direito público, valem igualmente as razões que justificam em geral a opção pela via arbitral – como as que se prendem com a celeridade, a flexibilidade e a especialização. Sobretudo, muito para além disso, a opção arbitral em matérias administrativas é coerente com o modelo de Estado de Direito que a ordem constitucional acolhe. Com efeito, não oferece dúvidas que a Administração autoritária (de triste memória) deu lugar àquilo que na doutrina se designa por uma Administração paritária assente numa relação aberta entre Estado e Sociedade. A via arbitral, nesta perspetiva, com a aproximação entre a Administração e o particular que lhe é inerente, é coerente com a tendência mais geral para apostar numa atividade administrativa dialógica e concertada, que privilegia a articulação e o acordo em vez do exercício da autoridade. Os projetos aqui em apreciação estão nas antípodas desta evolução, partindo claramente de uma visão perigosa e ultrapassada – a de que, estando em causa litígios administrativos, a desigualdade entre os privados e o Estado justifica, por si só, uma justiça estadual que, defenda – como se os tribunais estaduais não tivessem também de ser independentes e imparciais – os interesses do Estado.

Por isso, sem surpresa, noutros ordenamentos que nos são próximos, a discussão neste momento não reside tanto em saber se se deve ou não admitir que o Estado e demais entidades públicas possam recorrer à arbitragem – em

geral, com maior ou menor latitude, admite-se o recurso à via arbitral -, mas sim em ponderar se, no quadro de uma democracia participativa e de um Estado que não se afirma apenas como Poder, deve ou não alargar-se o âmbito das questões de direito administrativo passíveis de ser resolvidas através da arbitragem. Os dois projetos de lei aqui em análise vão claramente ao arrepio deste movimento.

E não se diga que a arbitragem administrativa constitui um instrumento *“de rapina dos recursos públicos para benefício de grandes grupos económicos”*. Não é pelo facto de uma afirmação não fundamentada ser muitas vezes repetida que ela se torna numa afirmação verdadeira. Ora, neste domínio, não há qualquer base minimamente rigorosa que permita sustentar uma tal afirmação de princípio. Basta lembrar que, não obstante todos os esforços feitos pela APA junto do Governo para tentar corrigir esta situação, continua por cumprir a exigência legal estabelecida em 2015 que impõe que *“as decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado”* sejam *“obrigatoriamente publicadas por via informática em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça”* (artigo 185.º-B CPTA). Por isso, quaisquer pré-juízos como os que aqui se contestam são meras opiniões que carecem de uma mínima fundamentação.

Não se pode deixar de sublinhar o carácter grave de afirmações que, sem qualquer estatística, são difamatórias. E que a serem fundadas em estatísticas significam o acesso privilegiado a informações que, por lei, são públicas, com evidente prejuízo para o jogo democrático.

Enfim, se a preocupação com o futuro da arbitragem administrativa for centrada no interesse público, forçoso será concluir pelas vantagens que a via arbitral proporciona. Desde logo, porque se baseia numa solução acordada entre os poderes

públicos e os particulares e porque, entre outras coisas, garante uma justiça célere e especializada e na qual todos podem confiar. Isto já para não falar de outras preocupações de interesse público, como seja a de promover o investimento estrangeiro. Seria pura e simplesmente suicida exigir a um operador não nacional que quisesse investir no mercado português a obrigação de percorrer, em caso de litígio, o duro calvário de uma justiça estadual caracterizada, como se reconhece num dos projetos de lei aqui em apreciação, pela triste realidade da “morosidade”.

II. Relativamente à arbitragem em matéria tributária

Os Projetos de Lei apresentados pelo PCP e pelo BE não se restringem à arbitragem administrativa, propondo-se também eliminar do ordenamento jurídico português a arbitragem tributária enquanto modo de resolução alternativa de litígios entre o Estado ou pessoas coletivas públicas e privados. O tratamento conjunto destas duas realidades demonstra, desde logo, uma incompreensão das funções dos dois institutos.

Com efeito, no que respeita especificamente à arbitragem em matéria tributária, importará notar que o balanço dos últimos sete anos de implementação e aplicação do regime jurídico em Portugal é positivo e indiscutível no contributo para o principal desiderato a que se propunha (que vem aliás reconhecido na exposição de motivos do Projeto apresentado pelo BE): o combate à excessiva morosidade da justiça tributária e a diminuição da pendência nos tribunais da jurisdição tributária, num contexto em que os contribuintes pagam (ou garantem) primeiro e recorrem depois.

Desde 2011 (e até agosto de 2017) deram entrada no CAAD cerca de 3.400 processos em matéria tributária, com um tempo médio de decisão inferior a 5 meses, o que necessariamente tem a dupla valência acima assinalada,

permitindo resgatar a tutela jurisdicional efetiva dos contribuintes que estava erodida por décadas de elevadas pendências e lentidão na prolação de decisões judiciais. Acresce que com a introdução deste regime, Portugal está na vanguarda do recurso à arbitragem em matéria tributária, constituindo esta uma solução inovadora no cenário internacional (exemplo que veio aliás a ser seguido por outras jurisdições, de que é exemplo o México, que está a estudar a implementação de um regime inspirado no modelo português de arbitragem tributária). A sua eliminação da ordem jurídica constituiria ainda um retrocesso em manifesto contraciclo com a tendência internacional, em particular atendendo à Diretiva (UE) n.º 2017/1852 do Conselho, de 10 de outubro de 2017, relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia, mediante a qual se pretende reforçar o recurso à arbitragem tributária internacional entre Estados-Membros através da atualização do regime da Convenção de Arbitragem.

Por outro lado, as motivações invocadas para a sua eliminação assentam genericamente numa alegada violação do princípio da igualdade (conotando-se o recurso à arbitragem com um modo de resolução de litígios reservado aos contribuintes de mais elevado poder económico) e numa violação do princípio da legalidade (traduzido essencialmente na possibilidade de recurso à equidade e negociação, através deste meio alternativo de resolução de litígios, do montante do crédito tributário). Por outro lado, estão excluídos da arbitragem tributária processos de valor superior a € 10.000.000.

Tais motivações decorrem, contudo, de uma perceção que os proponentes parecem ter do regime que, porém, não tem na lei ou na prática qualquer respaldo, pelo que se vê com grande dificuldade que tais motivações possam ser fundamento de sustentação para a eliminação da arbitragem.

Na realidade, e no que respeita à questão da igualdade, qualquer contribuinte (com independência da sua situação económica e do valor da dívida) pode optar livremente entre recorrer aos tribunais judiciais ou aos tribunais arbitrais, sendo certo que as custas devidas em ambos são em montante idêntico.

Por outro lado, e contrariamente ao invocado na exposição de motivos de uma das propostas em causa, o crédito tributário é, em ambas as jurisdições, indisponível e insuscetível de ser objeto de qualquer negociação.

O Estado não abdica, em consequência das decisões arbitrais (à semelhança das decisões dos tribunais judiciais), de coisa alguma, limitando-se a anular, em cumprimento das decisões proferidas (sejam elas proferidas por tribunais administrativos e fiscais ou por tribunais arbitrais) as liquidações de imposto consideradas ilegais nos termos da lei vigente.

As decisões arbitrais são proferidas em exclusivo com base na lei (sendo vedado o recurso à equidade), e têm por isso o mesmo valor de uma decisão judicial, vinculativa para ambas as partes (Estado e contribuintes) e executável pelos tribunais judiciais em caso de incumprimento, pelo que a jurisdição arbitral em matéria tributária constitui uma verdadeira alternativa aos tribunais judiciais.

Inexiste pois qualquer negociação entre contribuinte e Estado (ou sistema de *“dois pesos e duas medidas”*) suscetível de comprometer o princípio da indisponibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, o primado dos princípios da igualdade ou da legalidade questionado na exposição de motivos na base dos Projetos de Lei apresentados pelo PCP e pelo BE à arbitragem tributária.

Acresce que os meios de impugnação e recurso previstos na lei, ainda que excepcionais, são suficientemente amplos e genéricos para permitir um controlo efetivo das decisões arbitrais pelos Tribunais Tributários, tendo igualmente permitido o reenvio para o TJUE.

Por fim, são invocados como fundamento para a eliminação da arbitragem (supomos que também tributária) os recursos interpostos de forma sistemática das decisões arbitrais e o regime de recurso limitado das referidas decisões (Projeto de Lei do BE), o que igualmente não procede como fundamento da solução apresentada. Quanto ao primeiro, este é apenas sintomático da postura da Autoridade Tributária e Aduaneira, que o mais das vezes recorre das decisões que lhe são desfavoráveis (independentemente de estas serem proferidas por tribunais judiciais ou arbitrais), mesmo em situações de jurisprudência já reiterada contrária à sua pretensão. Esta atuação poderá merecer uma reflexão autónoma com impacto em todo o ordenamento jurídico-tributário, mas não é um vício ou problema próprio da arbitragem tributária que justifique a sua eliminação.

Quanto à irrecorribilidade (que é regra nas decisões arbitrais), é manifesto que esta não é indicativa de qualquer inconveniente ou vício próprio da jurisdição arbitral, mas antes de uma característica de uma jurisdição a que o contribuinte pode optar por recorrer (que decorre da celeridade que lhe é própria e que a recorribilidade como regra comprometeria), que pode, também ela, recomendar uma reflexão autónoma, mas que não é, ao que se julga, fundamento para a eliminação da arbitragem tributária do ordenamento jurídico-tributário português.

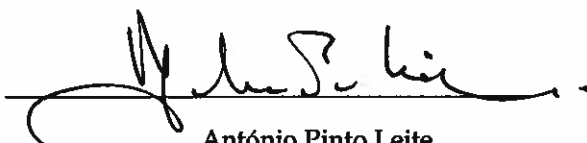
Por outro lado, é fundamental ter presente que as sentenças arbitrais são todas elas publicadas imediatamente no site do CAAD, ao contrário das

decisões dos tribunais tributários de primeira instância que não são publicadas. São por isso totalmente escrutináveis e transparentes, para além de servirem de guia à atuação dos contribuintes (o que não acontece com as decisões dos tribunais tributários judiciais porquanto o seu atraso estrutural e falta de publicação faz com que a mais das vezes não tenham um efeito útil para a restante comunidade que apenas vislumbra o seu conteúdo se e quando forem objeto de uma decisão de um tribunal superior, estas sim publicadas).

Por último, o modelo de arbitragem tributária é um modelo institucionalizado e de forte pendor público: por lei, a arbitragem tributária ocorre apenas no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) e tem garantias acrescidas pelo facto de funcionar sob a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que nomeia o Presidente do Conselho Deontológico do CAAD.

Em suma, e no que em particular respeita à arbitragem em matéria tributária, é evidente que esta teve um notável impacto positivo na justiça fiscal portuguesa, como foi recentemente admitido pelo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Administrativo (<https://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/presidente-do-supremo-quer-transferir-processos-fiscais-para-a-arbitragem>), e se encontra fortemente amparada pelo atual contexto internacional, pelo que a sua eliminação constituiria um retrocesso jurídico relevante que os motivos invocados pelo PCP e BE não justificam.

Lisboa, 2 de agosto de 2018



António Pinto Leite
Presidente da Direção da APA