

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.<sup>a</sup> (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](mailto: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.<sup>1</sup>: *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, sobretudo, ao exercício da advocacia.

Este projecto de Lei é em tudo idêntico ao PdL nº 799/XIV/2.<sup>a</sup> (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

<sup>1</sup> 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 Portuguesa<sup>2</sup>, 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 tributária<sup>3</sup> 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;*

<sup>2</sup> Art.º 209º n.º 2

<sup>3</sup> Decreto-Lei n.º 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](mailto:cons.geral@cg.aa.pt)

<https://portal.aa.pt>