



**PARECER DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM SOBRE O
PROJETO DE LEI N.º 521/XV/1 (PCP) QUE PROÍBE 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 (“Comissão”) solicitou à Associação Portuguesa de Arbitragem (“APA”) a emissão de parecer sobre a recente iniciativa legislativa do Partido Comunista Português (“PCP”) que deu entrada para apreciação na Comissão e que visa proibir o Estado de recorrer à arbitragem como forma de resolução de litígios em matéria administrativa e fiscal.

A iniciativa legislativa submetida à apreciação da APA é em tudo idêntica, quanto aos motivos e ao conteúdo, ao Projeto de Lei n.º 799/XIV/2.^a (PCP), sobre a qual a APA se pronunciou em momento anterior. Em função dessa identidade, e não havendo motivo para alterar a posição anteriormente expressa, a pronúncia agora apresentada pela APA segue de perto aquela que foi a sua pronúncia anterior a convite da Comissão.

Em suma, a APA considera que a consagração de uma proibição de o Estado e demais entidades públicas recorrerem à arbitragem administrativa e/ou fiscal constituiria um grave retrocesso no aprofundamento do Estado de Direito e teria consequências nefastas para o interesse público e para a administração da justiça em Portugal.

Esta visão profundamente crítica da APA sobre o Projeto de Lei em apreciação alicerça-se nas razões que sinteticamente se apresentam de seguida.



I. Em relação à arbitragem administrativa em geral

Cumprе 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 neste século, o legislador deu novos passos no sentido da afirmação da arbitragem administrativa e fiscal. Pode, naturalmente, discutir-se qual a dimensão desejável da arbitrabilidade administrativa e tributária em Portugal. Mas, em rigor, não é disso que se trata no projeto de lei aqui em discussão, já que tal iniciativa legislativa faz, pura e simplesmente, tábua rasa de todo este *acquis* legal e pretende vedar, em absoluto, a arbitragem administrativa e fiscal.

Não se pode obliterar, por outro lado, que o papel que a lei portuguesa tem reservado à arbitragem administrativa está ancorado na Constituição. Esta 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 e ao contrário do que resulta do Projeto de Lei, fundamento jurídico-constitucional para afirmar que o recurso à arbitragem apenas é admissível “*no plano dos princípios (...) em situações em que estejam em causa interesses privados entre partes iguais*”. Isto é, que a respetiva admissibilidade principiológica, radicada na Constituição, apenas tem em vista a arbitragem voluntária em matérias de direito privado. Subjacente a 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: a arbitragem não significa, de modo algum, justiça privada ou administração da justiça por tribunais que não oferecem garantias de imparcialidade.

Isto mesmo afirmou a APA anteriormente, em pareceres dirigidos a esta Comissão datados de 5 de maio (a respeito do Projeto de Lei n.º 799/XIV/2.^a (PCP)) e 9 de junho de 2021 (a respeito do Projeto de Lei n.º 837/XIV/2.^a (BE)), à época, por ocasião de anteriores Projetos de Lei que visavam, tal como visa o projeto recentemente apresentado, proibir o Estado de recorrer à arbitragem como forma de resolução de litígios em matéria administrativa e fiscal.

De facto, o Projeto de Lei em apreço em pouco difere dos antes apresentados pelo PCP e pelo Bloco de Esquerda (BE), reproduzindo até alguns dos mesmos argumentos mobilizados nesses Projetos anteriores. Por isso, a oportunidade política do presente Projeto de Lei assenta na mesma visão de suspeição e desconfiança em relação à arbitragem administrativa e à arbitragem tributária, sem, contudo, colher qualquer sustentação lógica ou empírica que permita satisfazer o desiderato do proponente, subjacente a este Projeto de Lei.

Nesta medida, importa reiterar que o recurso aos tribunais arbitrais faz sentido mesmo em relação a litígios jurídico-administrativos. Desde logo, porque 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. Ademais, a opção arbitral em matérias administrativas é coerente com o modelo de Estado de Direito que a



ordem constitucional acolhe. Com efeito, não se oferecem dúvidas que a Administração autoritária (de triste memória) deu lugar àquilo que na doutrina se designa por uma Administração paritária ou personalista, 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.

O Projeto de Lei em apreço está, tal como estava em 2021, nos 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, o que parece ser contrário ao pressuposto que está subjacente ao Projeto de Lei – os interesses do Estado. Cumpre, aliás, quanto a este último ponto, repisar que não existe qualquer sustentação para a premissa essencial que o Projeto procura afirmar (sem sucesso) – a de que “*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*”. Isto porque o Projeto de Lei parte do pressuposto de que *i)* apenas os tribunais estaduais defendem o interesse público (*v.g.*, os interesses do Estado) e *ii)* que as arbitragens administrativas ou tributárias não oferecem garantias de imparcialidade.

Ambos os pressupostos são genética e fatalmente errados – desde logo, porque, como é de superlativa evidência, os tribunais arbitrais, tal como os tribunais estaduais, estão vinculados ao cumprimento escrupuloso da lei, pelo que nada faz intuir ou sequer suspeitar que um tribunal estadual melhor defenderá os



interesses do Estado do que um tribunal arbitral; aliás, não cabe nem aos tribunais arbitrais, nem aos tribunais estaduais, defender os interesses do Estado ou de qualquer outra parte, mas sim e apenas lhes compete aplicar a lei e administrar a Justiça.

Ademais, a afirmação de que “*são cada vez mais as situações onde esta forma de gestão privada da justiça aparece a prejudicar o erário público e a servir de veículo para a apropriação privada de centenas de milhões de euros*” não é sustentada ou verdadeira. Neste domínio, não há qualquer base minimamente rigorosa que permita sustentar uma tal afirmação de princípio. Pelo contrário, os dados disponibilizados por diferentes Centros de Arbitragem institucionalizada revelam que num largo número de casos as pretensões deduzidas por privados contra o Estado ou outros entes públicos não são atendidas, ou são-no apenas marginalmente.

Enfim, se a preocupação com o futuro da arbitragem administrativa for, efetivamente, centrada no interesse público, forçoso é 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, tal como a APA já afirmou anteriormente, contraproducente 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 pela triste realidade da morosidade.

De resto, Portugal encontra-se vinculado internacionalmente por convenções multilaterais a que aderiu – designadamente a que instituiu, sob a égide do Banco Mundial, o Centro Internacional para a Resolução de Disputas



APA

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

Relativas a Investimentos – e por convenções bilaterais – como os Tratados Bilaterais de Investimento celebrados com um largo número de outros países – cuja observância é incompatível com a proibição da participação do Estado em arbitragens em matéria administrativa, neles expressamente prevista.

II. Relativamente à arbitragem em matéria tributária

O Projeto de Lei do PCP não se restringe, uma vez mais, 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, conforme resulta do n.º 2 do artigo 1.º do Projeto de Lei. O tratamento conjunto destas duas realidades demonstra, desde logo, uma evidente incompreensão das funções dos dois institutos.

6

Com efeito, no que respeita especificamente à arbitragem em matéria tributária, importa notar que o balanço dos últimos 10 anos de implementação e aplicação do regime jurídico em Portugal é muito positivo e indiscutível no contributo para o principal desiderato a que se propunha: 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.

Concretamente, a arbitragem tributária, muitíssimo célere, permitiu 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.



Por outro lado, as motivações invocadas para a sua eliminação assentam genérica e insustentavelmente numa suspeição infundada relativamente a um conjunto de casos concretos em que o entendimento subjacente ao projeto é o de que uma decisão emitida por um Tribunal Arbitral em sentido contrário do que seria o entendimento adotado pela Administração Tributária traduziria uma decisão errada. Ora, nada permite sustentar tal raciocínio, que, além de outros motivos, inverte totalmente o princípio de prevalência das decisões jurisdicionais, onde se incluem as decisões proferidas em arbitragem.

Neste plano, admitir a alteração do regime em arbitragem na base do princípio de que é questionável uma decisão arbitral que altere uma interpretação anterior prosseguida pela Autoridade Tributária constitui, naturalmente, um desvio perigoso quanto à prevalência e observância que as decisões jurisdicionais devem ter.

Assim, as motivações subjacentes ao Projeto de Lei decorrem de uma perceção que os proponentes parecem ter de um regime que, porém, não tem na lei ou na prática qualquer respaldo, pelo que se considera que tais motivações não podem ser fundamento de sustentação para a eliminação da arbitragem.

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 e constitucional alternativa aos tribunais judiciais.

Acresce que os meios de impugnação e recurso previstos na lei, ainda que excecionais, são suficientemente amplos e genéricos para permitir um controlo efetivo das decisões arbitrais pelos Tribunais Tributários, tendo igualmente permitido o reenvio para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o que bem assegura e satisfaz a *primacial* tutela jurisdicional efetiva, garantindo ao



Estado e a qualquer parte, o elementar acesso à justiça, que aporta, naturalmente, a tendencial recorribilidade das decisões, sejam estas arbitrais ou judiciais.

Por outro lado, é curial ter presente que as sentenças arbitrais são todas elas publicadas imediatamente no site do Centro de Arbitragem Administrativa (“CAAD”), ao contrário das decisões dos tribunais tributários de primeira instância, que não são publicadas. Conforme se afirmou em 2021, as sentenças arbitrais 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 fazem com que o 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 CAAD e tem garantias acrescidas pelo facto de o mesmo 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 e tem um notável impacto positivo na justiça fiscal portuguesa, pelo que a sua eliminação constituiria um retrocesso jurídico relevante e evidente, que os motivos invocados pelo PCP não justificam.

Lisboa, 22 de fevereiro de 2023.