

A Sua Excelência
O Presidente da Assembleia da República
Dr. Eduardo Ferro Rodrigues

Lisboa, 11 de maio de 2021

Assunto: Novo Regime da Arbitragem Tributária

Excelentíssimo Senhor Presidente,

A ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM (doravante «APA») vem, por este meio, na sequência da publicação da Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro, que introduziu relevantes alterações ao Regime da Arbitragem Tributária, e ao abrigo do disposto no artigo 2.º, n.º 2, alínea e), dos seus Estatutos, submeter à consideração de V. Exa. a seguinte pronúncia sobre alterações ao Regime referido.

1

1. A Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro introduziu significativas alterações ao Regime da Arbitragem Tributária («RJAT»), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. A mais impactante dessas alterações ocorreu por via do disposto no artigo 12.º daquele diploma legal que procedeu, entre outras, à modificação do n.º 4 do artigo 6.º do RJAT, passando a prever-se, neste preceito, que *“só são elegíveis para o sorteio os árbitros que não sejam mandatários ou não integrem escritório de advogados em que um dos seus membros seja mandatário em qualquer processo arbitral tributário pendente”*. Esta regra aplica-se também *“aos árbitros designados”* por força do disposto na parte final da alínea b) do n.º 2 do mesmo artigo 6.º

Se é certo que esta restrição na seleção dos árbitros apenas tem lugar e vigora, formal e diretamente, em sede de arbitragem tributária, a verdade é que já se vêm descortinando posições várias que dão por certa a aplicação deste impedimento no âmbito da arbitragem administrativa, por força da

remissão que é operada pelo disposto no artigo 181.º, n.º 4, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (« CPTA»).

2. A Associação Portuguesa de Arbitragem observa, antes de mais, que não foi ouvida no âmbito da preparação desta tão relevante alteração legislativa. Com efeito, ao abrigo do disposto no artigo 2.º, n.º 1, dos seus Estatutos, a APA tem, justamente, por objeto “*fomentar a arbitragem voluntária, interna e internacional, como método de resolução jurisdicional de litígios*”. Por isso, no passado, e tendo em conta a posição que a APA ocupa enquanto associação representativa do setor da arbitragem, foi diversas esta Associação vezes incluída na preparação de normação relevante para as arbitragens. Seria, portanto, natural, numa ordem constitucional comprometida com o aprofundamento da democracia participativa (consoante se prevê no artigo 2.º da Constituição), que a APA tivesse sido ouvida antes da adoção desta nova medida tão impactante nas arbitragens de direito público.

3. Seja como for, entende a APA dever, agora, pronunciar-se e tomar posição sobre a alteração ao RJAT acima identificada.

Na prática, a alteração introduzida no artigo 6.º, n.º 4, do RJAT comporta uma restrição ao exercício da função de árbitro, bem como, reflexa e indiretamente, ao exercício da advocacia em regime de sociedade de advogados. Efetivamente, bastará que se encontre pendente um único processo arbitral tributário em que seja mandatário ou árbitro um advogado que integre uma sociedade para que, sem mais, nenhum outro advogado dessa sociedade possa, respetivamente, exercer funções de árbitro ou o patrocínio em *qualquer* outro processo arbitral tributário, e isto independentemente de estes processos em nada se relacionarem entre si relativamente às partes, ao objeto ou à matéria implicada.

Não se divisa a razão de ser desta medida legislativa, quando é certo que na versão anterior do RJAT estava já superlativamente ressalvada toda a espécie, efetiva ou potencial, de conflitos de interesses.

4. Em rigor, a alteração introduzida pelo artigo 12.º da Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro, no artigo 6.º, n.º 4, do RJAT, padece de inconstitucionalidade material por operar uma restrição desproporcional de direitos fundamentais, nomeadamente, do direito de livre escolha e exercício de profissão e, bem assim, pelo seu caráter manifestamente discriminatório.

Como é consensual, o direito fundamental de livre escolha e exercício da profissão, previsto no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição, abrange toda e qualquer atividade lícita que possa configurar uma ocupação ou modo de vida, incluindo, portanto, o exercício da função de árbitro e da advocacia.

Naturalmente, este direito fundamental carece de ser compatibilizado com outros interesses constitucionais — tais como a imparcialidade e a transparência —, o que pode justificar que sejam objeto de limitações e restrições.

Contudo, de acordo com o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, todas as restrições a direitos, liberdades e garantias devem necessariamente observar o *princípio da proporcionalidade*. Ora, precisamente, a restrição operada pelo novo n.º 4 do artigo 6.º do RJAT restringe de forma desproporcional o acesso à função de árbitro em arbitragens tributárias (e, segundo algumas vozes, em arbitragens administrativas), bem como limita desproporcionalmente a capacidade para o exercício do patrocínio em qualquer processo arbitral da mesma natureza.

Em particular, como é evidente, a alteração legislativa em questão não se afigura necessária para atingir os fins a que teoricamente se propõe, isto é, para obstar a eventuais conflitos de interesses passíveis de surgir entre o exercício da função de árbitro em dado processo arbitral tributário e o exercício do mandato forense por parte de um seu colega inserido na mesma sociedade de advogados. É que, muito claramente, como os melhores padrões internacionais de referência evidenciam, existem alternativas menos limitativas para os direitos fundamentais em jogo que não comprometem, o mínimo que seja, os fins que a restrição em causa intenta prosseguir.

5. Noutro plano ainda, dúvidas não restam de que esta novidade legislativa realiza uma discriminação igualmente inconstitucional. Ao limitar a elegibilidade como árbitro e a possibilidade de exercício de patrocínio forense nas circunstâncias mencionadas o artigo 12.º da Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro, ofende, por um lado, (i) o direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, e, por outro lado, (ii) o princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da nossa Lei Fundamental, nomeadamente por violar a proibição geral do árbitro ínsita em tais normas constitucionais.

Em verdade, a restrição em apreço não oferece quaisquer fundamentos razoáveis para a diferenciação de tratamento por si realizada entre o advogado de prática individual e o advogado integrado em sociedade de advogados. Isto porque a mera circunstância de um colega de escritório ser mandatário ou árbitro num outro processo arbitral tributário, que em nada se conexe com o novo processo que se pretenda assumir, não comporta nunca, só por si, qualquer conflito de interesses que permita suportar a suspeição do legislador implícita no âmbito destas alterações ao RJAT.

6. O juízo formulado vale para a nova solução plasmada na lei para as arbitragens tributárias. Mas a mesma conclusão vale, por maioria de razão, caso essa solução pensada para arbitragens que correm necessariamente no CAAD seja estendida, como já foi publicamente sugerido, às arbitragens administrativas.

7. Em face do exposto, a APA é da opinião de que deve ser revogado o novo impedimento resultante do referido artigo 12.º da Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro.

Agradecendo antecipadamente a atenção dispensada, permanecemos ao dispor de Vossa Excelência para os esclarecimentos que venha a entender necessários ou convenientes.

Subcrevo-me, com os melhores cumprimentos,



(Prof. Doutor Dário Moura Vicente)
Presidente da Direção da Associação Portuguesa de Arbitragem