

**PARECER SOBRE O PROJETO DE LEI N.º 837/XIV/2.^a QUE PROÍBE O
ESTADO E PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS DE RECORREREM À ARBITRAGEM
EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA E FISCAL**

O Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (doravante, apenas “Comissão”) solicitou à Associação Portuguesa de Arbitragem (doravante, APA) a emissão de parecer sobre a iniciativa legislativa do BE 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 APA considera que a consagração de uma proibição de o Estado e demais entidades públicas recorrerem à arbitragem administrativa e fiscal constituiria um grave retrocesso no aprofundamento do Estado de Direito e teria consequências nefastas para o interesse público.

Esta visão profundamente crítica em relação ao Projeto de Lei em apreciação alicerça-se nas razões que sinteticamente se vão apresentar de seguida.

1

I. Em relação à arbitragem administrativa em geral

Cumprе começar por 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.

Não se pode obliterar, por outro lado, que o papel que a lei portuguesa tem reservado à arbitragem administrativa está ancorado na Constituição. Com efeito, a Constituição confere um espaço destacado à arbitragem e aos tribunais arbitrais, sendo, aliás, inequívoca a rejeição constitucional de um monopólio estadual da função jurisdicional. Não há, além disso, qualquer fundamento jurídico-constitucional para afirmar que o recurso à arbitragem apenas é admissível “*onde os interesses em confronto são interesses privados de partes em condições de igualdade*”, isto é, que a admissibilidade principiológica, radicada na Constituição, apenas tem em vista a arbitragem voluntária em matérias de direito privado. Subjacente a uma 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 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM, em parecer dirigido a esta Comissão datado de 02 de agosto 2018, à época, por ocasião, entre outros, de um Projeto de Lei do BE que já então visava, tal

como agora, proibir o Estado de recorrer à arbitragem como forma de resolução de litígios em matéria administrativa e fiscal.

De facto, importa referir que o Projeto de Lei em apreço em pouco difere do então apresentado, reproduzindo até alguns dos mesmos “argumentos” mobilizados nesse Projeto de 2018. Pelo que a oportunidade política do presente Projeto assenta na mesma visão de suspeição e desconfiança em relação à arbitragem administrativa e 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 aos 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 em apreço está, tal como em 2018, nas 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! – 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 os tribunais estaduais asseguram “*a defesa do interesse público*” e garantem “*os princípios da igualdade e da legalidade*”. 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 o recurso à arbitragem administrativa “*tem sido invariavelmente prejudicial para o interesse público e largamente benéfico para poderosos interesses privados*” não é sustentada ou verdadeira. Neste domínio, não há qualquer base minimamente rigorosa que permita sustentar uma tal afirmação de princípio.

Enfim, se a preocupação com o futuro da arbitragem administrativa for, efetivamente, centrada no interesse público, forçoso será 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 em 2018, pura e simplesmente suicida

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”.

II. Relativamente à arbitragem em matéria tributária

O Projeto de Lei apresentado pelo BE 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 dos artigos 1.º e 2.º do Projeto de Lei. O Projeto chega ainda a ir mais longe ao propor que o Estado e as demais pessoas coletivas públicas sejam proibidos de recorrer à arbitragem para a resolução dos seus litígios relativos a relações jurídicas reguladas pelo *Direito privado*, nos termos do n.º 1 do seu artigo 3.º. Ora, o tratamento conjunto destas realidades demonstra, desde logo, uma evidente incompreensão das funções dos dois institutos.

5

Com efeito, no que respeita especificamente à arbitragem em matéria tributária, importará notar que o balanço dos últimos 10 anos de implementação e aplicação do regime jurídico em Portugal é muitíssimo 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 alegada violação do princípio da igualdade (conotando-se o recurso à arbitragem com um modo de resolução de litígios reservado aos contribuintes de mais elevado poder económico) e numa violação do princípio da legalidade (traduzido essencialmente na possibilidade de recurso à equidade e negociação, através deste meio alternativo de resolução de litígios, do montante do crédito tributário).

Tais motivações decorrem, contudo, de uma perceção que os proponentes parecem ter do regime que, porém, não tem na lei ou na prática qualquer respaldo, pelo que se vê com grande dificuldade que tais motivações possam ser fundamento de sustentação para a eliminação da arbitragem.

Na realidade, e no que respeita à questão da igualdade, qualquer contribuinte (com independência da sua situação económica e do valor da dívida) pode optar livremente entre recorrer aos tribunais judiciais ou aos tribunais arbitrais, sendo certo que as custas devidas em ambos são em montante idêntico.

Por outro lado, e contrariamente ao invocado na exposição de motivos, não se permite *“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”*. É que, de facto, o Estado não abdica, em consequência das decisões arbitrais (à semelhança das decisões dos tribunais judiciais), de coisa alguma, limitando-se a anular, em cumprimento das decisões proferidas (sejam elas proferidas por tribunais administrativos e fiscais ou por tribunais arbitrais) as liquidações de imposto consideradas ilegais nos termos da lei vigente.

Reforce-se que as decisões arbitrais são proferidas em exclusivo com base na lei (sendo aliás 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.

Inexiste, pois, qualquer negociação entre contribuinte e Estado suscetível de comprometer o princípio da indisponibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, o primado dos princípios da igualdade ou da legalidade, questionado na exposição de motivos na base deste Projeto de Lei à arbitragem tributária.

Acresce que os meios de impugnação e recurso previstos na lei, ainda que excepcionais, são suficientemente amplos e genéricos para permitir um controlo efetivo das decisões arbitrais pelos Tribunais Tributários, tendo igualmente permitido o reenvio para o 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 CAAD, ao contrário das decisões dos tribunais tributários de primeira instância, que não são publicadas. Conforme se afirmou em 2018, 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 faz com que a 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 Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) e tem garantias acrescidas pelo facto de 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. Ademais, se antes já era manifesta a isenção e imparcialidade com que a arbitragem, administrativa ou tributária, eram administradas, com as recentes alterações ao RJAT, qualquer suspeição que pudesse subsistir foi, marcadamente, afastada.

Ademais, o recurso à arbitragem encontra-se fortemente amparado pelo atual contexto internacional, pelo que a sua eliminação constituiria um retrocesso jurídico relevante que os motivos invocados pelo BE não justificam.

Lisboa, 9 de junho de 2021.



APA
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM