

## Odete Lage Alves

**De:** Gabinete Bastonário <gab.bastonario@cg.oa.pt>  
**Enviado:** sexta-feira, 30 de novembro de 2018 13:15  
**Para:** Comissão 1ª - CACDLG XIII  
**Cc:** 'Cláudia Pincho'  
**Assunto:** Pareceres  
**Anexos:** a.pdf; a.pdf

V/REF. E-mail de 14 de Novembro de 2018

Exmos. Senhores,

Na sequência do e-mail de V. Exas., em referência e cuja recepção assinalamos, incumbe-me o Senhor Bastonário, Dr. Guilherme Figueiredo de remeter, por este meio, os pareceres da Ordem dos Advogados sobre os Projectos de Lei n.º 700/XIII/3ª (PCP) e n.º 940/XIII/3ª (BE).

Com os melhores cumprimentos,

(941/XIII e 934/XIII)

Ana Cristina Angeja



ORDEM DOS  
ADVOGADOS CONSELHO GERAL  
Gabinete do Bastonário

Largo de São Domingos, 14 - 1.º

1169-060 LISBOA-PORTUGAL

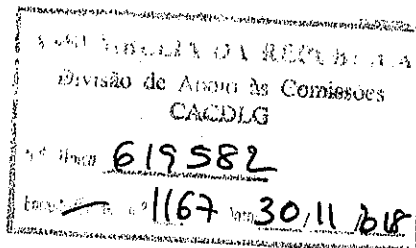
Telefone: +351 21 8823556 . Fax: +351 21 8880581

E-mail: [gab.bastonario@cg.oa.pt](mailto:gab.bastonario@cg.oa.pt)

Website: [www.oa.pt](http://www.oa.pt)

**AVISO DE CONFIDENCIALIDADE:** O conteúdo deste E-mail é confidencial e destinado ao conhecimento e uso exclusivo do respectivo destinatário. Caso tenha recebido este E-mail indevidamente, queira informar de imediato a nossa operadora através do número 21 8823550 e proceder à destruição do documento, sem o reproduzir (em suporte informático ou impressão).

**CONFIDENTIALITY WARNING:** This document is confidential and intended solely for the use of the individual or entity to whom it is addressed. If you have received this message in error, please contact us at + 351.21 8823550 and destroy this document immediately without retaining a copy.





## Parecer da Ordem dos Advogados

**Iniciativas Legislativas: 940/XIII [BE] e 941/XIII [BE], e 934/XIII [PCP], em discussão conjunta**

**Assunto:**

**940/XIII [BE]: Acaba com a possibilidade de suspensão da condição de jubilado dos magistrados judiciais para o exercício das funções de árbitro em matéria tributária (4.ª Alteração ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária) e**

**941/XIII [BE]: Termina com a possibilidade de recurso à arbitragem, por parte do Estado e pessoas coletivas públicas**

**934/XIII [PCP: Proíbe o Estado de recorrer à arbitragem como forma de resolução de litígios em matéria administrativa e fiscal**

Estão em causa três iniciativas em matéria de arbitragem administrativa e fiscal, a segunda e terceira, de escopo mais genérico, pura e simplesmente fazendo terminar este instituto, a primeira, vedando a participação na mesma, como árbitros em matéria fiscal, de juízes jubilados.

Aprovadas que sejam aquelas, esta fica prejudicada. Sobre ela a Ordem dos Advogados entende não ter de tomar posição.

A arbitragem tributária foi introduzida em 2011, através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, aprovada ao abrigo de autorização legislativa concedida no artigo 124.º da Lei do Orçamento de Estado de 2010, a Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril. O diploma conheceria modificações subsequentes, sendo alterado pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, pela Lei n.º 20/2012, de 14 de Maio e pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro.

Segundo o preâmbulo do referido Decreto-Lei:



«A introdução no ordenamento jurídico português da arbitragem em matéria tributária, como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal, visa três objectivos principais: por um lado, reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, por outro lado, imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo e, finalmente, reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais.»

A segunda iniciativa legislativa põe em causa não apenas os objectivos proclamados pelo legislador que criou esta modalidade de arbitragem, mas o que diz ser a experiência da sua aplicação, extraíndo como conclusão que a mesma deva ser extinta, por revogação da legislação que a entronizou. São concludentes estes excertos da segunda:

«É manifesto que a morosidade da justiça administrativa e fiscal constitui um estímulo a uma aceitação resignada do recurso à arbitragem que, em contextos normais, não sucederia. Tal não deve, no entanto, ser assumido de forma acrítica. Não se pode aceitar que, por força de um problema se criem outros problemas disfarçados de solução do primeiro.

«De facto, o recurso a esses meios alternativos – e, em concreto, à arbitragem – em controvérsias que envolvem o interesse público tem gerado resultados que não são compagináveis com um Estado de Direito Democrático capaz de respeitar de forma plena o princípio da igualdade e o princípio da legalidade da administração.

« A realidade tem-se encarregado de demonstrar a perversidade da possibilidade do recurso à arbitragem por parte do Estado e demais entidades públicas porque os torna protagonistas de uma justiça com dois pesos e duas medidas: invariavelmente, a arbitragem entre o Estado e os cidadãos comuns se mostra desfavorável a estes, ao passo que a arbitragem entre o Estado e os representantes de grandes interesses económicos e empresariais se afigura, também invariavelmente, lesiva do interesse público. O Estado de Direito exige, pois, reforçar a garantia dos princípios da igualdade e da legalidade administrativa.



«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 não está efetivamente a cumprir a sua função primacial: 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.

E igualmente o vertido na terceira iniciativa converge com o sentido útil da que acabamos de referir:

«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.

«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.»

A essência das iniciativas radica numa opção de política legislativa relativamente a cuja substância e critério a Ordem dos Advogados terá de ficar alheia, salvo no que se refira com o estatuído no seu Estatuto enquanto ali se define [artigo 3º, a)] integrar o núcleo das suas atribuições: «Defender o Estado de Direito e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e colaborar na administração da justiça».

Com esta ressalva se compreendem os comentários seguintes:

-» a substância dos temas em apreço nessa forma de arbitragem, porque de natureza pública, abre fundada dúvida sobre a mesma não deveria ser da competência exclusiva de tribunais judiciais, assim se garantindo uma essencial juridicionalidade e o benefício da sua sujeição a órgão imparcial, permanente e não de formação casuística, sujeito a regras estritas no que se refere à respectiva composição, competência e funcionamento e em que nenhum dos juízes é indicado pelas partes em litígios, gozando, por isso, da alteridade total face ao litígio, que é a característica reitora da isenção;

-» a fundamental razão que ditou a arbitragem tributária foi, reconhece-o o legislador no excerto citado acima, garantir por esta forma uma celeridade processual e uma redução das pendências que eram, seguramente, lesivas de direitos da cidadania, mas, seguramente, através de um instituto, que, como tem sido acentuado pelos críticos, é (i) materialmente estranho, como acabámos de dizer, ao teor público da matéria em causa e (ii) está situado numa zona que é materialmente jurisdicional e que implicaria, como tal, o pleno benefício de uma integral judicialização;



-» enfim, do que se deveria tratar é de uma profunda revisão do funcionamento dos tribunais administrativos e fiscais, em termos de garantir, pela via judiciária efectiva, o acesso dos cidadãos a uma justiça administrativa e tributária, judicial e efectiva e não de desconsiderar aquele ante a existência desta modalidade de privatização da justiça, por melhores que sejam os seus resultados em termos estatísticos;

-» verdade que a existência de arbitragem, como forma de dirimir conflitos, tem assento constitucional [artigo 209º, n.º 2], e se bem que a previsão constitucional não estabeleça restrições na matéria das suas atribuições, certo é que seguramente haverá territórios jurídicos que, pela sua intrínseca natureza pública, deverão estar subtraídos do seu âmbito de actuação, como, logo como exemplo máximo, o da justiça penal.

Há uma faceta, enfim, que merece seguramente um apontamento. É que, na sua configuração abstracta, a arbitragem administrativa e fiscal oferece-se como modelo de justiça paritária, em que o Estado se situa ao mesmo nível que o administrado e contribuinte. Mas este argumento só é oponível quando, descaracterizando o que deve ser a correcta conformação dos tribunais judiciais administrativos e fiscais, se regredir para um modelo em que, desfigurado da sua independência, o juiz surgisse a privilegiar a parte pública em detrimento do particular. Nesta parte, o argumento da arbitragem administrativa e fiscal como justiça que garante a paridade é uma suspeição ilegítima sobre o corpo judiciário que serve os tribunais.

Em suma, não indo a Ordem dos Advogados tão longe quanto tomar posição de fundo quanto à matéria, não pode, em coerência com posições reiteradamente manifestadas pelo Bastonário, de acentuar que se tem assistido à continuação de uma política pelo qual os litígios são retirados do espaço próprio, que é o tribunal; o que é particularmente relevante quando se tratar de litígios de substância jurisdicional, sobretudo de natureza intrinsecamente pública, em que o Estado seja parte e, por isso, interessado, como é o caso.

Lisboa, 26 de Novembro de 2018

O Bastonário

Guilherme Figueiredo