MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
Assessores do Gabinete da PGR
Rua da Escola Politécnica, n.º 140, 1269-269 Lisboa-Portugal.
Tel: 213 921 900 Fax: 213 975 255 Email: correiopgr@pgr.pt

Exm.o(a) Sr.(a)
Assembleia da República- Comissão 1ª CACDLG XIII
.

Ofício n.º 290387.18 de 10-10-2018 - DA n.º 10553/18

Assunto - *Envio de Parecer sobre o Projeto de lei n.º 934/XIII/3ª (PCP)*

Exmo. Senhor

Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

Prof. Doutor Bacelar de Vasconcelos

Por determinação superior, tenho a honra de remeter a Vossa Excelência, o **Parecer** elaborado pelo Gabinete da Senhora Conselheira Procuradora-Geral da República sobre o Projeto de Lei n.º 934/XIII/3ª (PCP) que *" Proíbe o Estado de recorrer à arbitragem como forma de resolução de litígios em matéria administrativa e fiscal"*, o qual mereceu a sua total concordância.

Divisão de Apoio às Comissões
CACDLG
615549
1008 10/10/2018

Com os melhores cumprimentos,

A Chefe de Gabinete

Helena Gonçalves

PARECER

PROJETO DE LEI N.º 934/XIII/3ª (PCP)

[PROÍBE O ESTADO DE RECORRER À ARBITRAGEM COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA E FISCAL]

INTRODUÇÃO

O Exmo. Sr. Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República solicitou ao Conselho Superior do Ministério Público a emissão de parecer a respeito do projeto de lei do Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português, que tem por objeto essencial consagrar a regra da proibição dirigida ao Estado em matéria de recurso aos Tribunais Arbitrais, e assume-se através de duas concretas manifestações normativas.

Por um lado, a consagração da exclusividade de jurisdição para os Tribunais de litígios emergentes de relações jurídicas reguladas pelo direito administrativo e fiscal e, por outro, a proibição expressa do Estado e demais pessoas coletivas de direito público recorrerem aos Tribunais arbitrais para dirimir litígios decorrentes de atos ou contratos regulados pelo direito administrativo e fiscal (cf. artigo 1.º).

O projeto legislativo contém depois uma norma revogatória (artigo 2.º) que se limita a conferir sequência lógica ao princípio geral de proibição contido no artigo anterior.

E, finalmente, um artigo 3.º, no qual se estabelece a produção de efeitos com a salvaguarda habitual para este tipo de alteração legislativa, ou seja, assegurando-se a conclusão dos processos arbitrais em curso.

*

ANÁLISE

A análise global da iniciativa legislativa assinalada revela uma escolha que vincula e fundamenta uma opção de natureza exclusivamente política, que compete apenas ao poder legislativo e, por isso, alheia às atribuições da Procuradoria-Geral da República e do Conselho Superior do Ministério Público.

Nessa medida, e tendo em vista uma sã colaboração institucional e num esforço de contribuição para o labor legislativo, teceremos apenas alguns comentários ao seu conteúdo, os quais não podem deixar de estar estritamente vinculados ao teor daquilo que, desde 1 de abril de 2004, através da **Circular n.º 8/2004** do Procurador-Geral da República, constitui diretiva obrigatória para esta magistratura, isto é, (...) *que a lei não atribui ao Ministério Público competência para representar o Estado e os incapazes nos tribunais arbitrais* (Circular que foi publicada no DR, II Série, n.º 134, de 14 de julho de 2005).[1]

Essa interpretação, hierarquicamente vinculante, estribou-se nas conclusões alcançadas no Parecer n.º 113/2003, do Conselho Consultivo da PGR:

> *1.º – Nos termos do artigo 219.º da Constituição e dos artigos 1.º e 3.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Ministério Público, compete ao Ministério Público representar o Estado e os incapazes;*
>
> *2.º – A competência para o Ministério Público representar o Estado e os incapazes reporta-se aos tribunais estaduais, designadamente aos tribunais judiciais e aos tribunais administrativos e fiscais;*
>
> *3.º – A lei não atribui ao Ministério Público competência para representar o Estado e os incapazes nos tribunais arbitrais.*

*

[1] Esta doutrina, a propósito da questão da representação do Estado pelo Ministério Público nos Tribunais Arbitrais, acolheu a vertida no Parecer n.º 74/1991, onde já se havia concluído: a lei não atribui ao Ministério Público a competência para representar o Estado Português nas ações intentadas nos Tribunais Arbitrais.

Este "afastamento" do Ministério Público dos Tribunais Arbitrais não é isento de problemas teóricos, com consequente reflexos práticos, na medida em que a sua tradicional função constitucional de fiscalização da legalidade não é devida e cabalmente assegurada, *máxime*, no controlo da conformidade constitucional e do respeito pela uniformização da jurisprudência quanto às decisões proferidas pelos Tribunais arbitrais.

Em concreto, nos Tribunais arbitrais voluntários, as suas decisões não são, por força da lei, obrigatoriamente conhecidas, não existindo, também, norma jurídica que obrigue a notificação dessas mesmas decisões ao Ministério Público, o que deveria suceder, inclusive, perspetivando-se uma intervenção necessariamente acessória sempre que os interesses do Estado fossem alvo do litígio arbitral.

E o mesmo cenário legal ocorre nos Tribunais arbitrais necessários. O que levou à celebração de protocolo institucional entre a CAAD e a PGR, em março de 2018, tendo em vista a formalização e a instituição de um modelo alternativo de notificação de todas as decisões proferidas por aquele Centro de Arbitragem ao Ministério Público (https://www.caad.org.pt/files/documentos/noticias/2018-03-20/Protocolo_CAAD-PGR.pdf).

*

A opção, insiste-se de natureza exclusivamente política, de conferir jurisdição aos tribunais arbitrais quanto à resolução de litígicos resultantes de relações jurídico-administrativas e fiscais, passa pela discussão de se saber se os chamados «tribunais arbitrais», que não são, nem podem ser, verdadeiros tribunais, porque divergem totalmente destes na sua natureza, competência, composição e funcionamento, se lhes deve continuar a ser atribuída similar posição constitucional de que gozam os tribunais estaduais, isto é, aqueles que efectivamente são tribunais.

Além disso, e como decorrência lógica da questão enunciada, saber se apesar de estarem em causa litígios que não assentam na discussão de direitos indisponíveis, ainda assim, perante decisões proferidas pela pessoa coletiva Estado (na aceção do conceito de Estado-Administração), em matérias sensíveis como são as que resultam das relações jurídico-administrativas e fiscais e, bem assim, em sede de contratação pública, será de aceitar que a sua resolução, possa estar relegada para um conjunto de Tribunais cujas regras de composição e funcionamento, nalguns casos, escapam por completo ao "escrutínio" público a que estão sujeitas as decisões dos Tribunais estaduais.

Porque, na verdade, são essas, as opções que fundamentam o objeto deste projeto legislativo (cf. a respetiva exposição de motivos).

*

Segundo o artigo 205.º da Constituição os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.

É evidente que, declarando mais a mais o artigo 206º que incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesse público e privado, tal parece indicar o caminho que tal incumbência não deve ser encaminhada para os Tribunais arbitrais.

Um tribunal arbitral, ao contrário do judicial ou estadual, não é um órgão de existência permanente ao qual qualquer cidadão se possa dirigir a pedir que lhe seja feita justiça, ou perante o qual qualquer cidadão poderá ser chamado para responder pelos actos da sua conduta.

E a conclusão a alcançar será a de se considerar que aos tribunais arbitrais voluntários e necessários só podem dirigir-se as partes, para decidir qualquer litígio que não incida sobre direitos indisponíveis.

E quanto às temáticas a que se refere o presente projeto legislativo?

Gomes Canotilho e Vital Moreira, neste particular segmento de análise, referem, (...) *questionável é também o âmbito e a natureza dos litígios que podem ser submetidos à jurisdição dos tribunais arbitrais (...)*, respondendo depois, para o que interessa à presente análise, (...) *também é problemático a possibilidade de arbitragem em relação a matérias de competência dos tribunais administrativos e fiscais*...concluindo que o caminho legislativo que se têm vindo a desenvolver deve acautelar, fundamentalmente, a possibilidade de intervenção dos Tribunais arbitrais voluntários face (...) *à questão de saber se a arbitrabilidade incide apenas sobre questões de mérito ou se pode alargar-se os poderes de apreciação do tribunal a questões de legalidade.*

E culminam com a afirmação inequívoca que, (...) *de qualquer modo, a dimensão dos Tribunais arbitrais justifica restrições à sua "jurisdicionalidade"* (cf. CRP Anotada, II Volume, 4.ª Edição, Coimbra editora, págs. 551 e 552).

A justificação de restrições a uma *jurisdicionalidade* alargada terá que levar em ponderação que os tribunais permanentes, os estaduais, têm de ter juízes próprios, sujeitos aos Conselhos Superiores, bem como, dotados de um quadro de funcionários próprios, dispor de instalação própria, juízes e funcionários remunerados pelo Estado, com direito a uma carreira e a promoções dentro dela.

Nada disto se verifica nos chamados tribunais arbitrais voluntários, que não existem senão caso a caso, quem os decide não tem de ser juiz, não é nomeado pelo Estado,

mas sim escolhido pelas próprias partes, e que findo o caso para que foram escolhidos deixam de funcionar, e não é o Estado que os remunera ou suporta os encargos com o tribunal porque tudo isso ficará a cargo da parte que decair.

Acontece até que os árbitros podem decidir, quando as partes a tal o autorizem, não de acordo com as regras do direito constituído, mas sim de acordo com a equidade, o que, evidentemente, não é consentido aos juízes dos tribunais judiciais ou estaduais.

O tribunal arbitral não obedece às normas de alçada ou de competência territorial.

*

De resto, nunca poderá considerar-se como violador do princípio do Estado de direito democrático a sujeição de um litígio de âmbito de direito privado - e que não pode recair em direitos indisponíveis, à decisão de um tribunal arbitral constituído por árbitros nomeados pelas partes.

É precisamente a tese oposta que tem de proceder. É que ao Estado de direito democrático, e no que toca à solução dos litígios, o que interessa não é o monopólio estadual da função jurisdicional, mas sim e acima de tudo é a segurança e a certeza jurídicas, a paz social, e independência e imparcialidade dos julgamentos.

E tal monopólio não existe consignado na nossa Constituição, nem esse era o alcance e significado a tirar da não referência, no texto originário da Constituição em 1976.

A esse respeito escreve Barbosa de Melo, na Introdução às Formas de Concertação Social, 1984, pág. 201, nota: *Que os tribunais constitucionalmente admitidos pela versão primitiva do artigo 212º não eram só os aí mencionados parece-me ser um ponto líquido. Segundo a ideia geral que presidia à elaboração do artigo 212º, a jurisdictio não tem de ser necessariamente reservada a órgãos do Estado, podendo ser desempenhada directamente*

pela sociedade. Trata-se, aliás, de uma ideia tradicional na concepção latina do Estado de direito, que, de há muito, se explica pela sua directa conexão com a liberdade cívica - «très favorable à la liberté, c'est que le précteur prenait les juges du consentement des parties» (Montesquieu).

Porém, será que o Estado-Administração, no exercício de poderes vinculados de atuação, norteados por princípios de interesse público, deverá estabelecer cláusulas de resolução de litígios que permitam afastar os Tribunais estaduais desse âmbito...

*

Façamos uma breve análise apenas sobre as novas atribuições da arbitragem administrativa e tributária para que se perceba o que está verdadeiramente em causa.

E a temática ganha novos contornos, e com isso a afirmação pela sua reponderação, com a revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 2 de outubro.

Com essa alteração legislativa, alargaram-se os poderes de apreciação jurisdicional dos tribunais Arbitrais.

Permite-se agora, em clara afirmação de um novo paradigma de intervenção, a constituição de tribunal arbitral para o julgamento de *"questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário"* (cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA)

Já anteriormente os tribunais administrativos não tinham a exclusividade de apreciação da atividade da administração. Ou seja, a arbitragem surgia como uma possibilidade ainda que excecional. Atualmente, paralelamente, existe a arbitragem administrativa com competência para resolver litígios jurídico-administrativos,

podendo-se afirmar que a arbitragem deixa de ser uma exceção para passar a constituir uma alternativa concorrencial.

*

Decorrente do princípio da separação de poderes, os tribunais arbitrais apenas podem apreciar a legalidade do ato administrativo, sendo-lhes vedada a apreciação do mérito ou conveniência daquele.

Na verdade, o legislador não deixou de prever esta solução no artigo 185.º, n.º 2 do CPTA referindo que *"nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade".*

Assumindo-se, por outro lado, que a apreciação da validade dos atos administrativos terá de ser julgado segundo a Constituição e a Lei, vedando-se o recurso à equidade.

Nos termos do artigo 181.º do CPTA *"o tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária (adiante "LAV"), com as devidas adaptações".*

O preceito, parece, conferir enorme flexibilidade na fixação das regras para funcionamento do processo arbitral. No entanto, surge a questão de saber se, sendo a Administração uma entidade institucional sujeita ao princípio da legalidade e sendo o poder público indisponível, até onde poderá ir esta flexibilidade processual.

Sobretudo, o problema assume maior relevância, pelo facto de o legislador não ter criado um regime de arbitragem institucionalizado para a arbitragem administrativa, tal como fez para a arbitragem tributária (Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro).

Efetivamente, a tarefa demonstra-se particularmente complexa, uma vez que a Lei de Arbitragem Voluntária contém determinadas normas que seriam suscetíveis de ofender o conteúdo de alguns princípios basilares de direito administrativo.

É útil recordar que Arbitragem Voluntária está pensada para uma lógica de autorresponsabilidade das partes, onde estas, de acordo com a sua autonomia privada prescindem de certas formalidades processuais, com vista à obtenção de uma decisão célere, que tenha força de caso julgado sobre o litígio em causa. No entanto, a Administração enquadra-se numa posição jurídico-institucional, onde a lógica da autorresponsabilidade e da autonomia privada perdem o seu sentido útil.

É verdade que o legislador, com a revisão do CPTA, vem prever normas derrogatórias da Lei sobre arbitragem voluntária, a saber, o artigo 185.º que estabelece os limites da arbitragem vedando a possibilidade de os tribunais arbitrais julgarem segundo a equidade ou pronunciarem-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, bem como o artigo 185.º-B prevendo a obrigatoriedade de publicitar as decisões arbitrais, promovendo deste modo o princípio da transparência administrativa e, de certo modo, um escrutínio das decisões proferidas por tribunais arbitrais.

Contudo, o regime do CPTA referente à arbitragem administrativa mostra-se ainda bastante moderado, deixando ao intérprete sérias dúvidas sobre quais as *"devidas adaptações"* a fazer para além das já reguladas normativamente pelo legislador.

Em bom rigor, estando em causa litígios jurídico-administrativos, do que se trata é de haver um escrutínio relativo às matérias que possam contender com direitos fundamentais dos cidadãos e interesses público relevantes, não interferindo com as vantagens associados a esta jurisdição - celeridade – ao invés, acrescenta-lhe valor,

pois o que se pretende é uma decisão judicial arbitral de qualidade, especializada, mas não à custa dos direitos fundamentais dos cidadãos, sagrados no nosso ordenamento jurídico.

Sustentamos a nossa posição na ligação umbilical, insuscetível de corte, que existe entre a função jurisdicional na apreciação de litígios jurídico-administrativos e a defesa da legalidade democrática.

*

Em conclusão, o presente projeto legislativo, assente numa lógica de estrita opção político-legislativa e, como tal, completamente estranha às atribuições da Procuradoria-geral da República e/ou do Conselho Superior do Ministério Público, sendo que as considerações anteriormente tecidas têm apenas como único objetivo a enunciação de outras questões não compreendidas na exposição de motivos e que serão, ao que nos parece, suscetíveis de contribuir para um debate mais profícuo da solução apresentada.

Lisboa, 8 de outubro de 2018