

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE
E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA



ISCAL

O REGIME DA ARBITRAGEM
TRIBUTÁRIA

Mário Rui Antunes Braz

Lisboa, Novembro de 2012

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E
ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

O REGIME DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Mário Rui Antunes Braz

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica de Vasco Branco Guimarães, Professor Coordenador Convidado da Área Científica de Direito.

Constituição do Júri:
Presidente Doutora Clotilde Celorico Palma
Vogal Mestre Vasco Valdez Matias
Vogal Doutor Vasco Branco Guimarães

Lisboa, Novembro de 2012

Declaro ser o autor desta dissertação, que é um trabalho original e inédito. Nunca foi submetido - no seu todo ou qualquer das suas partes - a outra instituição de ensino superior, a fim de obter um grau académico ou outra habilitação. Atesto ainda que todas as citações estão devidamente identificadas.

Mais acrescento que tenho consciência de que o plágio – a utilização de elementos alheios sem referência ao seu autor – constitui uma grave falta de ética, que poderá resultar na anulação da presente dissertação.

“Que os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, quem o nome de árbitro convém mais que o de juízes; que o mais sagrado dos Tribunais seja aquele que as partes mesmas tenham criado e eleito de comum acordo”

(Platão 428-347 a.C. “De Legibus” Livros 6 e 12)¹

¹ Citado por FALCÃO (2011: 187)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Vasco António Branco Guimarães o apoio e disponibilidade prestados durante a elaboração desta dissertação e o espírito crítico que contribuiu para a qualidade da mesma.

Aos meus pais Mário Braz e Maria Clara Braz, pelo apoio e incentivo ao longo da minha vida enquanto cá estiveram comigo.

À minha esposa Ana Carvalho, pela paciência, compreensão e amor que me dedicou ao longo desta tarefa.

Ao meu filho Mário João, que escolheu esta altura para nascer, por todo o estímulo emocional que me proporcionou e continua a proporcionar.

RESUMO

As pendências nos Tribunais Tributários mantêm-se a um nível insustentável, com mais de 40 mil processos à espera de resolução. A evolução só pode ser no sentido de uma busca de consenso entre duas partes que se encontram numa situação de desigualdade.

Em termos estritamente jurídico-normativos, a atribuição da resolução de litígios tributários a entidades não estaduais poderia encontrar sérios obstáculos quando tematizada no âmbito dos princípios constitucionais tributários.

Embora as relações entre a administração fiscal e o contribuinte sejam na sua génese paritárias e sujeitas ao princípio da igualdade, o Estado aparece nesta relação jurídica no desempenho de uma das mais primordiais funções de interesse público: a de arrecadar impostos (Fontes: 2007). Contudo, parece indisfarçável uma tendência para a desestadualização do Direito Tributário.

Com esta dissertação pretende-se abordar o Regime de Arbitragem Tributária como fenómeno desjurisdicionalizador na medida em que o contribuinte após a conclusão do procedimento tributário, pode optar por uma via extrajudicial, e os possíveis impactos deste meio alternativo criado para mitigar a enorme pendência processual.

Palavras-chave: Arbitragem Tributária, Direito Fiscal, Justiça Fiscal, Fiscalidade.

ABSTRACT

The pendency at Tax Courts stays high, with more than 40 thousand cases waiting for resolution. The evolution must only be towards consensus between the two parts which are in a situation of inequality. In strictly legal–normative terms, the allocation of tax litigation resolution to non–state entities could find serious obstacles when thematized in the context of fiscal constitutional principles.

Although the relations between tax administration and taxpayer are in their genesis of parity and subject to the principle of equality, the Administration appears in this legal relation performing one of the most basic functions of public interest: to collect taxes (Fontes, 2007). However, it seems unmistakable the trend towards the decentralization of Tax Law.

With this dissertation, it is intended to approach the Arbitration Tax Regime as a non administration jurisdiction phenomenon at the extent that the taxpayer after the completing of the tax procedure can choose a route other than the Court, and the possible impacts of this alternative means created to mitigate the huge number of pending proceedings.

Key-words: Tax Arbitrage, Tax Law, Tax Justice, Fiscal Policies

ÍNDICE

CAPÍTULO I	- 1 -
1 – Introdução	- 1 -
1.1 – Enquadramento Geral	- 1 -
1.2 – Objecto e Objectivos.....	- 4 -
CAPÍTULO II.....	- 7 -
2 – Conceito de Arbitragem.....	- 7 -
2.1 – Definição de Arbitragem	- 7 -
2.1.1 Arbitragem Voluntária e Arbitragem Necessária	- 9 -
2.1.2 Arbitragem Institucionalizada e Arbitragem AD HOC	- 10 -
2.1.3 Caracterização de Outros Meios Alternativos de Resolução de Litígios (MARL)	- 11 -
2.1.3.1 Negociação	- 12 -
2.1.3.2 Mediação.....	- 13 -
2.1.3.3 Conciliação	- 14 -
2.1.3.4 Mini-julgamento	- 14 -
2.1.3.5 Arbitragem não Vinculativa	- 15 -
2.1.3.6 Laudo Pericial Vinculativo ou não Vinculativo	- 15 -
2.1.3.7 Avaliação Pericial	- 15 -
2.2 – Aspectos Socioeconómicos, Políticos e Funcionais da Arbitragem..	- 15 -
2.3 – A Arbitragem na História	- 19 -
2.4 – Natureza Jurídica da Arbitragem	- 23 -
2.5 – Áreas de Utilização da Arbitragem.....	- 27 -
CAPÍTULO III.....	- 31 -
3 – A Arbitragem Tributária	- 31 -
3.1 – Admissibilidade no Ordenamento Jurídico Português	- 31 -
3.2 – Pressupostos e Disposições Gerais	- 39 -
3.3 – Os Tribunais Arbitrais	- 40 -
3.3.1 – Vinculação à Jurisdição dos Tribunais Arbitrais e seu Funcionamento	- 40 -
3.3.2 – Composição do Tribunal Arbitral.....	- 42 -
3.4 – Os Árbitros.....	- 43 -
3.4.1 – Requisitos dos Árbitros.....	- 43 -
3.4.2 – Impedimentos dos Árbitros.....	- 46 -
3.5 – O Procedimento Arbitral.....	- 47 -
3.5.1 – Constituição do Tribunal Arbitral.....	- 47 -
3.5.2 – A Taxa de Arbitragem	- 50 -
3.5.3 – Procedimento de Designação dos Árbitros.....	- 54 -
3.5.4 – Efeitos da Constituição do Tribunal Arbitral.....	- 56 -
3.6 – O Processo Arbitral.....	- 59 -
3.6.1 – Princípios Processuais	- 59 -
3.6.2 – Tramitação do Processo Arbitral	- 60 -
3.6.3 – Decisão Arbitral	- 61 -
3.6.4 – Decisão Arbitral Insusceptível de Recurso ou Impugnação	- 62 -
3.6.5 – Recurso da Decisão Arbitral.....	- 64 -
3.6.6 – Impugnação da Decisão Arbitral	- 66 -
3.6.7 – Regime Transitório	- 67 -

3.7 – Vantagens e Desvantagens.....	- 68 -
CAPÍTULO IV	- 70 -
4 – O Recurso à Arbitragem para a Resolução de Conflitos no Campo Tributário	
– Análise de um Caso Prático	- 70 -
4.1 – Fluxograma	- 70 -
4.2 – Processo Arbitral Tributário – Caso Prático	- 73 -
CAPÍTULO V	- 82 -
5 – Extrapolação da Arbitragem Tributária	- 82 -
CAPÍTULO VI	- 88 -
6 – Conclusões	- 88 -
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	- 93 -

ÍNDICE DE TABELAS

CAPÍTULO III

Tabela 3.5.2.1 – Tabela I do Regulamento de Custas nos processos de Arbitragem Tributária	- 50 -
Tabela 3.5.2.2 – Tabela II do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária	- 51 -

ÍNDICE DE FIGURAS

CAPÍTULO V

Figura 5.1 – Movimento processual nos TAFS	- 71 -
Figura 5.2 – Movimento processual na área administrativa	- 72 -
Figura 5.3 – Movimento processual na área tributária	- 72 -
Figura 5.4 – Movimento processual nos tribunais judiciais de primeira instância	- 73 -
Figura 5.5 – Movimento processual na mediação pública	- 74 -
Figura 5.6 – Movimento processual nos centros de arbitragem	- 74 -
Figura 5.7 – Movimento processual nos julgados de paz	- 75 -

SIGLAS E ABREVIATURAS

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

BCE – Banco Central Europeu

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CE – Comissão Europeia

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC – Código do Processo Civil

CPCI – Código do Processo das Contribuições e Impostos

CPT – Código do Processo Tributário

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CSTAF – Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais

DGPJ – Direcção-Geral da Política da Política de Justiça

FMI – Fundo Monetário Internacional

GRAL – Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios

LAV – Lei da Arbitragem Voluntária

LGT – Lei Geral Tributária

MARL – Meios Alternativos de Resolução de Litígios

OE – Orçamento do Estado

RCPAT – Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TAF – Tribunal Administrativo e Fiscal

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas do Direito sobre Comércio Internacional

CAPÍTULO I

1 – Introdução

1.1 – Enquadramento Geral

O Regime Jurídico da Arbitragem em Direito Tributário, aprovado pelo Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, que surge pelo uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 124.º da Lei nº 3-B/2010, de 28 de Abril, emerge como um diploma inovador que introduz uma alternativa aos contribuintes para dirimir os seus litígios com a administração fiscal.

Estamos perante um alargamento da capacidade de resposta do nosso sistema judicial, capacidade de resposta essa que, face aos largos milhares de litígios pendentes na jurisdição fiscal, recomenda uma complementaridade sistémica entre os tribunais e este novo meio institucionalizado de natureza arbitral.

Podemos assim falar na introdução de uma nova jurisdição que permite resolver, de forma mais célere, questões que anteriormente tinham que ser submetidas aos Tribunais Tributários. O processo arbitral tributário constitui então um meio processual alternativo ao processo de impugnação judicial e à acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária.

O preâmbulo do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, indica que a introdução no ordenamento jurídico português da Arbitragem Tributária

[...] visa três objectivos principais: por uma lado, reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, por outro lado, imprimir uma maior celeridade de resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo e, finalmente, reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais. (D.L. nº 10, 2011: 370)

Estes três aspectos essenciais são objectivos claramente marcados e que pretendem ser inovadores no plano jurídico tributário, ainda que se possa afirmar que os mesmos não representam mais que a concretização de princípios fundamentais do direito, que também vigoram no plano do direito tributário (Côrte-Real, 2011).

Estamos perante uma nova realidade que pretende contribuir para uma resolução célere e especializada dos litígios fiscais, atendendo à situação de grave pendência fundamentalmente em sede de primeira instância da jurisdição fiscal.

Esta nova realidade plasma uma tendência para a “desestadualização” do Direito Tributário, com a entrega de tarefas classicamente estaduais a entidades privadas. A Arbitragem Tributária surge como corolário desta nova concepção de Estado, onde assistimos cada vez mais a uma passagem da jurisdição do Estado para uma jurisdição dos cidadãos.

A arbitragem voluntária tem sido não poucas vezes apresentada como um “entrave” num sistema judicial monopolizado pelo Estado. O desvio progressivo do modo de dirimir tais litígios é contemporâneo de uma nova concepção de Estado e de sociedade e de um novo posicionamento do indivíduo perante a sociedade e o Estado. Como sugere Campos (2007: 19)

[existem] sinais claros de que este discurso se tem vindo a adoçar, ou mesmo a inverter, primeiro na realidade, depois nos princípios. Em termos de o “problema” ser cada vez menos o da jurisdição dos cidadãos; para começar a exigir-se antes a justificação, já não do monopólio dos tribunais do Estado, mas da própria legitimidade destes, num Estado democrático dos direitos e dos cidadãos.

Como refere Catarino (2009a), nem o Estado absolutista nem as revoluções liberais se preocuparam no plano tributário com a matéria da garantia dos contribuintes. No primeiro modelo essa ausência de preocupações com a garantia dos direitos individuais plasmava-se no sistema de poder vigente, onde o Rei possuía uma vontade soberana absoluta. No segundo modelo também não foram consagradas importantes garantias aos contribuintes. Embora tenhamos assistido à valorização da pessoa, com a passagem de súbdito a cidadão, as características de universalidade do imposto, os baixos níveis de tributação e os princípios do consentimento expresso em assembleia representativa de todos os cidadãos, fizeram crer que não seria necessário o estabelecimento de sistemas e normas destinadas a salvaguardar as legítimas expectativas desses cidadãos consagradas em lei e por eles mesmo aprovadas através de representantes.

O século XX trouxe um progressivo desequilíbrio, ainda muito no seu início, das relações de força entre o Estado e a sociedade, a favor desta, em que o Estado surge

como um simples instrumento da sociedade civil, colocada antes e acima dele (Campos, 2009). Segundo Campos (2009: 68)

[Esta] crise do Estado contemporâneo, enquanto sucessor do soberano do antigo regime, sobretudo ao nível do seu poder de raiz absoluta, a “soberania”, leva à crise dos “poderes” – legislativo, executivo e judicial – também “radicalmente” absolutos, à sua partilha com os cidadãos (Estado-dos-cidadãos) e sucessivamente à sua transferência para a sociedade civil e para cada um dos seus membros (“sociedade-dos-cidadãos, a consumir o “Estado-dos-cidadãos).

Assistimos assim, a uma viragem estrutural no campo das garantias dos contribuintes, a uma modificação radical do modelo de “Estado à “antiga” e pouco compatível com uma realidade nova que são os direitos de terceira geração” (Catarino, 2009a: 60).

É face a esta nova propensão para a protecção das garantias dos cidadãos que surgem os direitos de terceira geração que mais não são que “os direitos de participação dos cidadãos no desenvolvimento do procedimento e processo administrativo onde se tomam as decisões e define a sua situação concreta” (ibid.: 60). Assim, os contribuintes são vistos, não como mero objecto do poder, mas revalorizados e entendidos como sujeitos do poder, trazidos para o centro da relação tributária onde se discutem as suas garantias e direitos concretos (ibid.: 60).

Sendo a relação jurídica fiscal, no essencial, uma relação jurídica de crédito, esta é dotada, contudo, de um conjunto de características especiais, entre elas a indisponibilidade ou irrenunciabilidade do crédito fiscal (D.L. nº 398, 1998: 6879). Esta indisponibilidade determina que nenhuma das partes da relação jurídica tributária possa livremente dispor da relação de crédito, que não pode ser alterada por simples acordo entre as partes.

Se em campos de actuação em que a administração pública não se encontra investida de poderes de autoridade, o recurso à arbitragem não levanta celeuma e é admitida desde há muito, quando entramos no dirimir dos litígios fiscais mediante o recurso à arbitragem, de imediato surgem receios e cautelas.

Importa tentar perceber da razão de ser desta restrição prevista na lei, não olvidando o facto de que a administração tributária exerce as suas competências através da Fazenda Pública, em nome do Estado, sendo na esfera deste último que reside o direito aos créditos tributários.

Segundo Fontes (2009: 23), o facto

[d]os direitos indisponíveis não poderem ser afastados pelas partes [...] apenas significa que, na arbitragem tributária, os árbitros estariam obrigados a aplicar o direito constituído, sendo-lhes, portanto, vedado o recurso ao julgamento pela equidade.

A necessidade de salvaguarda dos princípios da legalidade e da igualdade entre os contribuintes parece, deste modo, não ser compatível com juízos de equidade quando estamos no campo da Arbitragem Tributária.

A prevenção contra o erro judiciário, a garantia da generalidade de acesso à Arbitragem Tributária por parte dos contribuintes, a necessidade de salvaguardar o direito a uma tutela jurisdicional efectiva e as preocupações de garantia de isenção e independência dos árbitros, são outros dos vários constrangimentos apontados quando se discute a admissibilidade, conveniência e praticabilidade da introdução da arbitragem tributária no ordenamento jurídico português.

Facto irrefutável é que, o Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, veio introduzir no nosso ordenamento jurídico um meio alternativo de resolução extrajudicial de conflitos em matéria tributária. A Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março, veio impor a vinculação da Direcção-Geral dos Impostos – DGCI – e da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo – DGAIEC (actual AT – Autoridade Tributária e Aduaneira, que resultou da fusão das supra referidas Direcções-Gerais, conforme Decreto-Lei nº 118/2011, de 15 de Dezembro) – à jurisdição dos tribunais arbitrais.

A promulgação deste quadro normativo, deu assim azo à criação de uma fórmula alternativa de resolução de conflitos de natureza fiscal que, face à sua ainda recente introdução, nos permite afirmar que estamos perante o início de um caminho.

1.2 – Objecto e Objectivos

O objecto desta dissertação é efectuar o estudo e a análise da arbitragem tributária, enquanto solução alternativa para a resolução de conflitos fiscais.

Perante a aparente inoperância patente no sistema de justiça tributária, importa avaliar os efeitos da introdução da arbitragem no domínio fiscal, enquanto meio alternativo à resolução jurisdicional dos conflitos em matéria tributária.

Assim, no capítulo 2 será abordado o conceito de arbitragem, em sentido lato, abarcando os aspectos socioeconómicos, políticos e funcionais do mesmo, a sua natureza jurídica, bem como a enumeração de algumas áreas de utilização da mesma, sem olvidar a caracterização de outros meios alternativos de resolução de litígios.

No capítulo 3 será efectuada uma análise da arbitragem tributária, compreendendo a admissibilidade da mesma no ordenamento jurídico nacional, os pressupostos da sua aplicação tal como disposições gerais sobre a mesma. Iremos ainda, neste mesmo capítulo, discorrer sobre os árbitros, nomeadamente os requisitos e impedimentos dos mesmos, os tribunais arbitrais, e ainda apresentar o procedimento arbitral e o processo arbitral, sem deixar de enumerar as vantagens e desvantagens deste meio alternativo para a resolução jurisdicional dos conflitos fiscais.

Neste capítulo iremos fazer-nos valer do trabalho desenvolvido por Pereira (2011) na análise e esquematização efectuados por este autor no domínio da arbitragem tributária, que em muito nos ajudou a desmontar e simplificar a contextualização do normativo jurídico do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro.

No capítulo 4, após o enquadramento teórico efectuado no capítulo anterior, iremos desenvolver a simulação de um caso de recurso à arbitragem tributária para a resolução de conflitos no campo fiscal, inicialmente elaborando um fluxograma onde ficarão evidenciadas as etapas do procedimento e do processo arbitral e posteriormente através do recurso a um processo de jurisprudência arbitral tributária com trânsito em julgado publicitado.

No capítulo 5 será avaliado o impacto da introdução desta forma extrajudicial de resolução dos conflitos dos contribuintes com a administração tributária, nomeadamente, em relação ao crescimento continuado e exponencial do volume processual pendente nos tribunais tributários, recorrendo a uma análise comparativa do impacto dos meios alternativos de resolução de litígios, onde se inclui a arbitragem, noutras áreas de utilização.

Esta extrapolação será efectuada numa perspectiva de natureza puramente qualitativa, não sendo utilizadas quaisquer técnicas de tratamento estatístico.

Procuraremos analisar deste modo se a arbitragem tributária constituirá um modo secundário de resolução de litígios fiscais ou, se ao invés, poderá constituir um relevante modo alternativo à resolução jurisdicional dos conflitos em matéria tributária, que poderia ajudar a mitigar não só o problema da morosidade da justiça

fiscal, mas também o da pouca especialização dos tribunais tributários em matérias com cada vez mais elevada complexidade e especialidade, envolvendo ainda o “cidadão contribuinte” na administração da justiça concreta, numa nova atitude perante o dever legal de pagar impostos.

Face à sua recente introdução, com o conseqüente exíguo lapso de tempo para a existência de dados que permitam efectuar uma avaliação *a posteriori*, neste capítulo abordaremos as expectativas da aplicação e especulações sobre o impacto da introdução da arbitragem tributária.

Finalmente, nas conclusões serão apresentados: uma síntese do conteúdo do trabalho, um conjunto de observações críticas e linhas gerais para futuras investigações sobre este tema.

CAPÍTULO II

2 – Conceito de Arbitragem

2.1 – Definição de Arbitragem

A arbitragem é um modo, sob o ponto de vista funcional e procedimental, de satisfazer a finalidade para a qual foi criada: resolver litígios. O vocábulo litígio terá aqui que ser entendido no sentido do disposto no n° 4 do artigo 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) – Lei n° 63/2011, de 14 de Dezembro, ultrapassando as questões contenciosas em sentido estrito, abrangendo, por exemplo, o preenchimento de lacunas de um contrato ou a actualização de um contrato.

Segundo Barrocas (2010: 31) “A Arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efectuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes.”

Esta definição de arbitragem salienta os quatro elementos essenciais do conceito: a sua função jurisdicional, a fonte de que resulta, os titulares da função arbitral e o reconhecimento legal (ibid.: 32).

Colaiácovo e Colaiácovo ²(apud. Pires, 2008: 400) definem arbitragem como

Um processo consensual, no qual uma terceira parte, neutra, o árbitro, ouve os argumentos das outras duas sobre o litígio, considera as evidências e emite uma decisão final. A decisão tem o valor de coisa julgada, é de cumprimento obrigatório e não é passível de revisão, salvo se tiver sido cometido algum erro grosseiro na condução do processo de arbitragem.

Para Cortez a arbitragem é

[u]ma forma de administração da justiça em quo litígio é submetido é submetido por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual [...].

²² COLAIÁCOVO, Juan Luis e COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. Negociação, mediação e arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

A função jurisdicional do tribunal arbitral é reconhecida por lei (artigo 42.º, n.º 7 da LAV), encontrando igualmente consagração na lei fundamental, no artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Não podemos negar a existência de características que nos permitem aproximar os tribunais arbitrais dos tribunais judiciais. O tribunal arbitral, à semelhança do tribunal judicial, procura a resolução de um conflito entre partes desavindas, sendo que a sentença arbitral proferida com essa finalidade tem o mesmo valor de uma sentença judicial.

Mas, também, são por demais evidentes as dissemelhanças. O tribunal arbitral exerce uma actividade de natureza privada, resultando a sua existência da vontade das partes por contraposição ao tribunal judicial que se assume como uma entidade que representa o poder do Estado.

É nesse sentido que Barrocas (2010:33) afirma que “[j]urisdicionalizar o árbitro seria descaracterizá-lo e funcionalizá-lo, perdendo a arbitragem as vantagens que a caracterizam e tanto a distinguem do processo judicial.”. E acrescenta que a referência que a CRP faz aos tribunais arbitrais visa conferir dignidade constitucional à sua existência e não permitir que seja invocada a inconstitucionalidade do artigo 42.º, n.º 7 da LAV, que reconhece à sentença arbitral a mesma força executiva da sentença judicial de um tribunal estadual.

O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE), no caso Nordsee vs. Reederei (sentença de 23 de Março de 1982)³, indicou que apenas os juízes, e não os árbitros, detêm o poder jurisdicional do Estado, apesar de a lei equiparar, quanto à sua eficácia, o valor da sentença arbitral ao da sentença judicial.

Em sentido convergente existe jurisprudência nacional, tendo o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), no processo 99A1015 (sentença de 18 de Janeiro de 2000), explanado que os tribunais arbitrais assentam na autonomia privada, sendo o Estado, que reconhecendo a sua utilidade pública, quebra o monopólio do exercício da função jurisdicional pelos seus órgãos, atribuindo à decisão do tribunal arbitral os efeitos próprios da sentença judicial.

³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG (102/81) [Em linha]. (1982). [Consult. em 20 Janeiro 2012]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981J0102: EN:NOT>

Neste mesmo Acórdão, é citado Cortez (1992)⁴ que lapidarmente define que “a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”. Com esta participação dos tribunais arbitrais no exercício da função jurisdicional, o Estado, através da lei, quebra o velho dogma do monopólio estatal, não da titularidade mas do exercício, da função jurisdicional.

A competência dos tribunais arbitrais é limitada, pois só podem intervir a pedido das partes e desde que o litígio entre elas não respeite a interesses de natureza patrimonial e desde que, por lei especial, não esteja submetido exclusivamente a tribunal estadual ou a arbitragem necessária (conceito que iremos abordar no ponto seguinte). Assim, e muito embora as suas decisões tenham a mesma força executiva das do tribunal estadual de primeira instância, não são dotadas de *jus imperium*, pelo que os tribunais arbitrais não podem executá-las, correndo a sua execução no tribunal judicial de primeira instância⁵.

A nova LAV visou, face à revogada Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, e no cumprimento do “Memorando de Entendimento” celebrado com a Comissão Europeia (CE), o Banco Central Europeu (BCE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), estabelecer um regime jurídico mais próximo dos padrões de arbitragem internacional, tendo por base a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas do Direito sobre Comércio Internacional (UNCITRAL).

Uma das principais alterações respeita ao facto do tribunal arbitral, além de decidir a causa principal, poder decretar também providências cautelares, bem como ordens preliminares. No entanto, também nesta matéria, o tribunal arbitral não dispõe de meios ou de formas de tramitação para a execução coerciva da providência cautelar, podendo esta ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente⁶.

2.1.1 Arbitragem Voluntária e Arbitragem Necessária

Uma das distinções tradicionais no domínio da arbitragem é a que contrapõe arbitragem voluntária, a qual definimos no ponto anterior, à arbitragem necessária.

⁴ CORTEZ, Francisco – A arbitragem voluntária em Portugal – Dos “ricos homens” aos tribunais privados. O Direito. CXXIV:4 (1992) 541-591.

⁵ Cfr. artigo 59.º, nº 9 da LAV.

⁶ Cfr. artigo 27.º, nº 1 da LAV.

A LAV revogou os artigos do Código do Processo Civil (CPC) que respeitavam ao tribunal arbitral voluntário (artigos 1508.º a 1524.º), mas deixou incólumes os artigos sobre arbitragem necessária (artigos 1525.º a 1528.º). Nestes últimos podemos encontrar normas supletivas empregues caso a lei especial que imponha a arbitragem não contenha regulamentação sobre as matérias constantes daqueles artigos.

A arbitragem necessária é aquela que não repousa sobre uma convenção das partes, em que por razões de especial tecnicidade ou de interesse de outra natureza, é imposta por lei especial, ou seja, a própria lei, em vez de confiar certo litígio à resolução por um tribunal estadual, veda o acesso a estes (pelo menos aos de primeira instância), impondo às partes o recurso a um tribunal arbitral (Mendes, 2010: 14).

Neste sentido, ao contrário de outros autores, Barrocas (2010: 89) entende

[...] que a natureza jurídica da arbitragem necessária, isto é, imposta por lei como único meio contencioso de ser usado, não corresponde à que é própria de uma verdadeira arbitragem.

A arbitragem é, por sua natureza, convencional, isto é, baseia-se e tem o seu fundamento numa convenção de arbitragem.

Também sob um ponto de vista histórico, a arbitragem foi concebida e desenvolveu-se no âmbito da sua natureza voluntária.

Em Portugal, no domínio do direito privado e do direito administrativo, a existência da arbitragem necessária é praticamente residual. O exemplo paradigmático surge no Código das Expropriações (Lei nº 168/1999, de 18 de Setembro) que no seu artigo 38.º impõe nas expropriações litigiosas a instauração do processo obrigatoriamente perante um tribunal arbitral imposto por lei. Mais recentemente, podemos referir a arbitragem necessária para a resolução de conflitos colectivos de trabalho prevista no Código do Trabalho (artigo 510.º e seguintes da Lei nº 7/2011, de 12 de Fevereiro).

2.1.2 Arbitragem Institucionalizada e Arbitragem AD HOC

Segundo Mendes (2010: 18), falamos de arbitragem *ad hoc* quando as partes se vinculam a organizar elas próprias a arbitragem, não a confiando a uma instituição especializada. Na arbitragem *ad hoc* não existe o apoio de um centro de arbitragem, sendo as partes que se vinculam a organizar elas próprias a arbitragem. O trabalho de nomeação do árbitro ou árbitros não é confiado a uma instituição especializada, sendo essa competência das partes ou, em caso de falta de acordo entre as mesmas, de uma

entidade nomeante indicada por estas ou, em último caso, uma tarefa do tribunal judicial.

Na arbitragem *ad hoc*, todo o trabalho de organização e condução do processo, para além da condução da instância arbitral, e a gestão geral do processo é todo ele executado pelo árbitro único ou pelos árbitros, eventualmente com o apoio de um secretário (Barrocas, 2010: 92).

Por contraponto à arbitragem *ad hoc* temos a arbitragem institucionalizada onde “questões como a constituição do tribunal arbitral, o apoio concedido à organização e condução do processo pelo árbitro e à gestão do mesmo, pode ser confiada a uma instituição especializada que, mediante um contrato assinado com as partes intervenientes, se encarrega dessas matérias” (ibid.: 92).

Estas instituições especializadas ou centros de arbitragem “dispõem de regulamentos próprios e duma infra-estrutura administrativa destinada a facilitar o desenvolvimento do processo arbitral” (Mendes, 2010: 18).

Podemos, deste modo, definir arbitragem institucionalizada como (Esquível 2005: 53) “um meio de resolução de litígios fora dos tribunais da justiça estadual e que se caracteriza pela intervenção de uma instituição especializada de carácter permanente à qual as partes se dirigem para dirimir o litígio.”⁷

Refira-se que, como aponta Barrocas (2010: 93) no domínio da arbitragem internacional será mais conveniente utilizar a arbitragem institucionalizada, designadamente devido a dificuldades que podem surgir na nomeação dos árbitros e ao facto de frequentemente estes residirem em países diferentes, com a subsequente menor disponibilidade demonstrada para se encarregarem, em conjunto, dos assuntos relativos à gestão do processo.

2.1.3 Caracterização de Outros Meios Alternativos de Resolução de Litígios (MARL)

A par da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios sem recurso aos tribunais estaduais existem outros meios que visam a que as partes cheguem a um acordo, prevenindo ou colocando termo a um litígio.

⁷ Esquível, José Luís em DIRECÇÃO-GERAL DA ADMINISTRAÇÃO EXTRAJUDICIAL – IV Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios, 2005: 53

Os meios mais conhecidos são a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Há quem entenda que a negociação não é um meio de resolução alternativa de litígios, enquadrando-o antes como uma componente de um qualquer dos processos de resolução [...] (Gouveia, 2008: 727)

Além dos referidos anteriormente, podemos ainda incluir nos MARL: o mini-julgamento, a arbitragem não vinculativa, o laudo pericial vinculativo ou não vinculativo e a avaliação pericial.

Como vantagens dos MARL enunciados podemos indicar (Barrocas, 2010: 82):

- Maior flexibilidade, ao permitirem tratar de interesses e não de direitos, consentindo uma utilização de mais de uma modalidade de MARL se a anterior não surtir efeito;
- Maior rapidez na resolução do conflito;
- Maior especialização no tratamento dos conflitos por intervenientes competentes e profissionais;
- Maior decompressão relativamente ao peso do litígio, não sendo obrigatório atingir um acordo, nem sendo vinculativa a decisão tomada;
- Redução de custos, dada a natureza menos complexa e menos demorada do processo;
- Boa percentagem de sucesso obtida nos países em que os MARL são comumente aplicados;
- Manutenção da relação comercial existente entre as partes;
- E por fim, e não menos importante, a confidencialidade dos assuntos tratados.

2.1.3.1 Negociação

A negociação é (Mendes, 2010: 3)

[U]m processo de resolução de controvérsias caracterizado por um desenrolar de contactos entre as partes desavindas, tendentes a modificar as exigências ou pretensões iniciais das partes até se aceitar uma solução de compromisso. De um modo geral, a negociação está presente em todos os meios alternativos de resolução de litígios que não terminam por uma decisão do tipo jurisdicional, seja proveniente de um tribunal estadual ou de um tribunal arbitral.

Podemos afirmar que a negociação consiste assim “na tentativa de resolução do litígio pelas partes [desavindas] sem a intervenção de uma terceira entidade neutra” (Barrocas, 2010: 70).

2.1.3.2 Mediação

A mediação e a conciliação utilizam ambos métodos de “melhores esforços”, distinguindo-se entre si, porque na mediação são as próprias partes que negociam a tentativa de obtenção do acordo que possa pôr termo ao litígio, mas onde são assistidas por um mediador neutral que, em princípio, não reúne em separado com cada uma das partes, auxiliando-as apenas a desbloquear impasses, a dialogar e a consensualizar posições (Barrocas, 2010: 71).

A doutrina anglo-saxónica distingue entre duas modalidades de mediação, atendendo aos poderes que são concedidos ao mediador pelas partes, que são a mediação facilitativa e a mediação avaliativa. No primeiro caso, o mediador apenas examina e centra o seu trabalho de mediação nos interesses das partes. Na segunda modalidade, o mediador examina e invoca na mediação os direitos das partes. Todavia, o mediador não tem quaisquer poderes de proferir decisões sobre as partes, uma vez que não detém poderes jurisdicionais (ibid.: 71).

A utilização de procedimentos típicos de mediação no processo arbitral, integrados neste e sem autonomia relativamente à arbitragem, originou as figuras da Med-Arb (mediação seguida de arbitragem se a primeira não tiver sucesso) e da Arb-Med (em que a arbitragem passa a mediação). Ambas as figuras acarretam problemas de confusão de funções, com o árbitro a ter duas tarefas: a de mediador e a de árbitro. Esta mistura do que foi criado para ser diferente, função de árbitro e função de mediador, surge assim como menos salutar e menos útil face aos mesmos processos conduzidos por pessoas diferentes.

Refira-se que “[o]s procedimentos Med-Arb e Arb-Med não se confundem [...] com os casos em que os árbitros efectuam, no decurso do processo arbitral e com prévio consentimento das partes, tentativas de obtenção de uma solução cordatária para o litígio” (ibid.: 85).

2.1.3.3 Conciliação

Na conciliação não existe negociação assistida entre as partes. Estas estão desavindas e consideram que não existem condições para negociar, admitindo todavia uma hipótese de se conciliar com a intervenção de um terceiro (Barrocas, 2010: 71).

O trabalho do conciliador é, deste modo, de maior envolvimento do que o do mediador, tendo de assumir uma postura mais activa, pois tem de levar em consideração a indisponibilidade das partes desavindas para negociar. O processo conciliatório é, em regra, constituído por reuniões em separado entre o conciliador e as partes.

A função do conciliador é assim mais árdua, devendo assumir uma função activa, pois não existindo manifestação das partes desavindas de disposição negociadora, este necessita obter das mesmas disponibilidade para a possibilidade de se conciliarem. Daí que o conciliador, como indica Barrocas (2010: 77) possa e deva utilizar o método de apresentação às partes de propostas concretas de resolução do litígio, não deixando de usar, nas recomendações emanadas, da mesma precaução aplicável ao mediador, sob pena de perder a imagem de neutralidade que deve assumir.

2.1.3.4 Mini-julgamento

O mini-julgamento é presidido por um painel constituído normalmente por administradores ou ex-administradores das partes em conflito e presidido por uma entidade neutra, um ex-juiz ou um jurista experiente que assegurará a imparcialidade na análise do conflito (Barrocas, 2010: 78).

O mini-julgamento é um processo voluntário para as partes atingirem uma solução compromissória, no qual um terceiro neutro é escolhido para presidir a um processo de decisão não vinculativo, onde se procura obter uma visão realista do caso concreto, simulando o resultado que se obteria num tribunal judicial.

Distingue-se da mediação e da conciliação por efectuar, com maior ou menor profundidade, o exame da matéria de facto e dos direitos das partes. O painel pode inquirir as partes e no final do processo profere uma decisão não vinculativa que pode servir de base a um acordo entre elas ou à abertura de outra modalidade de MARL (ibid.: 78).

2.1.3.5 Arbitragem não Vinculativa

Na arbitragem não vinculativa, “as partes podem submeter o conflito à apreciação de um árbitro ou de um painel de árbitros, expondo os factos, os documentos e demais prova, solicitando uma apreciação do conflito em termos semelhantes aos analisados na modalidade de mini-julgamento, sendo o processo conduzido por árbitro ou árbitros” (Barrocas, 2010: 78).

Por outras palavras, as partes em disputa na arbitragem não vinculativa colocam o seu caso perante uma terceira parte imparcial que elabora uma decisão arbitral que as partes podem decidir se aceitam ou não.

Nesta modalidade, “[a] decisão tomada não é vinculativa à partida, mas as partes podem, após proferida, aderir a ela ou negociar um acordo na base dela” (ibid.: 78).

2.1.3.6 Laudo Pericial Vinculativo ou não Vinculativo

No laudo pericial, as partes acordam em solicitar um laudo a um ou mais peritos independentes sobre o conflito, devendo previamente acordar ficar, ou não, vinculadas ao resultado desse laudo pericial (Barrocas, 2010: 79).

À semelhança da arbitragem não vinculativa, nada obsta a que as partes possam posteriormente aderir a um laudo pericial não vinculativo ou basear nele um acordo.

2.1.3.7 Avaliação Pericial

Nesta modalidade, não estamos ainda perante conflito declarado, encontrando-se as partes numa situação imediatamente anterior à declaração de conflito. Por forma a poderem evitar que ele se declare, as partes podem acordar em submeter a situação pré-conflituante à opinião de técnicos especializados, que intervêm neste exame prévio e, com base na sua opinião, remediarem a situação, evitando, deste modo, o conflito entre si (Barrocas, 2010: 79).

2.2 – Aspectos Socioeconómicos, Políticos e Funcionais da Arbitragem

Como aponta Barrocas (2010: 46), é inegável que a arbitragem é, antes de mais, um fenómeno sociológico que se tem vindo a impor, revelador da existência de um

movimento imparável no domínio da arbitragem internacional, com reflexos na arbitragem doméstica, e que tem vindo a mudar preconceitos no que respeita à atribuição a privados de competências que são próprias do Estado e dos seus agentes preparados para essa tarefa.

E salienta o mesmo autor (2010: 46), “[e]ste fenómeno, no nosso tempo, tem o seu campo de origem e desenvolvimento na economia e, mais particularmente, no comércio internacional.”

Após a Segunda Grande Guerra intensificaram-se as trocas internacionais de mercadorias, pondo fim à fragmentação dos mercados, que até então predominava. A ampliação deste intercâmbio comercial abriu caminho para uma aproximação cultural e política entre os Estados, consequência natural do desenvolvimento económico, assim como do intenso e acelerado desenvolvimento tecnológico e dos meios de transporte, informação e comunicação (Pires, 2008: 397).

De acordo com Pires (2008: 398), é neste panorama de reestruturação social e política que é assinado o GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), que se assumiu como um importante mecanismo de estimulação do comércio mundial no pós-guerra. A queda do Muro de Berlim e o desmoronamento da União Soviética vieram acelerar ainda mais este processo de globalização da economia.

Neste sentido somos levados a concordar com Barrocas (2010: 46) que aponta que foram as exigências do comércio internacional, com a globalização dos mercados financeiros e comerciais, que demonstraram a conveniência em submeter a técnicos especializados e experientes, escolhidos pelas partes – juristas ou não – a resolução de litígios dentro de certas regras pré-aprovadas ou previamente conhecidas, procurando evitar a submissão aos tribunais judiciais do país de uma das partes.

Foi, do mesmo modo, a necessidade de resposta à ambição, natural e legítima, de qualquer empresário, que procura uma solução o mais célere possível e desprovida dos formalismos jurídicos, que contribuiu igualmente para o crescente enraizamento deste fenómeno (ibid.: 46).

A competição é cada vez mais intensa, com as empresas a procurar novas oportunidades de venda no mercado externo e a instalarem unidades de produção noutros países, e exige respostas cada vez mais rápidas, objectivas e criativas (Pires, 2008: 398).

Este cenário de incertezas no plano das relações internacionais, potenciado por esta desmaterialização e deslocalização dos serviços, influencia negativamente o planeamento das actividades empresariais em todo o mundo. Os próprios ordenamentos jurídicos nacionais impõem limites aos ordenamentos jurídicos nacionais, que enfraquecem o Estado e impedem a composição dos litígios segundo os princípios de justiça que devem nortear o direito (ibid.: 399).

Esta difusão no plano internacional, influenciou, igualmente, as empresas no plano doméstico, confrontadas com a acumulação de processos nos tribunais judiciais, pela demora na sua resolução, pela conveniência na manutenção da confidencialidade do litígio e, na medida do possível, evitar toda a carga psicológica associada ao contencioso judicial, assim como procurando garantir a preservação da relação comercial com a parte desavinda (Barrocas, 2010: 46).

A isto temos que somar “a crescente dificuldade dos tribunais, sobretudo quando consideradas as três instâncias da judicatura (primeira instância, segunda instância e tribunal supremo) em decidir os processos num prazo razoável” (ibid.: 46).

Por outro lado, como aponta Pires (2008: 399) a crescente complexidade da vida económica e social, acaba por afastar os juízes da realidade enfrentada pelos litigantes. A norma previamente elaborada, concebida com carácter geral e abstracto, sem levar em consideração os factos objecto do litígio, condena os juízes a pensar conforme o direito, induzindo uma aplicação defeituosa da lei, provocando nos agentes económicos a necessidade de meios alternativos face aos procedimentos convencionais de resolução de conflitos.

A par de todas estas considerações de pendor sociológico, podemos afirmar que a arbitragem constitui hoje também um instrumento indispensável nas relações económicas. Os Estados e as economias já não se encontram espartilhados nas suas fronteiras e a internacionalização das relações económicas bate à porta de todos os países (Barrocas, 2010: 46).

Perante este cenário, “[s]em a arbitragem e outros MARL é difícil conceber harmonia e segurança nas relações económicas internacionais” (ibid.: 47).

No entanto, como salienta Barrocas (2010: 47), para haver arbitragem torna-se necessária a existência de uma cultura de arbitragem e esta só se materializa com leis actualizadas, instituições arbitrais e árbitros dotados de competência e bem preparados,

assim como a necessária e indispensável divulgação da arbitragem e dos seus méritos na sociedade.

A atribuição da função de administrar a justiça a pessoas privadas como sucede na arbitragem encerra um desvio anómalo aos conceitos tradicionais de defesa da soberania do Estado e ao poder absoluto do Estado. De tal forma isso é assim que apenas movimentos revolucionários, como foi o caso da Revolução Francesa de 1789, concederam legitimidade à arbitragem como modo de por termo a litígios (ibid.: 47).

Estávamos perante o posicionamento de dois campos extremados: os que defendiam a arbitragem como um modo natural de administrar a justiça e os que viam nela uma forma menor de funcionamento da justiça, concretizando uma faceta de crise do poder político estabelecido e organizado (ibid.: 47).

Como indica Barrocas (2010: 48), mesmo nos países anglo-saxónicos, em que a esta temática tem tido, historicamente, apreciável divulgação e popularidade, a ultrapassagem das referidas questões não se afigurou fácil para a arbitragem.

O fenómeno de deslocalização da arbitragem resultante da globalização ou mundialização da economia colocou, e coloca cada vez mais, em crise o conceito tradicional de caber ao Estado o monopólio da administração da justiça, quer sob a forma directa de o fazer através dos próprios tribunais judiciais, quer indirecta com a arbitragem a carecer da colaboração das instituições estaduais para a tornar eficaz, designadamente no que respeita à execução de sentenças arbitrais. (ibid.: 48)

Como acertadamente refere Barrocas (2010: 48), “a internacionalização das relações económico-jurídicas descentra dos limites de um Estado o fenómeno em si, reduzindo ou fragilizando o poder de controlo do Estado.”

E acrescenta (ibid.: 48) que “[...] a transnacionalização das relações económicas a uma escala mundial opera ainda um efeito de desgaste mais vasto do poder de controlo dessas relações pelos Estados.”

Segundo Barrocas (2010: 48), somente a arbitragem pode dar uma resposta eficaz a esta perda de intervenção no plano internacional da soberania nacional dos Estados. Sendo certo que a execução das sentenças arbitrais carece da colaboração do poder judicial do país destinatário da execução, não podemos deixar de referir que, uma grande parte das decisões arbitrais, são cumpridas voluntariamente, o que se traduz numa limitação dos tribunais judiciais, no cenário transnacional, ao papel de meros

fiscalizadores ou executores de sentenças arbitrais, constituindo esta situação uma evidente e notória redução da sua importância histórica.

Não podemos, deste modo, olvidar que os modelos que concediam total predomínio à jurisdição estadual para dirimir conflitos se encontram ultrapassados. Os tribunais judiciais, no plano doméstico e, também, no plano internacional, enfrentam cada vez mais dificuldades e carecem de meios de resposta ao incremento das relações económicas e ao aumento na sua complexidade e tecnicidade. Os Estados e os cidadãos contribuintes não estão interessados em assistir ao dispêndio de apreciáveis quantias do orçamento nacional para financiar a resolução de litígios internacionais pelos seus tribunais nacionais, que não tenham ou que tenham uma muito ténue conexão com o seu território ou os interesses nacionais (ibid.:48).

De tudo isto resulta que não existe um sistema judicial internacional, com propensão universalista, para resolver litígios internacionais. Esse papel está reservado à arbitragem internacional, a qual, todavia, na sua essência, não se distingue da arbitragem doméstica, nem quanto aos princípios, nem quanto à sua finalidade. Apenas adaptações da arbitragem à peculiaridade da cena internacional justificam algumas particularidades da arbitragem internacional (ibid.: 48).

Segundo Barrocas (2010: 49), a arbitragem aspira, em abstracto, constituir um modo de resolver litígios através da administração de uma justiça melhor e da prossecução de uma justiça diferente, obtendo harmonia nos julgados e a resolução de controvérsias, não essencialmente jurídicas, mas com efeitos jurídicos.

“O impulso dado à arbitragem pela ONU, ao promover a publicação de dois textos em favor da arbitragem, constituiu um importantíssimo ponto de viragem na aceitação universal da arbitragem” (Barrocas, 2010: 49). São eles a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em 10 de Junho de 1958, e a Lei Modelo da UNCITRAL, aprovada em 21 de Junho de 1985.

2.3 – A Arbitragem na História

A arbitragem não é novidade como instrumento de solução de conflitos, tendo uma longa história através dos séculos. Na mais remota antiguidade, a sociedade sempre procurou soluções pouco morosas, visto que os negócios exigem respostas rápidas, sob pena de perderem a eficácia, causando prejuízos para as partes interessadas.

“Uma grande nação é aquela que possui leis justas e uma justiça rápida e não onerosa”.⁸

Actualmente a realidade não é diferente, sendo que os conflitos exigem soluções eficazes e céleres.

Existem registos que nos permitem afirmar que os primórdios da arbitragem remontam há, pelo menos, três mil anos, existindo registos desta como forma de sanar conflitos através de soluções amigáveis na Antiga Babilónia e também entre os hebreus.

Na Grécia Antiga também encontramos várias referências à arbitragem. Homero na *Ilíada* faz referências a formas de solucionamento de conflitos que prefiguram o conceito de arbitragem. Com as soluções arbitrais intermunicipais entre Cidades-Estados, de que é exemplo o Tratado de Paz entre Atenas e Esparta de 445 a.C., coexistia um sistema de arbitragem privado ao qual Heródoto e, mais tarde, Platão, Aristóteles, Demóstenes e Plutarco efectuaram menções expressas⁹.

Refira-se que, já nesta data, aos laudos arbitrais proferidos era dada publicidade, sendo os mesmos gravados em placas de mármore ou de metal, que eram afixadas nos templos das cidades para conhecimento de todo o povo.

Na Roma Antiga, apesar do espírito imperialista dominante, a arbitragem também se desenvolveu. O juízo arbitral assumia-se como mais simples e mais aberto relativamente ao judiciário, não se tendo de submeter a qualquer lei e permitindo julgamentos segundo critérios de equidade.

A arbitragem sofreu um novo desenvolvimento no Período Justiniano, onde se legislou sobre o que o costume havia criado, destacando a sua importância e assegurando a sua eficácia executiva. A Constituição de Justiniano previa a intervenção do magistrado na elaboração do laudo arbitral em caso de penalidade.

Face à relevância assumida no quadro do direito processual romano, as referências ao instituto da arbitragem são profícuas na literatura de diversos autores como Cícero, Catão, Juvenal, Plutarco, Quintiliano e Séneca.

⁸ Deuterónimo, 4.8.

⁹ Neste ponto seguimos Barrocas, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 51 a 57.

Na Idade Média podemos apontar cinco motivos para o desenvolvimento da arbitragem (Schizzeroto apud. Torres, 2008: 27) “[...] ausência de leis ou sua dureza e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre Igreja e Estado”.

Neste período assumiu a Igreja Católica papel relevante, solucionando pacificamente litígios entre fronteiras, assim como nas questões do foro privado.

Com a independência das cidades no norte de Itália que se encontravam sob o domínio Lombardo difunde-se a utilização da arbitragem no domínio comercial, com os comerciantes a escolherem os seus árbitros para dirimir conflitos em questões mercantis ou de transporte marítimo.

Igualmente durante a Idade Média, a arbitragem é referenciada nas suas obras por vários autores como Acúrcio, Azo, Bártolo ou Baldo.

No ordenamento jurídico nacional não se encontram vestígios de uma arbitragem propriamente dita no século XII. Apesar do Direito Romano, como vimos anteriormente, e do Código Visigótico, este com forte influência do anterior, conhecerem o instituto da arbitragem, não existem provas da sua aplicação no território nacional.

Nesta época a administração da justiça no nosso país era levada a cabo por uma rede difusa de pessoas e de organizações sociais, como sejam as famílias ou as comunidades em que estas se inseriam e a própria Igreja.

Contudo, como aponta Barrocas (2010: 53), não será de rejeitar o recurso ao instituto da arbitragem “dado o seu carácter dependente das partes e a relativamente incipiente organização do Estado na altura”.

A partir do século XIII surgem as primeiras provas documentadas de alguma forma de arbitragem, com referências aos alvidros e, nos estatutos municipais, aos avenidores ou convenidores, que intervinham como juízes escolhidos pelas partes.

Com a acentuação do poder real, para além da criação de leis uniformes, procurava-se uma aplicação uniforme dessas mesmas leis, sendo que no século XIII o instituto da arbitragem e o papel dos alvidros na tarefa de dirimir conflitos começam a ser determinados numa perspectiva de poder centralizado.

O século XV e as Ordenações Afonsinas introduziram o apoio dos tribunais ordinários na arbitragem, nomeadamente, obrigando as partes a comparecer e a

submeter os litígios perante os alvidros, assegurando igualmente a execução da sentença por estes proferida. Barrocas (2010:54) indica que o regime de arbitragem vigente na época, “em muitos aspectos não [seria] muito diferente do modo como hoje é entendida e regulada a arbitragem privada”.

No século XVI, as Ordenações Manuelinas seguiram de perto o regime consagrado nas Ordenações Afonsinas. Contudo, assistimos nesta época a um novo reforço do poder central, com uma conseqüente redução de autonomia no campo da arbitragem.

Posteriormente, as Ordenação Filipinas que vigoraram até aos alvares do liberalismo do século XIX, asseguraram um regime em tudo semelhante ao consagrado nas Ordenações Manuelinas.

A Revolução Francesa trouxe uma alteração profunda nas estruturas políticas, sociais e económicas vigentes. Ao poder do rei sucede a soberania do povo, o princípio da igualdade estabelece que todos nascem livres e iguais, transformando-se o súbdito em cidadão.

A esta afirmação da posição do cidadão perante o Estado não podemos desassociar o desenvolvimento da importância da arbitragem face à justiça centralizada dos tribunais judiciais.

Portugal não foi influenciado imediatamente por esta vaga de ideias e práticas iluministas decorrentes da Revolução Francesa. Isso só veio a acontecer com o liberalismo, com a Revolução de 1820.

As invasões francesas haviam deixado um rasto de destruição, instalando o caos político e social em Portugal. A família real e a corte tinham fugido para o Brasil e o país vivia reduzido à condição de colónia, agravando-se a sua situação económica. Com a difusão crescente no nosso país das ideias da Revolução Francesa, estava criado o cenário propiciador da Revolução Liberal de 1820.

A Constituição de 1822, no seu artigo 194.º refere-se à arbitragem indicando que “[n]as causas cíveis e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juizes árbitros, para as decidirem”¹⁰. Na Carta Constitucional de 1826 estava previsto no artigo 127º que “[n]as [causas] Cíveis, e nas Penais civilmente intentadas poderão as

¹⁰ Constituição de 23 de Setembro de 1822. Disponível em: http://debates.parlamento.pt/Constituicoes_PDF/CRP-1822.pdf

Partes nomear Juízes Árbitros”¹¹. A Constituição de 1838 estatuiu no parágrafo 3.º do seu artigo 123.º que “[nas causas cíveis, e nas penas criminais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes árbitros”¹². A reforme judicial de 1841 não trouxe inovações significativas no campo da arbitragem, ao instaurar novamente a carta constitucional.

A arbitragem viu a sua função e importância consagradas no primeiro Código do Processo Civil datado de 1876, mas, com o advento da ditadura do Estado Novo, entramos num processo de judicialização da arbitragem, patente na obrigação de instalação do tribunal arbitral no tribunal da comarca e na ajuramentação dos próprios árbitros pelo juiz de direito.

Após 1974, no texto originário da Constituição da República Portuguesa de 1976 não eram efectuadas referências expressas à arbitragem. É só após a revisão constitucional de 1982 que os tribunais arbitrais vieram a ser consagrados na CRP. O Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, posteriormente declarado inconstitucional, e a LAV traduziram (Barrocas, 2010: 56) “um esforço legislativo no sentido de dotar o país com uma legislação moderna capaz de colocar a arbitragem voluntária e a sua articulação eficaz com o poder judicial no lugar que merece”.

Como conclui Barrocas (2010: 63)

[...] a arbitragem constitui um antipoder estatal. Aumenta a sua importância quanto menor for o controlo do Estado sobre os indivíduos e as empresas. A arbitragem convive mal com os regimes autocráticos, como sucedeu em Portugal no período Estado Novo [...]. A mundialização da economia cria para a arbitragem novos e importantes campos de acção.

2.4 – Natureza Jurídica da Arbitragem

“A análise da natureza jurídica da arbitragem conduz-nos necessariamente ao estudo da natureza jurídica da convenção de arbitragem, que constitui a fonte [...] da arbitragem voluntária” (Barrocas, 2010: 40).

¹¹ Carta Constitucional de 1926. Disponível em: http://debates.parlamento.pt/Constituicoes_PDF/II%20Carta%20Constitucional.pdf

¹² Constituição de 4 de Abril de 1938. Disponível em: http://debates.parlamento.pt/Constituicoes_PDF/CRP-1838.pdf

Segundo Freitas (2002: 625) a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual. Esse negócio jurídico tem a finalidade de resolver um litígio, retirando competência aos tribunais judiciais por disposição da lei (artigo 494.º, alínea j) do CPC). A opção pela sentença arbitral como meio de resolução do litígio constitui, deste modo, um interesse que entra igualmente no conjunto de interesses auto-regulados pelas partes, que no caso da opção pela arbitragem é efectuado na convenção de arbitragem.

Barrocas (2010: 40) aponta que:

[a]o contrário do que sustenta a doutrina processualista, o interesse relevante não constitui [...] a mera resolução do litígio, mas sim a resolução do litígio segundo certo modo – a arbitragem no seu todo. A qualidade esperada da sentença arbitral, aliada à possibilidade de as partes escolherem o árbitro [...], a possibilidade de fixação do prazo de duração da arbitragem, a preservação da relação comercial com a contraparte, a fixação das regras do processo e dos parâmetros jurídicos, económicos ou outros em que a sentença arbitral se deve situar ou deve ter em conta [...] constituem matérias relativamente às quais as partes detêm poderes de auto-regulação dos seus interesses, isto é, situam-se dentro da autonomia da sua vontade vista numa óptica exterior e muito significativa da resolução do litígio.

E acrescenta (ibid.: 40) que emergem para as partes da convenção de arbitragem deveres, fundados na boa fé, de lealdade entre elas e para com o árbitro, de cooperação com este para a obtenção da melhor e mais rápida solução do litígio, que excedem em muito o mero quadro da resolução do litígio em que a tese do negócio processual coloca a convenção de arbitragem.

Nenhuma jurisdição estadual tem o direito de julgar um litígio civil do comércio internacional que, pela sua natureza, se encontra conexo com mais de uma ordem jurídica, segundo as regras do seu próprio ordenamento jurídico. Apenas a decisão das partes, ou de uma delas, em conduzir o litígio para um ou outro dos ordenamentos jurídicos estaduais competentes se apresenta como determinante nesta matéria.

Essa decisão quando efectuada por acordo das partes mediante a celebração de uma convenção de arbitragem, não constitui, em si, um negócio jurídico processual, mas sim um negócio jurídico cujo primeiro efeito típico é a atribuição à lei reguladora da arbitragem de um determinado Estado de competência para regular a arbitragem pretendida pelas partes (ibid.: 41).

Barrocas (2010: 41) acrescenta que

[o] carácter transnacional da arbitragem, e a sua deslocalização de uma ordem jurídica nacional determinada que hoje se admite, confirma, portanto, [...] [que] a Arbitragem já não é hoje um meio de retirar competência aos tribunais e, assim, a convenção de arbitragem não constitui um negócio jurídico processual dentro dos estreitos limites dos conceitos jusprocessualistas nacionais de um Estado.

E conclui (ibid.: 41) que “[a] Arbitragem, quer doméstica, quer internacional, constitui uma instituição autónoma de resolução de litígios, que não é um substituto dos tribunais judiciais, com princípios, regras e metodologias próprios”.

Não existindo unanimidade na doutrina sobre as teses sobre a natureza jurídica da arbitragem, podemos apontar quatro principais (ibid.: 42): a jurisdicionalista, a contratualista, a mista e a autonomista.

Nas palavras de Barrocas (2010: 42), “a tese jurisdicionalista assenta no conceito que pertence ao Estado controlar e regular a arbitragem. A arbitragem apenas existe e é reconhecida porque a lei assim o quer”. Os defensores desta tese colocam em relevo o poder do Estado de permitir e de regular a arbitragem e argumentam que os árbitros, apesar de nomeados pelas partes, no exercício das suas funções, não diferem dos juízes, tendo ambos o poder de aplicar o direito aos casos concretos, evidenciando, desta forma, a presença do exercício da jurisdição.

A tese contratualista afasta-se da anterior no sentido em que sustenta que a arbitragem tem uma natureza contratual privada, implicando necessariamente um contrato estabelecido entre as partes, dependendo inteiramente desse acordo, não tendo o Estado qualquer controlo sobre estas. Segundo esta tese, o principal fundamento da arbitragem seria o consenso entre as partes e a ausência de jurisdição, no sentido em que a intervenção do Estado seria meramente acessória e existiria somente para conferir eficácia ao processo e garantir a exequibilidade da sentença arbitral.

A tese mista combina as duas anteriores conferindo à arbitragem uma concepção mais consentânea com a realidade actual, estando em conformidade com a Lei Modelo da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)¹³ que visa uniformizar as leis arbitrais no mundo. À tese jurisdicionalista vai beber os elementos

¹³ UNCITRAL – UNCITRAL Arbitration Rules [Em linha]. (Nova Iorque, 2011). [Consult. 20 Janeiro 2012]. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>

de direito público que permitem o funcionamento e a eficácia da arbitragem (força de caso julgado da sentença arbitral e o reconhecimento de que os árbitros exercem uma função jurisdicional e que a sentença por eles proferida tem o mesmo valor jurídico de uma sentença de um tribunal judicial). Da tese contratualista invoca que sem a convenção de arbitragem, não existe verdadeira arbitragem (ibid.: 44).

Esta tese procura a conciliação entre contrato e jurisdição, aceitando que a arbitragem tem uma origem contratual mas desempenha uma função jurisdicional, no sentido em que a arbitragem nasce da vontade das partes (contrato privado) mas procura solucionar conflitos que afectam a ordem pública e, nesse sentido, assistimos à transferência de jurisdição do Estado para a esfera privada. Mendes (2010: 10) define esta tese, também qualificada de mista ou híbrida, como “um sistema de justiça privada criada por um contrato de natureza processual.

Relativamente a este conceito de natureza jurisdicional da arbitragem, Freitas (2002: 625) aponta que “essa qualificação não põe em causa a constatação de que a fonte do poder jurisdicional do tribunal arbitral é distinta da fonte do poder jurisdicional dos tribunais do Estado, dotados de *ius imperii* que lhes advém da integração orgânica estadual.”

Por fim, a tese autonomista pretende realçar o carácter de independência da arbitragem relativamente ao Estado, sustentando que a arbitragem tem uma natureza nitidamente processual, nascida de um negócio jurídico próprio, que é a convenção de arbitragem (Barrocas: 45). Esta teoria resulta do desenvolvimento da tese mista, na medida em que, reconhecendo os elementos contratual e jurisdicional da arbitragem, salienta o papel primordial que as exigências do mercado e, nessa medida, o acordo entre as partes participantes no processo arbitral têm no plano jurídico e comercial.

Como refere Barrocas (2010: 45), por mais autónoma que a arbitragem seja concebida, carecerá sempre de alguns elementos da tese contratualista e da tese jurisdicionalista para explicar, segundo a lei do lugar da sede da arbitragem, por que é coerciva a sentença arbitral.

Do nosso ponto de vista, tal como Barrocas, perfilhamos a tese mista, na medida em que, pelo exposto, é inegável que a arbitragem possui um aspecto contratual, pois implica a necessidade de um contrato entre as partes, mas, ao mesmo tempo, não podemos negar que o papel do árbitro se assemelha em muito à função do juiz.

É a tese mista que melhor se adequa ao nosso ordenamento jurídico, na medida em que é pressuposto da arbitragem a existência de uma convenção entre as partes, conforme previsto no n.º 1 do artigo 1.º da LAV, e o n.º 7 do artigo 42.º da LAV conjugado com o artigo 202.º e o n.º 2 do artigo 209.º da CRP, conferem carácter obrigatório e força executiva à decisão arbitral.

2.5 – Áreas de Utilização da Arbitragem

Barrocas (2010: 97) aponta que são sem dúvida as matérias contratuais e patrimoniais as que melhor constituem objecto dos direitos disponíveis. Nesse sentido, podemos afirmar que, em princípio, todas as questões de carácter contratual ou relativas a património privado constituem campos arbitráveis.

Mais recentemente temos assistido a um alargamento progressivo da utilização da arbitragem dirimir conflitos fora destes campos, mediante o crescente reconhecimento, como temos vindo a descrever em capítulos anteriores, da predominância da sociedade civil dos indivíduos sobre o a sociedade do Estado, no campo da resolução de litígios que respeitam à sociedade civil.

Neste sentido podemos afirmar que a concepção montesquiana do Estado enquanto ente dotado dos poderes legislativo e executivo, detendo ainda o poder jurisdicional, interpretando e aplicando as leis que o próprio Estado criou, assumindo, deste modo, o que Barrocas (2010: 97) designa de “papel formal de julgador”, constitui matéria de controvérsia e encontra-se hoje em discussão.

O Supremo Tribunal Federal norte-americano ao reconhecer competência aos árbitros, em arbitragem internacional, para interpretar e aplicar a lei norte-americana da concorrência no caso *Mitsubishi Motors Corp. vs Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, veio dar um impulso decisivo na incursão da arbitragem no Direito Público. No seguimento desta jurisprudência, tem vindo a ser reconhecida pelos tribunais norte-americanos competência aos árbitros na arbitragem doméstica, na resolução de questões relacionadas com o mercado de capitais e protectora da propriedade intelectual, entre outras.

A necessidade de resolver litígios de investimento entre particulares e Estados conduziu à criação, sob a égide do Banco Mundial, do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), sendo os processos arbitrais, no campo da arbitragem internacional, organizados com o apoio daquele centro.

Mas existem outros campos de utilização da arbitragem fora do tradicional campo dos litígios comerciais, que iremos, nalgumas temáticas, sucintamente abordar seguidamente.

Sempre que se trate de ajuizar sobre a qualidade de um bem ou sobre a verificação das condições tecnológicas de um equipamento ou de um sistema de equipamentos, é possível submeter um diferendo a arbitragem, sendo frequente nalguns países diferendos desta natureza, principalmente, no domínio do comércio de mercadorias ou no dos produtos agrícolas.

Refira-se que se o diferendo consistir na mera verificação técnica das qualidades do produto ou equipamento, não estamos propriamente perante arbitragem, mas sim perante um exame pericial. Só estaremos perante verdadeira arbitragem quando a intervenção para resolver o diferendo, embora possa ter um carácter mais técnico do que jurídico, produza efeitos sobre uma determinada relação jurídica.

Também no campo dos conflitos de consumo, a arbitragem se vem assumindo como um meio fácil e popular de resolução deste tipo de litígios, normalmente de pequeno valor. Refira-se que a arbitragem na resolução de conflitos de consumo, como salienta Barrocas (2010: 109) não pode constituir um meio ou expediente para impedir o consumidor de usufruir da protecção legal a que tem direito, conforme Recomendação nº 98/257/CE, de 30 de Março de 1998, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo.

Na resolução de conflitos desta natureza, podemos indicar os seguintes centros de arbitragem já instituídos no nosso país: Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto, Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra e Figueira da Foz, Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave, Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo do Vale do Cávado, Centro de Informação e Arbitragem de Consumo de Braga, Centro de Arbitragem de Litígios de Reparação Automóvel, Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Madeira.

A União Europeia, a Noruega e a Islândia criaram a Rede EJE – Rede Extrajudicial Europeia de Conflitos de Consumo para a resolução de litígios transnacionais.

Refira-se que neste campo, para além da arbitragem institucionalizada administrada pelos diferentes centros de arbitragem atrás enumerados, também a constituição de

tribunais arbitrais *ad hoc* para julgamento de conflitos de consumo é admissível no nosso ordenamento jurídico.

Igualmente no campo dos seguros, onde questões relativas à validade, interpretação e vigência das apólices são frequentemente submetidas a arbitragem. O Direito Comercial Marítimo constitui também um campo privilegiado de utilização da arbitragem, sobretudo no comércio internacional, encontrando-se as principais instituições de arbitragem sedeadas em Londres. Em Portugal, no campo dos seguros do ramo automóvel existe o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis (CIMASA) e no campo do contencioso do sector automóvel temos o Centro de Arbitragem do Sector Automóvel.

Como salienta Barrocas (2010: 111), a arbitragem de certas matérias do Direito das Sociedades tem provocado alguma controvérsia que se situa, invariavelmente, no interesse público de certas matérias e na afectação de interesses ou direitos terceiros que não são parte do litígio, mas que podem vir a ter os seus direitos afectados por uma sentença arbitral que dirime um litígio que não é deles.

Tendo em consideração a existência de normas imperativas na regulação de algumas questões neste campo, existem matérias aceites como arbitráveis, como sendo o caso, por exemplo, dos litígios entre administradores ou gerentes e a sociedade, designadamente a licitude da cessação do vínculo e as indemnizações devidas, a responsabilidade civil dos administradores ou gerentes e o direito de regresso da sociedade sobre estes pelos montantes indemnizatórios pagos pela sociedade a terceiros, assim como litígios referentes ao direito de voto ou questões sobre a licitude de sindicatos de votos ou participações sociais.

Em questões do Direito da Concorrência é também possível distinguir, por um lado, campos de actuação que não oferecem qualquer dúvida sobre a sua arbitrabilidade, como sejam a interpretação e aplicação de legislação sobre esta matéria versando somente questões de natureza contratual ou questões de concentração de empresas, continuando a existir áreas em que está vedado o recurso ao instituto da arbitragem, como são todos os actos relacionados com a liberdade do mercado em geral, campo de actuação das entidades reguladoras e dos tribunais judiciais.

No campo das expropriações e no campo da energia, encontram-se estabelecidos regimes de arbitragem necessária, respectivamente no artigo 38º da Lei nº 169/99, de 18 de Setembro, para a fixação do montante da indemnização devido por expropriação

para fins públicos, se não existir acordo entre as partes, e na Secção X do Decreto-Lei nº 43.335, de 19 de Novembro de 1960, que prevê a arbitragem necessária na resolução de litígios no sector da produção, transporte e distribuição de energia eléctrica.

Em matérias de propriedade industrial, quando estamos perante um contrato de distribuição, um contrato de franchising ou um contrato de licenciamento de direitos de uso, é pacificamente aceite a sua arbitrabilidade.

No campo dos direitos de autor, o artigo 229º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, declara expressamente que são arbitráveis os litígios relativos a direitos de autor que não sejam classificados de indisponíveis.

Em questões laborais, são aceites como arbitráveis os efeitos económicos de direitos vencidos, terminada que esteja a relação laboral, o direito à remuneração por trabalho prestado fora dos limites normais de trabalho, remuneração por férias não gozadas ou indemnização por cessação do contrato. Saliente-se que, como refere Barrocas (2010: 133) uma vez vencidos, nem todos poderão desde logo ser arbitráveis, pois o tribunal do trabalho tem competência para verificar e fiscalizar a aquisição, modificação e extinção dos direitos irrenunciáveis do trabalhador.

Ainda em Portugal, foi criado pelo Ministério da Saúde e a Associação Portuguesa de Seguros o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Dívidas Hospitalares para administrar a arbitragem relativa ao contencioso de dívidas hospitalares por cuidados de saúde no âmbito de contratos de seguro automóvel ou de acidentes de trabalho.

Para o contencioso desportivo internacional a competência para dirimir o conflito recorrendo à arbitragem pertence ao Tribunal Arbitral do Desporto, com sede em Lausana, funcionando junto deste tribunal o Conselho Internacional de Arbitragem em Matéria de Desporto, com a função de administração da arbitragem desportiva.

CAPÍTULO III

3 – A Arbitragem Tributária

3.1 – Admissibilidade no Ordenamento Jurídico Português

O Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária teve a sua génese na autorização legislativa concedida pela Assembleia da República ao Governo, nos termos do artigo 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril (Lei do Orçamento do Estado para 2010), tendo sido concretizada através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, tendo sido aprovado em Conselho de Ministros de 11 de Novembro de 2010.

As leis de autorização legislativa, obedecendo ao complexo regime actualmente estabelecido pelos n.ºs 2 a 5 do artigo 165.º da CRP, devem definir o objecto, sentido, extensão e a duração – quando concedidas na lei do Orçamento e incidam sobre matéria fiscal, nos termos do seu n.º 5, mantém-se até ao termo do ano económico a que respeitam. A autorização legislativa para a criação do regime em análise apresenta-se particularmente desenvolvida, por se reportar a um meio processual alternativo de resolução de conflitos relativos a direitos indisponíveis, como é o direito ao crédito tributário (Vargas, 2011: 2).

Deste modo (Vargas, 2011: 3),

o âmbito da autorização legislativa para a instituição da arbitragem como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária, abrange, desde logo, a delimitação do objecto do processo arbitral tributário, enquanto direito potestativo dos contribuintes, a definição dos fundamentos que lhe podem servir de base, os princípios que o enfermam, a vinculação dos árbitros ao direito constituído e a proibição do recurso à equidade, a definição dos efeitos da instauração do processo arbitral tributário, assim como dos efeitos e fundamentos para apresentação do recurso da sentença do tribunal arbitral, do regime e fundamentos de anulação da sentença arbitral, atribuindo à sentença arbitral, que não tenha sido objecto de recurso ou de anulação, a mesma força executiva atribuída às sentenças judiciais transitadas em julgado.

Integram ainda o âmbito da autorização legislativa (ibid., 2011: 3)

as condições de funcionamento do tribunal arbitral, a definição dos montantes e do modo de pagamento dos honorários e das despesas dos árbitros, dos critérios

de determinação dos honorários em função do valor atribuído ao processo e da efectiva complexidade do mesmo, os critérios da nomeação dos árbitros, a autorização para revisão da legislação tributária em função do novo meio processual de resolução de conflitos e a consagração de um regime transitório que preveja a possibilidade de os contribuintes submeterem ao tribunal arbitral a apreciação dos actos objecto dos processos de impugnação judicial que se encontrem pendentes de decisão, em primeira instância, nos tribunais judiciais tributários, com dispensa de pagamento de custas judiciais.

Numa redução do imposto como fenómeno ao seu estado mais simples podemos defini-lo como uma (Catarino, 2009b: 177)

prestação patrimonial, positiva e independente de qualquer vínculo anterior, definitiva e unilateral ou sinalagmática, estabelecida por lei a favor de entidades que exerçam funções públicas e para a satisfação de fins públicos, que não constitui sanção pela prática de actos ilícitos.

Por outro lado

O imposto é simultaneamente uma realidade colectiva e individual, económica e jurídica, de economia pública e de economia privada, de direito do Estado e de direito dos homens, com profundas raízes sociológicas, que se projecta e perpassa em toda a actividade social e que constitui um *quid* determinante na caracterização e exercício do poder político (ibid.: 178).

Desde logo relevam os conceitos de prestação e obrigatoriedade que sustentam o carácter de indisponibilidade do tributo e da própria relação tributária. Trata-se de uma manifestação clara do primado da lei, posto que nem o sujeito passivo da relação se pode a ela furtar, nem o sujeito activo pode dela dispor, uma vez que verificados os pressupostos da lei tributária, não lhe é reconhecido o poder de disposição (ibid.: 178).

Já no passado se vislumbraram afloramentos deste princípio da indisponibilidade do crédito tributário no parágrafo primeiro do artigo 21.º do Código do Processo das Contribuições e Impostos (CPCI) e no artigo 108.º do Código do Processo Tributário (CPT). Actualmente, esse princípio está plasmado na redacção do n.º 2 do artigo 30.º da Lei Geral Tributária (LGT) a qual dispõe que o crédito tributário “é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e legalidade tributária” (ibid.: 179).

Neste sentido, a doutrina tem configurado as obrigações tributárias como obrigações relativamente indisponíveis, das quais decorre que o sujeito activo da relação tributária

não pode, ao contrário do que sucede com a generalidade dos credores privados, negociar ou condescender sobre as dívidas de impostos, renunciar a elas ou perdoá-las, no todo ou em parte, nem tão pouco conceder moratórias para o seu pagamento ou aceitar que este se faça parceladamente, exceptuados os casos em que a lei o preveja (ibid.: 179).

Como indica Filho (2008: 84)

Embora se possa considerar que o direito do contribuinte, de somente ser compelido a pagar o tributo legalmente devido, é um direito disponível e de natureza patrimonial, não se pode esquecer que o direito da Fazenda [Nacional] de arrecadar o tributo é um direito indisponível [...]

A indisponibilidade do crédito tributário compreende, por identidade de razões, todos os outros vínculos creditícios da relação jurídica tributária e está em harmonia com o que é geralmente defendido pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

O n.º 5 do artigo 1.º da LAV dispõe que o Estado e outras pessoas de colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se forem para tanto autorizados por lei ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado.

Embora as relações entre a administração fiscal e o contribuinte sejam paritárias e sujeitas ao princípio da igualdade, na determinação dos impostos existe uma posição por parte do Estado de *jus imperii*, sendo os direitos emergentes da relação tributária, por natureza, indisponíveis, por força do princípio do Estado de Direito democrático, por razões de certeza e segurança jurídica, que visam garantir um tratamento igual entre os contribuintes (Fontes, 2007: 23).

É inegável que existe na relação jurídica tributária uma posição especial por parte do credor Estado, que chega a originar especiais deveres de colaboração e de natureza formal para o devedor contribuinte. Esta desigualdade de posições é evidente e muito marcada face a outras realidades jurídicas.

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 1.º da LAV (redacção do Decreto-Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto com as alterações do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, Rectificação n.º 5-C/2003, de 30 de Abril e Decreto-Lei n.º 199/2003, de 10 de Setembro) qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

Esta indisponibilidade determina que nenhuma das partes da relação jurídica tributária possa livremente dispor da relação de crédito, que não pode ser alterada por simples acordo entre as partes. Nem o Estado, administração fiscal na sua qualidade de sujeito activo da relação, nem o contribuinte, enquanto sujeito passivo da obrigação do imposto, podem dela dispor, estando antes limitados, na sua actuação, aos limites estritos do disposto na lei.

Segundo Oliveira (2010: 134) são dois os critérios base em matéria de arbitrabilidade identificáveis nos principais ordenamentos jurídicos: o critério da disponibilidade do direito e o critério do carácter patrimonial do litígio. De acordo com o primeiro, a controvérsia é arbitrável se respeitar a direitos que as partes podem constituir e extinguir por acto de vontade e aos quais podem livremente renunciar, enquanto, de acordo com o segundo, é arbitrável toda a causa cujo objecto seja susceptível de avaliação pecuniária.

Podemos afirmar que assistimos a uma viragem da LAV no seu artigo 1.º, com o abandono do critério da disponibilidade do direito, deixando de depender a arbitrabilidade do litígio do carácter disponível do direito em litígio, para passar a depender da sua natureza patrimonial. Nas palavras de Oliveira (2010: 145), combinando este último critério “com o critério [...] da transigibilidade do direito controvertido, de modo a que mesmo os litígios que não envolvam interesses patrimoniais, mas sobre os quais seja permitido concluir transacção, possam ser submetidos à arbitragem”.

Importa referir que o crédito fiscal não é sempre e necessariamente irrenunciável, comportando a lei vigente diversas excepções a esta regra. Podemos apontar como exemplos a possibilidade de pagamento em prestações, nas situações legalmente admissíveis, ou os diversos diplomas de regularização de dívidas que consagraram regimes de acordo com os contribuintes, permitindo o pagamento da dívida sem juros.

Tendo presente que os direitos indisponíveis não podem ser afastados pelas partes, sendo direitos irrenunciáveis, traduzidos na maior parte das vezes em normas imperativas, a arbitragem tributária só teria a sua admissibilidade colocada em causa pelo disposto no artigo 39.º da LAV (artigo 22.º na redacção anterior) que dispõe que “os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade”.

Neste sentido, aos árbitros, em contexto de arbitragem tributária, estaria vedado o recurso ao julgamento por equidade. Segundo Fontes (2009: 23) a inaplicabilidade do disposto na LAV sobre o julgamento pela equidade seria “o único limite [...] à consagração da arbitragem tributária no ordenamento legal português, de um ponto de vista estritamente jurídico”.

A redacção do Regime de Arbitragem Tributária do Decreto-Lei nº 10/2011 no seu preâmbulo e no nº 2 do artigo 2.º, expressa que a instituição da arbitragem não significa uma desjurisdificação do processo tributário, na medida em que ao árbitro é vedado o recurso à equidade, devendo os árbitros julgar de acordo com o direito constituído.

Assim, e atendendo à letra da lei, nunca estaremos perante decisões arbitrais tomadas exclusivamente com base em critérios de equidade ou com base em critérios de legalidade mitigados por critérios de equidade. Neste sentido, não pode ser aceite a ideia defendida por Rocha (2009: 369) que indicava que

[...] uma solução plausível em sede de justiça [arbitral] tributária passaria pela ideia de “árbitros mistos” que, no que diz respeito às matérias de determinação geral da incidência (pessoal e real) e taxas aplicáveis estariam cingidos à estrita aplicação da lei, mas já no que diz respeito às matérias de determinação em concreto do valor de bens, da matéria colectável, da colecta [...] poderiam decidir de acordo com critérios de oportunidade.

Outro argumento invocado contra a arbitragem resulta da análise da CRP. Se no seio das relações jurídicas administrativas, a apontada violação do princípio de separação e interdependência dos órgãos de soberania, consagrado no artigo 111.º, pode ser afastado pela própria integração dos tribunais arbitrais no poder judicial, à luz do artigo 209.º da CRP, especificamente quanto às matérias administrativas e fiscais, uma análise da Lei Fundamental suscita a questão da arbitrabilidade das relações jurídicas desta natureza de um outro ponto de vista.

O artigo 212.º da CRP delimita e determina a competência dos tribunais administrativos e fiscais aparentemente de forma imperativa, não deixando aparentemente margem para que os litígios compreendidos no âmbito da respectiva jurisdição possam ser dirimidos por outros tribunais, ao contrário da delimitação constitucional, efectuada no artigo 211.º, da jurisdição dos tribunais judiciais, a competência dos tribunais administrativos e fiscais não é feita de forma subsidiária.

Por outras palavras, não obstante a inexistência de uma delimitação constitucional expressa do âmbito de jurisdição possível dos tribunais arbitrais, parece que estes não poderão dirimir litígios cuja competência se encontre constitucional e expressamente reservada aos tribunais administrativos e fiscais.

Ramos e Matos (2007: 26) apontam que

[...] face ao quadro constitucional actualmente em vigor, a jurisdição dos tribunais arbitrais apenas poderá ser legalmente fixada por sobreposição à jurisdição dos tribunais judiciais, parecendo nessa medida constitucionalmente vedada a instituição de tribunais arbitrais destinados a dirimir litígios tributários.

Contudo, ainda que se admita a possibilidade de consagração legal, através de lei especial, da arbitragem no âmbito das relações jurídicas tributárias, não devemos olvidar a necessidade de (ibid.: 26) “ponderar cuidadosamente [...] a própria praticabilidade da concretização de tal [...] decisão política”.

Já para Nabais (2010: 90) a redacção do n.º 2 do artigo 209.º da CRP é “cristalina”, limitando-se a estabelecer que “podem existir tribunais arbitrais”, não estabelecendo no quadro desse preceito quaisquer limites à sua instituição. Neste sentido, apenas será de excluir a possibilidade de instituição de tribunais arbitrais para a solução de litígios em que a CRP imponha a intervenção dos tribunais não arbitrais ou respeitem a matérias para as quais a lei imponha uma solução estritamente vinculada.

Conclui (ibid.: 91) que a CRP não contém “qualquer disposição específica a vedar a instituição de tribunais arbitrais no direito dos impostos ou, mais em geral, no domínio das relações jurídicas tributárias”.

Importará antes de mais ter em consideração a necessidade de garantir o respeito pelos princípios da legalidade e da igualdade entre os contribuintes em matéria tributária, sendo inaceitável conceber um regime de arbitragem tributária que os não respeite. Se se reconhece a existência de um dever fundamental de pagar impostos, a outra face desse mesmo dever, necessariamente com a mesma natureza, não poderá deixar de ser o direito de exigir que todos estejam de igual modo sujeitos a eles. Desta mesma salvaguarda dependerá, em grande medida, o bom funcionamento do sistema fiscal.

Nesse sentido, não pode a introdução da arbitragem no âmbito das relações jurídicas tributárias, como forma alternativa de resolução de litígios, ser susceptível de gerar nos contribuintes dúvidas sobre a aplicação correcta e igualitária da lei. Por outras palavras, semelhante alteração legislativa porá à prova a confiança dos contribuintes na

administração tributária e a capacidade de esta defender os interesses da comunidade dos contribuintes em sede de processos arbitrais.

Significa isto que um regime de arbitragem tributária que não seja apreendido pelos contribuintes como justo e apto a salvaguardar o interesse público na boa aplicação das leis tributárias, trará, inevitavelmente, compreensíveis suspeitas sobre a bondade da actuação da administração tributária e acerca da justa repartição da carga tributária por todos os contribuintes.

Como indicam Ramos e Matos (2007: 27) “não pode em caso algum gerar-se um sentimento de que a tributação de acordo com a capacidade contributiva se está a substituir pela tributação de acordo com a capacidade negocial”.

A necessidade de salvaguardar o respeito pelos princípios da legalidade e da igualdade entre os contribuintes implica a generalidade de acesso à arbitragem por parte dos contribuintes, a publicidade das decisões arbitrais e a necessidade de fundamentação expressa das mesmas.

Falcão (2011: 194) defende que sendo dificilmente defensável a alegação de inconstitucionalidade da arbitragem tributária, não repugnaria um juízo de inconstitucionalidade sobre a manutenção da inexistência dos tribunais arbitrais, na falta de melhor alternativa, como

[...] meio de dar execução plena à norma constitucional que confere o direito dos cidadãos (no caso contribuintes) a uma decisão em [...] prazo razoável e com procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter a tutela efectiva e em tempo útil¹⁴ [...]

Outra linha de argumentação alega com as preocupações de garantia de independência e isenção dos árbitros, que exigiria um regime de impedimentos tão ou mais exigente do que aquele existente para os magistrados judiciais, além do problema da remuneração dos mesmos.

De facto, não se afigurando exequível que a actividade dos árbitros fosse não remunerada, não deixaria de ser delicado que os mesmos fossem remunerados pelas partes e ainda mais questionável que essa remuneração proviesse do erário público, quando é certo que este já suporta em grande medida os custos do sistema judicial.

¹⁴ Cfr. artigo 20º, nºs 4 e 5 da CRP.

Por outro lado não podemos deixar de fazer referência ao “problema” do “poder” judicial. Sobre este assunto Campos (2007: 22) afirma que se coloca

crescentemente o “problema” da jurisdição do Estado: qual a legitimidade de “magistrados”, detentores de poder, não eleitos? Qual a legitimidade de cooptação dos novos juízes pelos já em exercício? Qual a legitimidade de julgarem (terem poder sobre) os “outros políticos”, estes eleitos? Assim, tem vindo a criar-se e a aprofundar-se o “problema” da jurisdição do Estado. Em termos de justificação do monopólio; mas cada vez mais como questionamento da legitimidade do seu poder (da sua existência) que parece dificilmente compreensível nos quadros do Estado-de-direito-democrático-dos direitos e dos cidadãos e da própria legitimidade republicana. Aparecendo cada vez mais de acordo com a “natureza das coisas”, que os cidadãos resolvam eles mesmos os conflitos entre os seus direitos.

Estamos perante o questionamento do até muito recentemente inquestionado Estado na criação da lei e, mais prementemente, na sua aplicação. A sociedade civil, libertando-se do poder do Estado, tem vindo a entender que, tendo legitimidade para criar as suas próprias relações intersubjectivas, para criar o seu próprio direito para além do direito legislado, também deve ter legitimidade para resolver os seus próprios conflitos. Quem celebra um contrato deve resolver os conflitos inerentes.

Esta pressão tem sido cada vez maior à medida que o afrouxar do tecido social, o aumento da conflitualidade, o crescimento da densidade técnica dos problemas e a incapacidade do sistema judicial para lhes responder têm vindo a pôr a nu as insuficiências deste.

Filho (2008: 84) defende

[que] o maior inconveniente, na arbitragem tributária, em matéria de direito, ou de interpretação das normas, seria a previsível lesão aos princípios da igualdade [...] que esta solução de controvérsias poderia gerar, com laudos arbitrais irrecorríveis, mais céleres, é certo, mas divergentes entre os casos, sem que fosse possível uma uniformização posterior e final de jurisprudência, como sucede no âmbito do processo fiscal administrativo e, sobretudo, do processo judicial, onde é possível esta uniformização de jurisprudência.

Contudo, a publicação célere e de fácil acesso *online* das decisões arbitrais, ao permitir um controlo efectivo por parte da comunidade fiscal, incluindo os contribuintes, contribui inequivocamente para uma aplicação correcta das leis tributárias, sem

concessão a influências indevidas ou arranjos oportunistas, permitindo atestar da fiabilidade deste procedimento, parecendo afastar a validade deste argumento.

O que é evidente é que (Feio, 2007: 33)

[t]odo este processo pressupõe uma modificação na forma de afirmar alguns princípios essenciais do direito tributário. A evolução tem de ser no sentido já trilhado pelo direito administrativo, com a admissibilidade de uma busca de consenso entre as duas partes que se encontram numa situação de desigualdade.

3.2 – Pressupostos e Disposições Gerais

Como já referimos anteriormente, decorre do preâmbulo do diploma que adopta e disciplina a arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária, a introdução no nosso ordenamento jurídico da arbitragem em matéria tributária, visa três objectivos nucleares:

- O reforço da tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos por parte dos sujeitos passivos;
- Trazer uma maior celeridade ao sistema da justiça tributária e, directamente relacionado com este segundo interesse;
- Reduzir o número de processos judiciais em curso junto dos diversos tribunais tributários espalhados pelo país.

São objectivos claramente marcados e, sem dúvida, inovadores no plano da ordem jurídica tributária, ainda que sempre se possa afirmar que os mesmos representam e concretizam princípios fundamentais do direito que também vigoram no plano do direito tributário, nomeadamente no que se prende com o princípio genérico da economia processual (Côrte-Real, 2011: 3).

Ao longo do referido preâmbulo podemos sumariamente observar a estrutura conceptual que sustenta a prossecução dos supra identificados objectivos, destacando-se aí que “tendo em vista conferir à arbitragem tributária a necessária celeridade processual, é adoptado um processo sem formalidades especiais, de acordo com o princípio da autonomia dos árbitros na condução do processo”, sendo “estabelecido um limite temporal de seis meses para emitir a decisão arbitral, com possibilidade de prorrogação que nunca excederá os seis meses”, ou seja, o máximo de um ano.

Realce ainda para o facto do referido preâmbulo terminar com uma pertinente chamada de atenção: “a instituição da arbitragem não significa uma desjurisdição do processo tributário, na medida em que é vedado o recurso à equidade, devendo os árbitros julgar de acordo com o direito constituído”.

A competências dos tribunais arbitrais em matéria tributária podem incidir sobre¹⁵:

- a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta;
- b) A declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais.

A competência material dos tribunais arbitrais está circunscrita às matérias referidas anteriormente, não podendo esses tribunais apreciar quaisquer pretensões de diferente natureza.

3.3 – Os Tribunais Arbitrais

3.3.1 – Vinculação à Jurisdição dos Tribunais Arbitrais e seu Funcionamento

A vinculação da administração tributária à jurisdição dos tribunais arbitrais depende de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça, que estabelece, designadamente, o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos¹⁶. Esse diploma legal já foi publicado, correspondendo à Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março.

Como decorre do citado diploma legal, à data da sua promulgação, encontravam-se vinculados à jurisdição dos tribunais arbitrais os seguintes serviços do Ministério das Finanças e da Administração Pública:

- a) A Direcção-Geral dos Impostos (DGCI); e
- b) A Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC).

¹⁵ Cfr. artigo 2.º, nº 1 (alterado pelo OE2012).

¹⁶ Cfr. artigo 4.º, nº 1.

Os referidos serviços constituem actualmente a AT – Autoridade Tributária e Aduaneira, que resultou da fusão das referidas Direcções-Gerais, conforme o Decreto-Lei nº 118/2011, de 15 de Dezembro, a qual se vincula à jurisdição dos tribunais arbitrais que tenham por objecto a apreciação das pretensões relativas a impostos cuja administração lhes esteja cometida e que se insiram no âmbito material da arbitragem em matéria tributária, com a excepção das seguintes¹⁷:

- a) Pretensões relativas à declaração de ilegalidade de actos de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta que não tenham sido precedidas de recurso à via administrativa nos termos dos artigos 131.º a 133.º do CPPT¹⁸;
- b) Pretensões relativas a actos de determinação da matéria colectável e actos de determinação da matéria tributável e actos de determinação da matéria tributável, ambos por métodos indirectos, incluindo a decisão do procedimento de revisão;
- c) Pretensões relativas a direitos aduaneiros sobre a importação e demais impostos indirectos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação; e
- d) Pretensões relativas à classificação pautal, origem e valor aduaneiro das mercadorias e a contingentes pautais, ou cuja resolução dependa de análise laboratorial ou de diligências a efectuar por outro Estado membro no âmbito da cooperação administrativa em matéria aduaneira.

Refira-se que a vinculação da AT à jurisdição dos tribunais arbitrais está limitada a litígios de valor não superior a € 10.000.000,00¹⁹, encontrando-se igualmente sujeita às seguintes condições²⁰:

- a) Nos litígios de valor igual ou superior a € 500.000,00, o árbitro presidente deve ter exercido funções públicas de magistratura nos tribunais tributários ou possuir o grau de mestre em Direito Fiscal;

¹⁷ Cfr. artigo 2.º da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março.

¹⁸ CPPT: artigo 131.º sob a epígrafe “*Impugnação em caso de autoliquidação*”, artigo 132.º “*Impugnação em caso de retenção na fonte*” e artigo 133.º “*Impugnação em caso de pagamento por conta*”.

¹⁹ Cfr. artigo 3.º, nº 1 da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março.

²⁰ Cfr. artigo 3.º, nº 2 da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março.

- b) Nos litígios de valor igual ou superior a € 1.000.000,00, árbitro presidente deve ter exercido funções públicas de magistratura nos tribunais tributários ou possuir o grau de doutor em Direito Fiscal;

Em caso de impossibilidade de designar árbitros com as características referidas no número anterior cabe ao presidente do Conselho Deontológico do CAAD a designação do árbitro presidente²¹.

Os tribunais arbitrais decidem em conformidade com o direito constituído, não sendo admissível o recurso à equidade²².

Sem prejuízo do tribunal arbitral poder definir a tramitação mais adequada a cada processo especificamente considerado, com respeito pelos princípios da celeridade, simplificação e informalidade processuais²³, são subsidiariamente aplicáveis ao processo arbitral tributário, de acordo com a natureza dos casos omissos²⁴:

- a) As normas de carácter procedimental ou processual dos códigos e demais normas tributárias;
- b) As normas respeitantes à organização e funcionamento da administração tributária;
- c) As normas relativas à organização e processo nos tribunais administrativos e tributários;
- d) O Código do Procedimento Administrativo;
- e) O Código do Processo Civil.

3.3.2 – Composição do Tribunal Arbitral

Os tribunais arbitrais podem funcionar: como tribunal singular, com a intervenção de um único árbitro, ou como tribunal colectivo, com a intervenção de três árbitros²⁵.

Os tribunais arbitrais funcionam com árbitro único nas seguintes situações²⁶:

²¹ Cfr. artigo 3.º, nº 3 da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março.

²² Cfr. artigo 2.º, nº 2.

²³ Cfr. artigo 29.º, nº 2.

²⁴ Cfr. artigo 29.º, nº 1.

²⁵ Cfr. artigo 5.º, nº 1.

²⁶ Cfr. artigo 5.º, nº 2.

- a) O valor do pedido pronúncia não ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo²⁷; e
- b) O sujeito passivo opte por não designar árbitro.

Os tribunais arbitrais funcionam como tribunal colectivo com a intervenção de três árbitros, nas seguintes situações²⁸:

- a) O valor do pedido de pronúncia ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo²⁹; ou
- b) O sujeito passivo opte por designar árbitro, independentemente do valor do pedido de pronúncia.

3.4 – Os Árbitros

3.4.1 – Requisitos dos Árbitros

Os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público³⁰, devendo ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, nomeadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e júris consultoria, de docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio³¹.

Contudo, sempre que as questões a decidir exijam um conhecimento especializado de diferentes áreas, pode ser designado como árbitro não presidente um licenciado em Economia ou Gestão, observando-se, com as necessárias adaptações, os demais referenciados requisitos de designação dos árbitros³².

²⁷ A alçada do Tribunal Central Administrativo é de € 30.000,00 (artigo 24.º, nº 1 da Lei da Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais ex vi artigo 6.º, nº 4 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

²⁸ Cfr. Artigo 5.º, nº 3.

²⁹ Ver nota de rodapé 23.

³⁰ Cfr. artigo 7.º, nº 1.

³¹ Cfr. artigo 7.º, nº 2.

³² Cfr. artigo 7.º, nº 3.

A lista dos árbitros que compõem o CAAD é elaborada nos termos do Decreto-Lei n.º 10/2011 e dos Estatutos e Regulamento do CAAD³³.

Os árbitros encontram-se sujeitos à observância dos princípios da imparcialidade e da independência, bem como ao dever de sigilo fiscal, nos exactos termos em que este é imposto aos dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária³⁴.

Em caso de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação por causa imputável ao árbitro, este é substituído em conformidade com as regras aplicáveis à indicação do árbitro substituído ou, ouvidos os restantes árbitros e não havendo oposição das partes, procedendo-se à alteração da composição do tribunal³⁵.

No caso de se verificar a substituição do árbitro, o tribunal arbitral decide se algum acto processual deve ser repetido em virtude da nova composição do tribunal, tendo em consideração o estado do processo³⁶.

Os árbitros assumem-se assim como uma peça fundamental da justiça arbitral, tendo em conta a delicadeza de interesses em jogo e os difíceis equilíbrios que se mostram necessários alcançar, justificando a existência de um órgão responsável pela tutela da idoneidade, competência, neutralidade, independência e isenção dos mesmos, sob pena de hipotecar a confiança dos agentes relativamente aos tribunais arbitrais (Serra, 2010a: 5).

O Conselho Deontológico do CAAD é o órgão ao qual cumpre responder pela salvaguarda da neutralidade e transparência, assegurando a aplicação de um Código Deontológico³⁷, que estabelece expressamente parâmetros de conduta aos árbitros administrativos e fiscais.

A codificação de deveres deontológicos, assim como a criação de um órgão independente, responsável pela sua tutela, asseguram (Serra, 2010: 7):

- A promoção de uma maior consistência de conduta entre os membros da função arbitral;

³³ Cfr. artigo 7.º, n.º 4.

³⁴ Cfr. artigo 9.º, n.º 1.

³⁵ Cfr. artigo 9.º, n.º 2.

³⁶ Cfr. artigo 9.º, n.º 3.

³⁷ Código Deontológico disponível em <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/CAAD%20%20Codigo%20Deontologico%20-%202011-03-03.pdf>

- O fornecimento de guias de acção seguros aos próprios árbitros, que poderão vir a ajudá-los no inevitável confronto com situações problemáticas concretas;
- O desenvolvimento pelos utentes do CAAD, de expectativas razoáveis e fiáveis relativamente às práticas arbitrais; e
- A segurança decorrente da “justiciabilidade” das regras éticas que enformam tais práticas junto do Conselho Deontológico do CAAD.

Ainda nas palavras do Presidente do Conselho Deontológico do CAAD (ibid.: 7) aos árbitros em funções no CAAD, é exigido:

- Imparcialidade relativamente às partes;
- Neutralidade face ao conflito de interesses;
- Idoneidade moral e sentido de interesse público;
- Capacidade para valorar, técnica e juridicamente, a questão controvertida;
- Competência para chegar a uma decisão de qualidade, naquele prazo relativamente curto que lhes é imposto pelas regras do processo arbitral, mas também, e sobretudo, pelas legítimas expectativas das partes, que optam pela via arbitral na esperança de beneficiar de uma justiça fiscal mais célere.

Não obstante todas as garantias de independência dos árbitros, o facto de, ao contrário do que o n.º 3 do artigo 216.º da CRP, não ser exigido aos árbitros um regime de exclusividade do exercício de funções idêntico ao dos juizes dos tribunais tributários, pode ser apontado (Vargas, 2011: 10) “como ponto negativo, a[o] nível das garantias de imparcialidade”.

Segundo Serra (2011a), “o estabelecimento de critérios éticos reguladores da actividade arbitral não substitui, nem visa substituir, a consciência moral do árbitro”, concretizando que “[...] da conduta do “juiz” árbitro [...] depende, em muito, a integridade, credibilidade e respeitabilidade da arbitragem tributária, condições sem as quais ele não poderá ser um instrumento cabal de administração da Justiça”.

3.4.2 – Impedimentos dos Árbitros

Os casos que configuram impedimentos do exercício da função de árbitro são os seguintes³⁸:

a) Os referidos no artigo 44.º, nº 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA), com as necessárias adaptações, ou seja, quando:

- Tenha interesse no processo arbitral, por si, como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa;

- Por si ou como representante de outra pessoa, tenha interesse no processo arbitral o seu cônjuge, algum parente ou afim em linha recta ou até ao 2º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum;

- Por si ou como representante de outra pessoa, tenha interesse em questão semelhante à que deva ser decidida, ou quando tal situação se verifique em relação a pessoa abrangida pela alínea anterior;

- Tenha intervindo no processo arbitral como perito ou mandatário ou haja dado parecer sobre a questão a resolver;

- Tenha intervindo no processo arbitral como perito ou mandatário o seu cônjuge, parente ou afim em linha recta ou até ao 2º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum;

- Contra ele, seu cônjuge ou parente em linha recta esteja intentada acção judicial proposta por interessado no processo arbitral ou pelo respectivo cônjuge;

- Se trate de recurso de decisão proferida por si, ou com a sua intervenção, ou proferida pelo seu cônjuge, parente ou afim em linha recta ou até ao 2º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum.

b) Quando nos dois anos anteriores ao da sua indicação como árbitro:

- A pessoa designada tenha sido dirigente, funcionário ou agente da administração tributária, membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor ou consultor do sujeito passivo que seja parte no processo, de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio, tal como é definida no Código das

³⁸ Cfr. artigo 8.º, nº 1.

Sociedades Comerciais (CSC)³⁹, ou de pessoa ou entidade que tenha interesse próprio na procedência da pretensão;

- A pessoa designada tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo.

A pessoa designada para exercer funções de árbitro deve rejeitar essa designação sempre que se verifique qualquer circunstância que permita razoavelmente suspeitar da sua imparcialidade e independência, incumbindo ao Conselho Deontológico do CAAD exonerar o árbitro ou árbitros em caso de incumprimento dos requisitos supra elencados⁴⁰.

Realçando, uma vez mais, o papel do árbitro, citamos Vieira (2010: 244), que aponta que

[dos] árbitros, em particular, é esperada imparcialidade relativamente às partes e neutralidade face ao conflito de interesses que se lhes apresenta, assim como aquela competência e grau de especialização que se mostrem necessários à análise cabal, técnica e jurídica, da questão controvertida trazida ao seu conhecimento. A reputação e o êxito da arbitragem, sobretudo em matérias envolvendo interesses tão delicados como os inerentes às controvérsias de direito público, encontram-se assim profundamente dependentes dos padrões de conduta a que os árbitros venham a aderir na sua relação com as partes, com os demais árbitros e com o próprio processo arbitral, enquanto processo parcialmente “desformalizado”, que se encontra orientado à decisão justa, célere e equitativa”

3.5 – O Procedimento Arbitral

3.5.1 – Constituição do Tribunal Arbitral

Relativamente à forma, o pedido de constituição de tribunal arbitral é feito por meio de requerimento a enviar por via electrónica ao presidente do CAAD⁴¹, devendo dele constar:

- a) A identificação do sujeito passivo, incluindo o número de identificação fiscal, e do serviço periférico local do seu domicílio ou sede ou, no caso de coligação

³⁹ Artigo 488.º e seguintes do CSC.

⁴⁰ Cfr. artigo 8.º, nºs 2 e 3.

⁴¹ Cfr. artigo 10.º, nº 2.

de sujeitos passivos, do serviço periférico do local do domicílio ou sede do sujeito passivo identificado em primeiro lugar no pedido;

- b) A identificação do acto ou actos tributários objecto do pedido de pronúncia arbitral;
- c) A identificação do pedido de pronúncia arbitral constituindo fundamentos deste pedido os previstos no artigo 99.º do CPPT⁴² e, bem assim, a exposição das questões de facto e de direito objecto do referido pedido de pronúncia arbitral;
- d) Os elementos de prova dos factos indicados e a indicação dos meios de prova a produzir;
- e) A indicação do valor da utilidade económica do pedido, ou seja, o valor da acção;
- f) O comprovativo do pagamento da taxa de arbitragem inicial, nos casos em que o sujeito passivo não tenha optado por designar árbitro ou comprovativo do pagamento da taxa de arbitragem, caso o sujeito passivo manifeste a intenção de designar árbitro;
- g) A intenção de designar árbitro nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 6.º.

Refira-se que é admissível a cumulação de pedidos ainda que relativos a diferentes actos e a coligação de autores, quando a procedência dos pedidos dependa essencialmente da apreciação das mesmas circunstâncias de facto e da interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou regras de direito⁴³.

Uma vez recebido o pedido de constituição do tribunal arbitral, o presidente do CAAD deve, por via electrónica e no prazo de dois dias a contar dessa recepção, dar conhecimento do pedido à administração tributária⁴⁴.

⁴² O artigo 99.º do CPPT, sob a epígrafe “Fundamentos da impugnação”, indica que “Constitui fundamento de impugnação qualquer ilegalidade, designadamente:

- a) *Errónea qualificação e quantificação dos rendimentos, lucros, valores patrimoniais e outros factos tributários;*
- b) *Incompetência;*
- c) *Ausência ou vício da fundamentação legalmente exigida;*
- d) *Preterição de outras formalidades legais.”*

⁴³ Cfr. artigo 3.º, n.º 1.

⁴⁴ Cfr. artigo 10.º, n.º 3.

Na apresentação do pedido de constituição de tribunal arbitral devem ser observados os seguintes prazos⁴⁵:

- a) No prazo de 90 dias, contado:
 - A partir dos factos previstos no artigo 102.º, n.ºs 1 e 2, do CPPT, quanto aos actos susceptíveis de impugnação autónoma⁴⁶;
 - A partir da notificação da decisão ou do termo do prazo legal de decisão do recurso hierárquico⁴⁷.
- b) No prazo de 30 dias, contado a partir da notificação dos actos de determinação da matéria tributável, dos actos de determinação da matéria colectável, dos actos de fixação de valores patrimoniais.

É oportuno evidenciar que o prazo para impugnar judicialmente em caso de indeferimento de reclamação graciosa é de 15 dias contados após essa notificação⁴⁸. Porém, no âmbito do regime de arbitragem tributária, o prazo para requerer a constituição de tribunal arbitral é de 90 dias.

A composição do tribunal arbitral, funcionando com a intervenção de árbitro singular ou de colectivo, com três árbitros, faz-se nos termos do artigo 5.º, conforme desenvolvemos no ponto 3.3.2.

⁴⁵ Cfr. artigo 10.º, nº 1

⁴⁶ Os factos previstos nos nºs 1 e 2 do artigo 102.º do CPPT são os seguintes:

- a) Termo do prazo para pagamento voluntário das prestações tributárias legalmente notificadas ao contribuinte
- b) Notificação dos restantes actos tributários, mesmo quando não dêem origem a qualquer liquidação;
- c) Citação dos responsáveis subsidiários em processo de execução fiscal;
- d) Formação da presunção de indeferimento tácito;
- e) Notificação dos restantes actos que possam ser objecto de impugnação autónoma nos termos do CPPT;
- f) Conhecimento dos actos lesivos dos interesses legalmente protegidos não abrangidos nas alíneas anteriores;
- g) Notificação do indeferimento de reclamação graciosa.

⁴⁷ Os recursos hierárquicos devem ser decididos no prazo máximo de 60 dias, conforme preceituado no nº 5 do artigo 66.º do CPPT.

⁴⁸ Cfr. artigo 102.º, nº 2 do CPPT.

3.5.2 – A Taxa de Arbitragem

Pela constituição de tribunal arbitral é devido o pagamento de uma taxa de arbitragem, cujo valor, fórmula de cálculo, base de incidência objectiva e valores mínimo e máximo são definidos nos termos do Regulamento de Custas aprovado pelo CAAD⁴⁹.

O pagamento da taxa de arbitragem é efectuado nos seguintes termos:

- a) Nos casos em que não designa árbitro, o sujeito passivo paga, na data do envio do pedido de constituição de tribunal arbitral, a taxa de arbitragem inicial. Neste caso, nos termos do n.º 2 do artigo 12.º, a fixação do valor e a eventual repartição pelas partes das custas directamente resultantes do processo arbitral devem ser efectuadas pelo tribunal arbitral no âmbito da decisão arbitral que vier a ser proferida⁵⁰;
- b) Nos casos em que manifesta a intenção de designar árbitro, o sujeito passivo paga, na data do envio do pedido de constituição de tribunal arbitral, a taxa de arbitragem pela totalidade⁵¹.

O não pagamento atempado da taxa de arbitragem inicial ou da taxa de arbitragem pela sua totalidade constitui causa impeditiva da constituição de tribunal arbitral⁵².

O Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária (RCPAT), no seu artigo 2.º, define que as custas do processo arbitral, genericamente designadas como taxa de arbitragem, compreendem a taxa de arbitragem inicial e os encargos do processo arbitral.

A taxa de arbitragem inicial corresponde ao montante devido pelo impulso processual nos casos em que os árbitros são designados pelo CAAD, sendo encargos do processo arbitral todas as despesas da condução do mesmo, designadamente os honorários dos árbitros e as despesas incorridas com a produção da prova, bem como as demais despesas ordenadas pelos árbitros.

O artigo 3.º do RCPAT aponta que a taxa de arbitragem é calculada em função dos seguintes critérios:

- a) Valor da causa;

⁴⁹ Cfr. artigo 12.º, n.º 1.

⁵⁰ Cfr. artigo 12.º, n.º 2.

⁵¹ Cfr. artigo 12.º, n.º 3.

⁵² Cfr. artigo 12.º, n.º 4.

b) Modo de designação do árbitro.

O valor da causa é determinado nos termos do artigo 97.º-A do CPPT⁵³, sendo que nos casos de apreciação de declaração de ilegalidade de actos de determinação da matéria tributável, de actos de determinação da matéria colectável, de actos de fixação de valores patrimoniais e ainda na apreciação de qualquer questão, de facto ou de direito, relativa ao projecto de decisão de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de deduzir a pretensão de apreciação de declaração de ilegalidade atrás referidos, o valor da causa é o da liquidação a que o sujeito passivo, no todo ou em parte, pretende obstar⁵⁴.

Cessado o procedimento por qualquer motivo antes de ser constituído o tribunal arbitral, o requerente é reembolsado da taxa de arbitragem paga, deduzida de um valor para efeito de cobrança de encargos administrativos e de processamento, a fixar pelo presidente do CAAD, dentro dos limites estabelecidos no artigo 3.º-A do RCPAT.

Assim, no caso de designação de árbitro feita pelo CAAD, nos procedimentos até (euro) 60.000, o limite é de até uma unidade de conta⁵⁵ enquanto nos procedimentos superiores a (euro) 60.000, esses encargos administrativos e de processamento serão fixados pelo presidente do CAAD entre uma a duas unidades de conta.

No caso de designação de árbitro pelo sujeito passivo, nos procedimentos até (euro) 60.000, o limite é de duas unidades de conta enquanto nos procedimentos superiores àquele montante, o presidente do CAAD poderá fixar os encargos entre duas a quatro unidades de conta.

⁵³ O artigo 97.º-A do CPPT, sob a epígrafe “*Valor da causa*” indica que os valores atendíveis para efeitos de custas são:

- a) Quando impugnada a liquidação, o da importância cuja anulação se pretende;
- b) Quando se impugne o acto de fixação da matéria colectável, o valor contestado;
- c) Quando se impugne o acto de fixação dos valores patrimoniais, o valor contestado;
- d) No recurso contencioso do indeferimento total ou parcial ou da revogação de isenções ou outros benefícios fiscais, o do valor da isenção ou benefício.

Nos casos não previstos anteriormente, o valor é fixado pelo juiz, tendo em conta a complexidade do processo e a condições económica do impugnante, tendo como limite máximo o valor da alçada da 1.ª instância dos tribunais judiciais (segundo o nº 1 do artigo 24.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, esse valor é de (euro) 5000).

Quando haja apensação de impugnações ou execuções, o valor é correspondente à soma dos pedidos.

⁵⁴ Cfr. artigo 3.º, nºs 2 e 3 do RCPAT.

⁵⁵ O cálculo da unidade de conta, nos termos do nº 2 do artigo 5.º do Regulamento de Custas Processuais, é actualizado anual e automaticamente de acordo com o indexante dos apoios sociais (IAS). Verificando-se que durante o ano de 2012 se encontra suspenso o regime de actualização anual do IAS, o valor da unidade de conta mantém-se nos (euro) 102.

Nos casos em que a designação dos árbitros seja efectuada pelo CAAD, a taxa de arbitragem é determinada em função do valor da causa, encontrando-se limitada ao mínimo de (euro) 306⁵⁶, sendo que a taxa de arbitragem inicial corresponde a 50% da taxa de arbitragem resultante da Tabela I anexa ao RCPAT, que aqui se reproduz:

TABELA 3.5.2.1 TABELA I do RCPAT

De	Até	Taxa de Arbitragem Inicial	Custas do Processo Arbitral
-	2 000.00 €	153.00 €	306.00 €
2 000.01 €	8 000.00 €	306.00 €	612.00 €
8 000.01 €	16 000.00 €	459.00 €	918.00 €
16 000.01 €	24 000.00 €	612.00 €	1 224.00 €
24 000.01 €	30 000.00 €	765.00 €	1 530.00 €
30 000.01 €	40 000.00 €	918.00 €	1 836.00 €
40 000.01 €	60 000.00 €	1 071.00 €	2 142.00 €
60 000.01 €	80 000.00 €	1 224.00 €	2 448.00 €
80 000.01 €	100 000.00 €	1 377.00 €	2 754.00 €
100 000.01 €	150 000.00 €	1 530.00 €	3 060.00 €
150 000.01 €	200 000.00 €	1 836.00 €	3 672.00 €
200 000.01 €	250 000.00 €	2 142.00 €	4 284.00 €
250 000.01 €	275 000.00 €	2 448.00 €	4 896.00 €

Para além dos 275.000.00 €, ao valor da taxa de justiça, acresce, a final, por cada 25.000.00 € ou fracção, 306.00 €

Fonte: CAAD – RCPAT

O valor correspondente aos remanescentes 50% da taxa de arbitragem é pago pelo sujeito passivo por transferência bancária para a conta do CAAD antes da data fixada para a emissão da decisão arbitral definida pelo tribunal arbitral na sua primeira reunião⁵⁷, sendo que esta disposição regulamentar apenas foi aplicável aos pedidos de constituição de tribunal arbitral entrados a partir de 30 de Novembro de 2011.

A fixação do montante das custas finais do processo arbitral e a eventual repartição pelas partes é efectuada na decisão arbitral que vier a ser proferida pelo tribunal arbitral⁵⁸. A conta final é enviada às partes após o trânsito em julgado da decisão e, na hipótese de não ter sido realizado o pagamento prévio pela parte vencida, esta terá o prazo de 30 dias para efectuar o pagamento das custas em que foi condenada, após o

⁵⁶ Cfr. artigo 4.º, nº 1 do RCPAT.

⁵⁷ Cfr. artigo 4.º, nº 3 do RCPAT.

⁵⁸ Cfr. artigo 4.º, nº 4 do RCPAT.

que, e se for caso disso, o CAAD reembolsará o sujeito passivo no montante que lhe for devido⁵⁹.

Refira-se que, nos termos do n.º 6 do artigo 4.º do RCPAT, o montante das custas finais não deve ser superior àquele que resultaria da aplicação do Regulamento das Custas Processuais.

Já nos casos em que a designação do árbitro seja feita pelo sujeito passivo, a taxa de arbitragem depende do valor da causa estando limitada ao mínimo de (euro) 12.000 e ao máximo de (euro) 120.000⁶⁰, nos termos da Tabela II anexa ao RCPAT que a seguir se reproduz:

TABELA 3.5.2.2 TABELA II do RCPAT

De	Até	Taxa de Arbitragem/ Custas do Processo Arbitral
-	60 000.00 €	12 000.00 €
60 000.01 €	100 000.00 €	16 000.00 €
100 000.01 €	150 000.00 €	23 250.00 €
150 000.01 €	200 000.00 €	30 000.00 €
200 000.01 €	250 000.00 €	36 250.00 €
250 000.01 €	300 000.00 €	42 000.00 €
300 000.01 €	350 000.00 €	47 250.00 €
350 000.01 €	400 000.00 €	52 000.00 €
400 000.01 €	600 000.00 €	75 000.00 €
600 000.01 €	10 000 000.00 €	120 000.00 €

Fonte: CAAD – RCPAT

Nesta situação, a taxa de arbitragem é integralmente suportada pelo sujeito passivo e paga, na sua totalidade, por transferência bancária para a conta do CAAD antes de formulado o pedido de constituição de tribunal arbitral⁶¹.

Estamos perante taxas moduladas e diferenciadas que procuram garantir o acesso democratizado por parte de todos os contribuintes a este novo mecanismo de resolução de conflitos fiscais.

Por fim, o RCPAT indica no seu artigo 6.º que são de aplicação subsidiária, as normas relativas ao valor da causa constantes do Código de Processo Civil, as normas relativas a custas processuais constantes do Código de Processo Civil e o Regulamento de Custas Processuais.

⁵⁹ Cfr. artigo 4.º, n.º 5 do RCPAT.

⁶⁰ Cfr. artigo 5.º, n.º 1 do RCPAT.

⁶¹ Cfr. artigo 5.º, n.º 2 do RCPAT.

3.5.3 – Procedimento de Designação dos Árbitros

Nos casos em que o tribunal arbitral funcione com árbitro singular, este é designado pelo Conselho Deontológico do CAAD, de entre a lista de árbitros que compõem aquele Centro de Arbitragem⁶².

A lista de árbitros que compõem o CAAD é elaborada nos termos do Decreto-Lei n.º 10/2011 e dos Estatutos e Regulamento do CAAD⁶³, sendo à data composta por 92 árbitros, onde podemos encontrar, organizados pela sua especialidade⁶⁴, juizes, advogados, consultores, docentes, economistas, gestores e ex-quadros da administração fiscal.

Nas situações em que o tribunal arbitral funcione com a intervenção do colectivo, os árbitros são designados por uma das seguintes formas⁶⁵:

- a) Pelo Conselho Deontológico do CAAD, de entre a lista de árbitros que compõem esse Centro de Arbitragem; ou
- b) Pelas partes, incumbindo a designação do terceiro árbitro, que exerce as funções de árbitro presidente, aos árbitros designados ou, na falta de acordo, ao Conselho Deontológico do CAAD, por meio de requerimento de um ou de ambos os árbitros. Neste caso, os árbitros podem não constar da lista dos árbitros que compõem o CAAD⁶⁶.

Nos casos em que o tribunal arbitral funcione com árbitro singular ou com a intervenção de colectivo, incumbindo ao Conselho Deontológico do CAAD a respectiva designação, este⁶⁷:

- a) Designa o árbitro ou árbitros;
- b) Notifica as partes dessa designação, no prazo de cinco dias após a recepção do pedido de constituição de tribunal arbitral;
- c) Comunica a data da realização da reunião para efeitos de constituição do tribunal arbitral, que deve ocorrer no prazo máximo de 15 dias e na qual

⁶² Cfr. artigo 6.º, n.º 1.

⁶³ Estatutos do CAAD disponíveis em <http://www.caad.org.pt/content/content/id/8/s/1>

⁶⁴ Lista de árbitros disponível em <http://www.caad.org.pt/content/show/id/28/s/3>

⁶⁵ Cfr. artigo 6.º, n.º 2.

⁶⁶ Cfr. artigo 6.º, n.º 3.

⁶⁷ Cfr. artigo 11.º, n.º 1.

participam o árbitro ou árbitros, o dirigente máximo do serviço da administração tributária e o sujeito passivo.

Nos casos em que o tribunal arbitral funcione com a intervenção de três árbitros e incumba às partes a designação de dois desses árbitros, cabendo a estes a designação do terceiro árbitro ou, na falta de acordo, ao Conselho Deontológico do CAAD:

- a) No prazo de 10 dias a contar da data de recepção do pedido de constituição de tribunal arbitral, a administração tributária notifica o presidente do CAAD da indicação, efectuada pelo dirigente máximo do serviço, de um dos árbitros do tribunal arbitral⁶⁸.
- b) No prazo de 5 dias a contar da recepção da notificação referida na alínea anterior ou da designação efectuada pelo Conselho Deontológico do CAAD, em caso de incumprimento pela administração tributária do prazo mencionado na alínea anterior, o presidente do CAAD notifica o sujeito passivo do árbitro designado⁶⁹.
- c) No prazo de 10 dias após a recepção da notificação referida na alínea anterior, o sujeito passivo indica, mediante requerimento dirigido ao CAAD, o árbitro por si designado⁷⁰.
- d) Após a recepção do requerimento referido na alínea anterior, o presidente do CAAD notifica, por via electrónica, os árbitros designados para, no prazo de 10 dias, designarem o terceiro árbitro⁷¹.
- e) Após a designação do terceiro árbitro, o presidente do CAAD informa as partes dessa designação e comunica a data da reunião para efeitos de constituição do tribunal arbitral, que deve ocorrer no prazo máximo de 15 dias e na qual participam os árbitros, o dirigente máximo do serviço da administração tributária e o sujeito passivo⁷².

⁶⁸ Cfr. artigo 11.º, nº 2.

⁶⁹ Cfr. artigo 11.º, nº 4.

⁷⁰ Cfr. artigo 11.º, nº 5.

⁷¹ Cfr. artigo 11.º, nº 6.

⁷² Cfr. artigo 11.º, nº 7.

Em ambos os casos, o tribunal arbitral considera-se constituído com a realização da referida reunião para efeitos da sua constituição, na qual participam os árbitros, o dirigente máximo do serviço da administração tributária e o sujeito passivo⁷³.

Este mecanismo de nomeação dos árbitros, assim como a competência para proferir decisões arbitrais dos tribunais arbitrais que funcionam sob a organização do CAAD, traduzem a preocupação de assegurar que o regime de arbitragem tributária possa afastar receios de que, por esta via, as partes consigam contornar as imposições legais que sobre si recaem, não respeitando os princípios da legalidade e da igualdade que devem nortear as relações entre contribuintes em matéria tributária.

A forte relação com o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF), sendo o CAAD o único centro de arbitragem a funcionar sob a sua égide, assim como a competência do mesmo para nomear o presidente do Conselho Deontológico do CAAD, indicam que (Serra, 2012)

a arbitragem tributária é exercida sob apertado controlo público, melhor dizendo, sob a “longa manus” do poder judicial, garantindo-se, assim, a instauração de um clima generalizado de confiança dos contribuintes na idoneidade deste regime de arbitragem tributária e, muito em particular, no centro institucionalizado que o acolhe e no conjunto dos árbitros que o irão pôr em prática.

Segundo o presidente do Conselho Deontológico, esse clima de segurança concretiza-se com a (ibid.)

garantia de isenção, independência, imparcialidade e competência dos árbitros, quer através da aplicação de rigorosos critérios de recrutamento, quer através da instituição de um regime de impedimentos, suspeições, escusas, afastamentos, substituição e responsabilidade, que ao Conselho Deontológico cabe [...] salvaguardar.

3.5.4 – Efeitos da Constituição do Tribunal Arbitral

O pedido de constituição de tribunal arbitral tem efeitos jurídicos relevantes, conforme decorre do artigo 13.º do diploma. Desde logo, quando o pedido tiver por objecto a apreciação da legalidade de:

- actos de liquidação de tributos;

⁷³ Cfr. artigo 11.º, nº 8.

- actos de autoliquidação;
- actos de retenção na fonte;
- actos de pagamento por conta;
- actos de determinação da matéria tributável;
- actos de determinação da matéria colectável;
- actos de fixação de valores patrimoniais;

Sucedo o seguinte:

- a) No prazo de 20 dias (antes das alterações promovidas pelo Orçamento do Estado para 2012 (OE2012) esse prazo era de apenas 8 dias) a contar do conhecimento da constituição do tribunal arbitral, o dirigente máximo do serviço da administração tributária pode proceder à revogação, ratificação, reforma ou conversão do acto tributário cuja ilegalidade haja sido suscitada, praticando, se necessário, o acto tributário substitutivo, devendo notificar o presidente do CAAD da sua decisão, iniciando-se então a contagem do prazo máximo de 15 dias para a reunião, nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 11.º, para efeitos de constituição do tribunal arbitral⁷⁴;
- b) Se, nos termos da alínea anterior, o acto tributário objecto do pedido de pronúncia arbitral for, total ou parcialmente, alterado ou substituído por outro, o dirigente máximo do serviço de administração tributária procede à notificação do sujeito passivo para, no prazo de 10 dias, se pronunciar; se o sujeito passivo nada disser ou declarar que mantém o seu interesse no pedido de pronúncia arbitral, o procedimento prossegue relativamente àquele último acto⁷⁵;
- c) Findo o prazo de 8 dias referido na alínea a), a administração tributária fica impossibilitada de praticar novo acto tributário relativamente ao mesmo sujeito passivo ou obrigado tributário, imposto e período de tributação, a menos se o fizer com fundamento em factos novos⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. artigo 13.º, nº 1.

⁷⁵ Cfr. artigo 13.º, nº 2.

⁷⁶ Cfr. artigo 13.º, nº 3.

De notar ainda que, com as alterações promovidas pelo OE2012, foi revogado o artigo 14.º que estabelecia que haveria efeitos suspensivos nos casos em que o pedido de constituição de tribunal arbitral tivesse por objecto a declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais⁷⁷ ou a apreciação de qualquer questão, de facto ou de direito, atinente ao projecto de decisão de liquidação. Tal suspensão ocorreria sempre que a lei não assegurasse a faculdade de deduzir o pedido de declaração de ilegalidade referido anteriormente⁷⁸, designadamente no respeitante:

- a) À liquidação das prestações tributárias correspondentes às questões suscitadas quanto à parte controvertida⁷⁹;
- b) Aos prazos de caducidade do direito à liquidação e de prescrição da prestação tributária até à data da comunicação da decisão arbitral, excepto no caso de o sujeito passivo interpor recurso⁸⁰.

Salvo quando a lei dispuser em contrário, à apresentação do pedido de constituição de tribunal arbitral são atribuídos os efeitos da apresentação de impugnação judicial, nomeadamente no referente à suspensão do processo de execução fiscal e à suspensão e interrupção dos prazos de caducidade e de prescrição da prestação tributária⁸¹.

Por outro lado, há ainda de ter em linha de conta que, nos termos do nº 4 do artigo 13.º do presente diploma, a apresentação de pedidos de constituição de tribunal arbitral leva à automática preclusão do direito de reclamar, impugnar, requerer a revisão – onde se inclui o pedido de revisão da matéria colectável – ou a promoção da revisão oficiosa, bem como suscitar pronúncia arbitral sobre os actos objecto desses pedidos ou sobre os consequentes actos de liquidação, desde que os fundamentos sejam os mesmos (Côrte-Real, 2011: 7).

Porém, se o procedimento arbitral terminar antes da data de constituição do tribunal arbitral ou se o processo arbitral terminar sem pronúncia sobre o mérito da causa, o interessado poderá lançar mão dos expedientes legais acima referidos (ibid.: 7).

⁷⁷ Cfr. artigo 2.º, nº 1, alínea b) (redacção anterior ao OE2012).

⁷⁸ Cfr. artigo 2.º, nº 1, alínea c) (revogado pelo OE2012).

⁷⁹ Cfr. revogado artigo 14º, alínea a) .

⁸⁰ Cfr. revogado artigo 14º, alínea b).

⁸¹ Cfr. artigo 13.º, nº 5.

Por outro lado, afigura-se admissível deduzir pedido de impugnação judicial e pedido de pronúncia arbitral relativamente ao mesmo acto tributário, desde que os respectivos factos e fundamentos sejam diferentes⁸².

3.6 – O Processo Arbitral

3.6.1 – Princípios Processuais

Os princípios que enquadram o processo arbitral são⁸³:

- a) O princípio do contraditório, assegurado designadamente, através da faculdade conferida às partes de se pronunciarem sobre quaisquer questões de facto ou de direito suscitadas no processo;
- b) O princípio da igualdade das partes, concretizado por via do reconhecimento do mesmo estatuto substancial às partes, designadamente para efeitos do exercício de faculdade e do uso de meios de defesa;
- c) O princípio da autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação das regras a observar com vista à obtenção, em tempo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas;
- d) Os princípios da oralidade e da imediação como princípios operativos da discussão das matérias de facto e de direito;
- e) Os princípios da livre apreciação dos factos e da livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, de acordo com as regras da experiência e a livre convicção dos árbitros;
- f) Os princípios da cooperação e da boa fé processual, aplicáveis aos árbitros, às partes e aos mandatários;
- g) O princípio da publicidade das decisões, assegurando-se a divulgação das decisões arbitrais devidamente expurgadas de quaisquer elementos susceptíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que respeitam.

⁸² Cfr. artigo 3.º, nº 2.

⁸³ Cfr. artigo 16.º

3.6.2 – Tramitação do Processo Arbitral

O processo arbitral tem o seu início na data da constituição do tribunal arbitral, a qual ocorre com a realização da reunião em que participam o árbitro ou árbitros, o dirigente máximo do serviço da administração tributária e o sujeito passivo⁸⁴.

Uma vez recebido o requerimento contendo o pedido de constituição de tribunal arbitral⁸⁵, este notifica o dirigente máximo do serviço da administração tributária para, no prazo de 15 dias, apresentar resposta e, caso queira, solicitar a produção de prova adicional⁸⁶.

Dentro do mesmo prazo para a apresentação da referida resposta, a administração tributária remete ao tribunal arbitral cópia do processo administrativo, aplicando-se, na falta dessa remessa, o disposto no artigo 110.º, nº 5 do CPPT^{87 88}.

Apresentada a resposta, o tribunal arbitral promove uma primeira reunião entre as partes para⁸⁹:

- a) Definir a tramitação processual a adotar em função das circunstâncias do caso e da complexidade do processo;
- b) Ouvir as partes quanto a eventuais exceções sobre as quais seja necessário apreciar e decidir antes de conhecer o pedido; e
- c) Convidar as partes a corrigir as suas peças processuais, quando necessário.

Na referida reunião, deve ser comunicado às partes⁹⁰ uma data para as alegações orais, caso sejam necessárias, bem como a data para a decisão arbitral⁹¹.

Em harmonia com os princípios da livre apreciação da prova e da autonomia do tribunal arbitral na condução do processo, não obstam ao prosseguimento do processo

⁸⁴ Cfr. artigo 15.º.

⁸⁵ Ver supra 3.3.1.

⁸⁶ Cfr. artigo 17.º, nº 1.

⁸⁷ O artigo 110.º, nº 5 do CPPT estatui que *“O juiz pode, a todo o tempo, ordenar ao serviço periférico local a remessa do processo administrativo, mesmo na falta de contestação do representante da Fazenda Pública”*.

⁸⁸ Cfr. artigo 17.º, nº 2.

⁸⁹ Cfr. artigo 18.º, nº 1.

⁹⁰ Cfr. artigo 18.º, nº 2.

⁹¹ Ver 3.4.3.

e à consequente prolação de decisão arbitral, com base na prova produzida, as seguintes circunstâncias⁹²:

- A falta de comparência de qualquer das partes a acto processual;
- A inexistência de defesa; e
- A falta de produção de qualquer prova solicitada.

Sem prejuízo do disposto anteriormente, o tribunal arbitral poderá permitir a prática de acto omitido ou a repetição de acto ao qual a parte não tenha comparecido, bem como o respectivo adiamento⁹³.

Saliente-se o facto da substituição, na pendência do respectivo processo, dos actos objecto de pedido de decisão arbitral com fundamento em factos novos, implicar a modificação objectiva da instância arbitral⁹⁴. Neste caso, o dirigente máximo do serviço da administração tributária notifica o tribunal arbitral da emissão do novo acto para que o processo possa prosseguir nesses termos, observando-se, quando aplicável, o disposto no artigo 64.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)^{95 96}.

3.6.3 – Decisão Arbitral

Salvo nos casos do funcionamento do tribunal arbitral com árbitro singular, a decisão arbitral é tomada por deliberação da maioria dos seus membros, podendo esta ser decomposta em pronúncias parciais incidentes sobre as diversas questões suscitada no

⁹² Cfr. artigo 19.º, nº 1.

⁹³ Cfr. artigo 19.º, nº 2.

⁹⁴ Cfr. artigo 20.º, nº 1.

⁹⁵ O artigo 64.º do CPTA, sob a epígrafe “*Revogação do acto impugnado com efeitos retroactivos*”, estatui o seguinte:

“1. Quando, na pendência do processo, seja proferido acto revogatório com efeitos retroactivos do acto impugnado, acompanhado de nova regulação da situação, pode o autor requerer que o processo prossiga contra o novo acto, com a faculdade de alegação de novos fundamentos e do oferecimento de diferentes meios de prova.

2. O requerimento a que se refere o número anterior deve ser apresentado no prazo da impugnação do acto revogatório e antes do trânsito em julgado da decisão que julgue extinta a instância.

3. O disposto no nº 1 é aplicável a todos os casos em que o acto impugnado seja, total ou parcialmente, alterado ou substituído por outro com os mesmos efeitos, e ainda no caso de o acto revogatório já ter sido praticado no momento em que o processo foi intentado, sem que o autor disso tivesse ou devesse ter conhecimento.”

⁹⁶ Cfr. artigo 20.º, nº 2.

processo⁹⁷ e podendo os árbitros fazer lavrar voto de vencido quanto à decisão arbitral e quanto às pronúncias parciais⁹⁸.

À decisão arbitral é aplicável o disposto no artigo 123.º, primeira parte, do CPPT⁹⁹, relativamente à sentença judicial¹⁰⁰, sendo que dela devem constar a assinatura de todos os árbitros, a identificação dos factos objecto do litígio, a identificação das razões de facto e de direito que motivaram a decisão tomada, a identificação da data em que a sentença foi proferida¹⁰¹ e a fixação do montante e a repartição pelas partes das custas directamente resultantes do processo arbitral, quando o tribunal arbitral tenha sido constituído com árbitro único ou com a intervenção de três árbitros, designados pelo Conselho Deontológico do CAAD¹⁰².

A cada uma das partes deve ser remetido um exemplar assinado da decisão arbitral¹⁰³.

No que ao requisito temporal respeita, a decisão arbitral deve ser proferida e notificada às partes no prazo de seis meses a contar da data do início do processo arbitral¹⁰⁴. Este prazo pode ser prorrogado, por determinação do tribunal arbitral, por períodos sucessivos de dois meses, com o limite de seis meses, sendo comunicado às partes a prorrogação e os motivos que a fundamentam¹⁰⁵.

Após essa notificação da decisão arbitral, o CAAD notifica as partes do arquivamento do processo, considerando-se nessa data o tribunal arbitral dissolvido¹⁰⁶.

3.6.4 – Decisão Arbitral Insusceptível de Recurso ou Impugnação

Embora o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2011 aponte que é estabelecida “*como regra geral a irrecorribilidade da decisão proferida pelos tribunais arbitrais*”, o mesmo, também salienta que quando “*o tribunal arbitral seja a última instância de decisão de litígios tributários, a*

⁹⁷ Cfr. artigo 22.º, n.º 1.

⁹⁸ Cfr. artigo 22.º, n.º 5.

⁹⁹ O artigo 123.º do CPPT, sob a epígrafe “*Sentença. Objecto*”, estatui o seguinte:

“1. A sentença identificará os interessados e os factos objecto de litígio, sintetizará a pretensão do impugnante e respectivos fundamentos, bem como a posição do representante da Fazenda Pública e do Ministério Público, e fixará as questões que ao tribunal cumpre solucionar.

2. O juiz discriminará também a matéria provada da não provada, fundamentando as suas decisões.”

¹⁰⁰ Cfr. artigo 22.º, n.º 2.

¹⁰¹ Cfr. artigo 22.º, n.º 3.

¹⁰² Cfr. artigo 22.º, n.º 4.

¹⁰³ Cfr. artigo 22.º, n.º 3.

¹⁰⁴ Cfr. artigo 21.º, n.º 1.

¹⁰⁵ Cfr. artigo 21.º, n.º 2.

¹⁰⁶ Cfr. artigo 23.º.

decisão é susceptível de reenvio prejudicial em cumprimento do § 3 do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

Tendo presente essa situação, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação, tem os seguintes efeitos:

- a) Vincula a administração tributária a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo aquela, nos exactos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais tributários¹⁰⁷, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso¹⁰⁸:
 - Praticar o acto tributário legalmente devido em substituição do acto objecto da decisão arbitral;
 - Restabelecer a situação que existiria se o acto tributário objecto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adoptando os actos e operações necessários para o efeito;
 - Rever os actos tributários que se encontrem numa relação de prejudicialidade ou de dependência com os actos tributários objecto da decisão arbitral, nomeadamente por estarem inseridos no âmbito da mesma relação jurídica de imposto, ainda que correspondentes a obrigações periódicas distintas, alterando-os ou substituindo-os, total ou parcialmente;
 - Liquidar as prestações tributárias em conformidade com a decisão arbitral ou abster-se de as liquidar.
- b) Preclui o direito de, com os mesmos fundamentos, reclamar, impugnar, requerer a revisão ou promoção da revisão oficiosa, ou suscitar pronúncia arbitral sobre os actos objecto desses pedidos ou sobre os consequentes actos de liquidação¹⁰⁹;
- c) Preclui o direito da administração tributária praticar novo acto tributário relativamente ao mesmo sujeito passivo ou obrigado tributário e período de

¹⁰⁷ Nos termos do disposto no artigo 102.º, nº 1 da LGT, “A execução de sentenças dos tribunais tributários e aduaneiros segue o regime previsto para a execução das sentenças dos tribunais administrativos.”, pelo que àquelas é aplicável o disposto nos artigos 157.º e ss. do CPTA.

¹⁰⁸ Cfr. artigo 24.º, nº 1.

¹⁰⁹ Cfr. artigo 24.º, nº 2.

tributação, salvo se tiver por fundamento factos novos diferentes dos que motivaram a decisão arbitral¹¹⁰;

- d) São devidos juros, independentemente da sua natureza, nos termos previstos na LGT¹¹¹ e no CPPT^{112 113}.

Saliente-se aqui a circunstância de, nos termos do artigo 24.º, n.º 2, a decisão arbitral levar à preclusão do direito de, com os mesmos fundamentos, o sujeito passivo reagir nos termos supra aludidos na alínea b) do presente capítulo, o que traduz uma clara manifestação do princípio da economia processual que está subjacente a todo este novo regime (Côrte-Real, 2011: 11).

Refira-se que, de acordo com o estatuído no n.º 2 do artigo 3.º, é permitido a dedução paralela de uma impugnação judicial ou de uma pronúncia arbitral relativamente ao mesmo acto tributário desde que, no entanto, os fundamentos sejam diferentes (ibid.: 11).

Quando a decisão arbitral ponha termo ao processo arbitral sem conhecer do mérito da pretensão por facto não imputável ao sujeito passivo, os prazos para a reclamação, impugnação, revisão, promoção da revisão oficiosa, revisão da matéria tributável ou para suscitar nova pronúncia arbitral dos actos objecto da pretensão arbitral deduzida contam-se a partir da notificação da referida decisão arbitral ao sujeito passivo¹¹⁴.

3.6.5 – Recurso da Decisão Arbitral

A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que coloque termo ao processo arbitral é susceptível de recurso:

- a) Para o Tribunal Constitucional¹¹⁵:
- Na parte em que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento em inconstitucionalidade; ou
 - Na parte em que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada no decurso do processo.

¹¹⁰ Cfr. artigo 24.º, n.º 4.

¹¹¹ Cfr. artigos 35.º, 43.º, 44.º, 100.º e 102.º, n.º 2, da LGT.

¹¹² Cfr. artigos 61.º e 86.º, n.º 1, do CPPT

¹¹³ Cfr. artigo 24.º, n.º 5.

¹¹⁴ Cfr. artigo 24.º, n.º 3.

¹¹⁵ Cfr. artigo 25.º, n.º 1.

Este recurso deve ser apresentado por meio de requerimento, acompanhado de cópia do processo arbitral, no Tribunal Constitucional¹¹⁶, tendo efeito suspensivo, no todo ou em parte, da decisão arbitral recorrida, consoante o objecto do recurso¹¹⁷, sendo que se for interposto¹¹⁸:

- Pela administração tributária, faz caducar a garantia que tenha sido prestada para suspensão do processo de execução fiscal¹¹⁹;

- Pelo sujeito passivo, faz cessar o efeito suspensivo da liquidação¹²⁰.

b) Para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo.

O referido recurso deve ser apresentado por meio de requerimento, acompanhado de cópia do processo arbitral, no Supremo Tribunal Administrativo, tendo efeito suspensivo, no todo ou em parte, da decisão arbitral recorrida, consoante o objecto do recurso¹²¹, sendo que se for interposto¹²²:

- Pela administração tributária, faz caducar a garantia que tenha sido prestada para suspensão do processo de execução fiscal¹²³;

- Pelo sujeito passivo, faz cessar o efeito suspensivo da liquidação¹²⁴.

O prazo para a interposição de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo conta-se a partir da notificação da decisão arbitral¹²⁵, aplicando-se ao mesmo, com as necessárias adaptações, o regime do recurso para uniformização de jurisprudência regulado no artigo 152.º do CPTA¹²⁶.

¹¹⁶ Cfr. artigo 25.º, nº 4.

¹¹⁷ Cfr. artigo 26.º, nº 1.

¹¹⁸ Cfr. artigo 26.º, nº 2.

¹¹⁹ Constituída nos termos dos artigos 169.º, 195.º e 199.º do CPPT.

¹²⁰ O OE2012 revogou o artigo 14.º, pelo que a parte final do artigo 26.º, nº 2 se manifesta inócuo face à inexistência do referido efeito suspensivo.

¹²¹ Cfr. artigo 26.º, nº 1.

¹²² Cfr. artigo 26.º, nº 2.

¹²³ Constituída nos termos dos artigos 169.º, 195.º e 199.º do CPPT.

¹²⁴ O OE2012 revogou o artigo 14.º, pelo que a parte final do artigo 26.º, nº 2 se manifesta inócuo face à inexistência do referido efeito suspensivo.

¹²⁵ Cfr. artigo 25º, nº 3.

¹²⁶ O artigo 152.º do CPTA, sob a epígrafe “Recurso para a uniformização de jurisprudência”, estatui o seguinte:

Saliente-se aqui, como forma de preservar as garantias do sujeito passivo, a caducidade automática da garantia prestada para suspensão do processo de execução fiscal, nos casos em que a administração tributária apresente recurso da decisão arbitral.

3.6.6 – Impugnação da Decisão Arbitral

A decisão arbitral é impugnável constituindo fundamento para essa impugnação¹²⁷, que segundo Côrte-Real (2011: 13), “em bom rigor se trata de um recurso”:

- a) A não especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão;
- b) A oposição dos fundamentos com a decisão;
- c) A pronúncia indevida ou a omissão de pronúncia;
- d) A violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes, nos termos em que estes estão estabelecidos no artigo 16.º¹²⁸.

Tendo por base os referidos fundamentos, a decisão arbitral pode ser anulada pelo Tribunal Central Administrativo, com a seguinte tramitação processual¹²⁹:

- a) O pedido de impugnação da decisão arbitral, acompanhado de cópia do processo arbitral, deve ser deduzido no prazo de 15 dias, contado:

- Da notificação da decisão arbitral; ou

“1. As partes e o Ministério Público podem dirigir ao Supremo Tribunal Administrativo, no prazo de 30 dias contado do trânsito em julgado do acórdão impugnado, pedido de recurso para uniformização de jurisprudência, quando, sobre a mesma questão fundamental de direito, exista contradição:

- a) Entre acórdão do Tribunal Central Administrativo e acórdão anteriormente proferido pelo mesmo Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Administrativo;*
- b) Entre dois acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo.*

2. A petição de recurso é acompanhada de alegação na qual se identifiquem, de forma precisa e circunstanciada, os aspectos de identidade que determinam a contradição alegada e a infracção imputada à sentença recorrida.

3. O recurso não é admitido se a orientação perfilhada no acórdão impugnado estiver de acordo com a jurisprudência mais recentemente consolidada do Supremo Tribunal Administrativo.

4. O recurso é julgado pelo pleno da secção e o acórdão é publicado na 1.ª série do Diário da República.

5. A decisão de provimento emitida pelo tribunal superior não afecta qualquer sentença anterior àquela que tenha sido impugnada nem as situações jurídicas ao seu abrigo constituídas.

6. A decisão que verifique a existência da contradição alegada anula a sentença impugnada e substitui-a, decidindo a questão controvertida.”

¹²⁷ Cfr. artigo 28.º, nº 1.

¹²⁸ Ver supra 3.6.1.

¹²⁹ Cfr. artigo 27.º, nº 1.

- Da notificação do arquivamento do processo arbitral e consequente dissolução do tribunal arbitral, no caso de a decisão arbitral ter sido emitida por tribunal arbitral funcionando como colectivo e os árbitros tenham sido designados pelas partes;

b) Ao pedido de impugnação da decisão arbitral é aplicável, com as adaptações necessárias, o regime do recurso de apelação estatuído no CPTA¹³⁰¹³¹.

A impugnação da decisão arbitral tem os mesmos efeitos estabelecidos para o recurso da decisão arbitral¹³², ou seja, tem efeito suspensivo, no todo ou em parte, da decisão arbitral impugnada, dependendo do objecto da impugnação¹³³, sendo que se for requerida:

- Pela administração tributária faz caducar a garantia que tenha sido prestada para suspensão do processo de execução fiscal¹³⁴;

- Pelo sujeito passivo faz cessar o efeito suspensivo da liquidação¹³⁵.

Verificamos assim, no que toca aos trâmites e aos efeitos jurídicos desta impugnação, que se segue o regime dos recursos de apelação, o que leva a afirmar que (Côrte-Real, 2011: 14) “ esta impugnação tem a natureza de um verdadeiro recurso”, tal como vêm regulados no CPTA.

3.6.7 – Regime Transitório

O artigo 30.º do Decreto-Lei nº 10/2011 consagrou um regime transitório que permitiu que, a partir da entrada em vigor desse diploma e até ao termo do prazo de um ano, aos sujeitos passivos fosse autorizada a submissão à apreciação dos tribunais arbitrais singulares ou constituídos por três árbitros, sempre nomeados pelo Conselho Deontológico do CAAD, encontrando-se excluída deste regime transitório a possibilidade de árbitros nomeados pelas partes, relativamente a pretensões que tivessem por objecto actos tributários que se encontrassem pendentes de decisão em

¹³⁰ Cfr. artigo 27.º, nº 2.

¹³¹ Cfr. artigos 140.º e ss. do CPTA.

¹³² Cfr. artigo 28.º, nº 2.

¹³³ Cfr. artigo 26.º, nº 1.

¹³⁴ Constituída nos termos dos artigos 169.º, 195.º e 199.º do CPPT.

¹³⁵ O OE2012 revogou o artigo 14.º, pelo que a parte final do artigo 26.º, nº 2 se manifesta inócuo face à inexistência do referido efeito suspensivo.

primeira instância nos tribunais judiciais tributários há mais de dois anos, beneficiando da dispensa de pagamento de custas judiciais¹³⁶.

Refira-se que essa faculdade, implicava, para o sujeito passivo, a obrigação de promover a alteração da causa de pedir ou a extinção da instância judicial, de acordo com os fundamentos apresentados no pedido de pronúncia arbitral, no prazo de 60 dias¹³⁷.

Este regime transitório para a transição de processos pendentes há mais de dois anos terminou no dia 25 de Janeiro de 2012, data em que se completou um ano sobre a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 10/2011 e traduziu uma preocupação do legislador de contribuir para o descongestionamento dos tribunais judiciais tributários.

3.7 – Vantagens e Desvantagens

Apesar de, com segurança, só podermos efectuar o respectivo balanço após um razoável período de execução e aplicação prática do regime da arbitragem tributária, como possíveis vantagens face à justiça estadual, podemos apontar (Falcão, 2011: 169):

- A celeridade e economia de recursos;
- Maior flexibilidade e menores formalismos;
- O descongestionamento dos Tribunais do Estado; e
- Uma maior especialização, talvez a mais importante das vantagens elencadas.

Como aponta Campos (2010: 48), nada impede que as partes se contentem com um único grau de jurisdição, o arbitral, que pode apresentar algumas vantagens em relação à jurisdição do Estado, nomeadamente, assumindo uma tramitação mais simples e desprovida de dilações inúteis, dado o pressuposto das partes em chegarem a um mais rápido e melhor resultado por esta via. O recurso a uma instância convencional de resolução de conflitos revela, como foi referido, uma pré-disposição das partes para se entenderem, como corolário de um frente a frente dialogante por oposição a um duelo judiciário frente a um juiz distante.

Neste sentido, refere ainda que (ibid.: 48) “o recurso frequente à arbitragem levaria a diminuir o número de casos apresentados aos tribunais tributários, permitindo a estes

¹³⁶ Cfr. artigo 30º, nº 1.

¹³⁷ Cfr. artigo 30º, nº 2.

julgar mais depressa e melhor” e conclui que “[...] a arbitragem não só não prejudica a tutela judicial efectiva, como a pode promover”.

Serra (2010b: 22) procura identificar as vantagens proporcionadas pela arbitragem apontando que

[ao] carácter mais reservado do processo soma-se a celeridade proporcionada por uma significativa simplificação processual, a par dos menores custos da via arbitral, sobretudo nos casos em que, como sucede no CAAD, os honorários dos árbitros e os custos de funcionamento do próprio tribunal arbitral são controlados e mantidos dentro de valores razoáveis. À maior confidencialidade, celeridade e economia processuais junta-se ainda a possibilidade de maior especialização do árbitro ou, em caso de um tribunal arbitral colectivo, dos árbitros, na matéria controvertida. Refira-se, por fim, que a relativa informalidade da arbitragem configura-a como uma justiça de maior proximidade, criando-se assim um ambiente propício à contenção do conflito e mesmo à aproximação de posições entre as partes, que pode, em determinadas situações, dar origem a uma resolução do litígio por processo conciliatório. Estas são as vantagens de monta, que importa explorar no domínio [...] do direito público, administrativo e fiscal.

Como riscos ou inconvenientes da arbitragem tributária, costumam ser elencados (Falcão, 2011: 196):

- A possível falta de adequada independência e a falta de qualificação dos árbitros;
- A não democraticidade, ou seja, o risco de se tornar a arbitragem um recurso de contribuintes ricos;
- O risco de violação da tutela jurisdicional efectiva com a consagração da irrecorribilidade das decisões arbitrais;
- O perigo de deslocação para os Tribunais de recurso da acumulação de pendências existente nos tribunais de primeira instância.

Como já referimos, só com o decurso do tempo e os consequentes resultados é que se poderá aferir, daqui a algum tempo, e posteriormente analisar os frutos da arbitragem em matéria tributária.

CAPÍTULO IV

4 – O Recurso à Arbitragem para a Resolução de Conflitos no Campo Tributário – Análise de um Caso Prático

Neste capítulo, vamos simular um pedido de constituição de tribunal arbitral recorrendo a um dos casos de jurisprudência arbitral tributária transitado em julgado existente no site do CAAD.

Para melhor podermos acompanhar as sucessivas fases do procedimento e do processo arbitral iremos, numa primeira fase, elaborar um fluxograma onde se encontram evidenciadas e descritas sucintamente as várias etapas que o constituem e, numa segunda fase, descrever e discorrer sobre o processo arbitral tributário.

4.1 – Fluxograma

PROCEDIMENTO ARBITRAL

Nº	TAREFA / RESPONSÁVEL / PRAZO	BASE LEGAL
1	O sujeito passivo dentro dos prazos definidos no artigo 10.º apresenta pedido de constituição de tribunal arbitral, mediante requerimento enviado por via electrónica, e efectua o pagamento da taxa de arbitragem inicial ou da taxa de arbitragem.	Artigo 10.º, n.ºs 1 e 2 e Artigo 12.º, n.ºs 2 e 3
2	Recepção e validação do pedido de constituição de tribunal arbitral por parte do CAAD.	Artigo 10.º, n.º 2
3	O CAAD remete, no prazo de dois dias a contar da recepção do pedido de constituição de tribunal arbitral, por via electrónica, resumo do pedido com identificação do acto controvertido à administração tributária.	Artigo 10.º, n.º 3
4	A administração tributária procede a uma análise preliminar do pedido, assegurando a preclusão do	Artigo 13.º, n.ºs 4 e 5

	direito de reagir graciosamente ou judicialmente contra o mesmo acto com os mesmos fundamentos.	
4.1	A administração tributária elabora proposta fundamentada de manutenção ou revogação do acto e, se for o caso, informa sobre a pendência de outros meios de reacção graciosos ou contenciosos do mesmo acto com os mesmos fundamentos.	
4.2	Submissão a decisão do dirigente máximo da administração tributária (prazo de 20 dias).	Artigo 13.º, nº 1
4.2.A	Comunicação ao CAAD em caso de manutenção do acto.	
4.2.B	Notificação por carta registada ao sujeito passivo em caso de proposta de revogação total ou parcial do acto, para pronúncia em 10 dias.	Artigo 13.º, nº 2
4.2.B.1	Análise da resposta, se a houver, decisão final do dirigente máximo da administração tributária e comunicação ao CAAD da revogação do acto ou da sua manutenção.	Artigo 13.º, nº 2
5.A	O CAAD comunica a extinção do procedimento arbitral, após confirmação e manifestação do sujeito passivo nesse sentido.	Artigo 13.º, nº 4
5.B1	Após 4.2.A ou 4.2.B.1, O CAAD notifica as partes do árbitro ou árbitros designados, no prazo de cinco dias após recepção do requerimento de pedido de constituição de tribunal arbitral.	Artigo 11.º, nº 1, b)
5.B2	Após 4.2.1 ou 4.2.B.1 e no prazo de 10 dias a contar da recepção do pedido de constituição de tribunal arbitral, a administração tributária notifica o CAAD do árbitro escolhido, caso o referido	Artigo 11.º, nº 2 e Artigo 10.º, nº 2, g)

	pedido contenha a indicação da intenção do sujeito passivo nomear árbitro.	
5.B2.1	No caso de incumprimento do prazo referido em 5.B2, o CAAD substitui-se à administração tributária na designação do árbitro, dispondo do prazo de cinco dias para a notificar, por via electrónica, do árbitro nomeado.	Artigo 11.º, nº 3
6	Após a escolha pelo CAAD do árbitro singular ou após a designação do terceiro árbitro, o CAAD comunica a data marcada para efeitos de constituição do tribunal arbitral, no prazo máximo de 15 dias.	Artigo 11.º, nº1, c) e Artigo 11.º, nº 7
7	Comparência na reunião preliminar marcada pelo CAAD com o(s) árbitro(s), o dirigente máximo da administração tributária e o sujeito passivo para efeitos de constituição do tribunal arbitral.	Artigo 11.º, nº 1, c)

PROCESSO ARBITRAL

8	Caso o processo arbitral prossiga, o tribunal arbitral notifica a administração tributária para, no prazo de 15 dias, preparar a resposta à petição inicial e, se for o caso, solicitar a produção de prova adicional.	Artigo 17.º, nº 1
9	Dentro do prazo referido em 8, a administração tributária remete ao tribunal arbitral cópia do processo administrativo.	Artigo 17.º, nº 2
10	O tribunal arbitral marca uma primeira reunião para discussão da tramitação processual, discussão de excepções, eventual aperfeiçoamento de peças processuais e marcação da data para alegações orais,	Artigo 18.º

	se necessárias.	
11	Eventuais reuniões posteriores marcadas pelo tribunal arbitral.	
12	Decisão arbitral comunicada às partes no prazo máximo de 6 meses, prorrogáveis por períodos sucessivos de 2 meses, com o limite de 6 meses.	Artigo 21.º
13	O CAAD notifica as partes do arquivamento do processo, considerando-se o tribunal arbitral dissolvido nessa data.	Artigo 23.º
14.A	Execução espontânea da decisão arbitral por parte da administração tributária.	Artigo 24.º
14.B	Interposição de recurso ou de impugnação, se for o caso.	Artigos 25.º a 28.º

Este fluxograma teve como base de partida o fluxograma do processo de arbitragem tributária (Anexo I) da Circular n.º 53/2011 – Série II sobre o Regime de arbitragem tributária da Divisão de Documentação e Relações Públicas da Direcção de Serviços de Cooperação Aduaneira e Documentação da DGAIEC.

4.2 – Processo Arbitral Tributário – Caso Prático

O processo que escolhemos reporta-se ao IRS do exercício de 2006 e resulta da falta de apresentação da declaração de rendimentos no prazo legal por parte do sujeito passivo, tendo a Administração Tributária procedido à emissão de uma liquidação oficiosa com montante a pagar de € 4.788,25, que não levou em consideração o benefício fiscal previsto no artigo 16.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais¹³⁸, relativo a uma incapacidade superior a 60% apresentada pelo sujeito passivo.

¹³⁸ O artigo 16º EBF, sob a epígrafe “Deficientes” em vigor na data do facto tributário estatua: “1. Ficam isentos de tributação em IRS os rendimentos das categorias A, B e H auferidos por titulares deficientes, nos termos seguintes:

a) Em 50%, com o limite de € 13.774,86, as categorias A e B;

O sujeito passivo reagiu à referida liquidação oficiosa apresentando Reclamação Graciosa¹³⁹, expondo que por razões de saúde e extravio de documentos de suporte não apresentou a declaração de IRS para o ano em causa, solicitando a reapreciação da liquidação oficiosa por não ter sido considerada a dedução resultante da sua incapacidade, conforme declaração de incapacidade de que juntou cópia.

Notificado do projecto de decisão de indeferimento por os fundamentos não merecerem acolhimento à luz do Ofício Circulado n.º 20142, de 2009/12/03, o sujeito passivo em sede de exercício do seu direito de audição prévia informa que, face ao processo de penhora, procedeu ao pagamento da liquidação em causa, apontando ainda que o benefício fiscal em causa tem constituído um auxiliar precioso da sua estabilidade económica ao longo do tempo, realçando a desconformidade entre os reduzidos valores de IRS pagos ao longo dos últimos anos e o valor apurado para o exercício de 2006.

O sujeito passivo, notificado do despacho de indeferimento do processo de reclamação graciosa, apresenta Recurso Hierárquico¹⁴⁰, invocando que estando em causa um dos elementos da própria liquidação, deverá o referido benefício fiscal relevar, implicando a revisão da mesma.

b) *Em 30 %, os rendimentos da categoria H, com os seguintes limites:*

1) *De € 7.778,74 para os deficientes em geral;*

2) *De € 10.340,29 para os deficientes das Forças Armadas abrangidos pelos Decretos-Lei n.os 43/76, de 20 de Janeiro, e 314/90, de 13 de Outubro.*

2. *São dedutíveis à colecta do IRS 30% da totalidade das despesas efectuadas com a educação e reabilitação do sujeito passivo ou dependentes deficientes, bem como 25% da totalidade dos prémios de seguros de vida que garantam exclusivamente os riscos de morte, invalidez, reforma por velhice, neste último caso desde que o benefício garantido após os 55 anos de idade e cinco anos de duração do contrato, e em que aqueles figurem como primeiros beneficiários, nos termos e condições estabelecidos na alínea a) do n.º1 do artigo 86.º do Código do IRS.*

3. *Os deficientes podem possuir uma conta de depósito bancário à qual se aplica o regime jurídico e fiscal da “Conta poupança-reformados”.*

4. *Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se deficiente aquele que apresente um grau de invalidez permanente, devidamente comprovado pela entidade competente, igual ou superior a 60%.*

5. *Os limites previstos nas alíneas do n.º1 são majorados em 15% quando se trate de sujeitos passivos cujo grau de invalidez permanente, devidamente comprovado por entidade competente, seja igual ou superior a 80%.*

6. *Por portaria conjunta dos Ministros das Finanças e do Trabalho e da Solidariedade são estabelecidos os procedimentos tendentes a garantir a eficaz verificação dos pressupostos de que dependem os benefícios aplicáveis a titulares deficientes.”*

¹³⁹ Nos termos do artigo 70.º do CPPT.

¹⁴⁰ Nos termos do artigo 66.º do CPPT.

Apesar de na informação elaborada no âmbito do Recurso Hierárquico ser proposta a revisão da liquidação oficiosa, uma vez que a incapacidade do sujeito passivo constava de todas as declarações de IRS apresentadas por este até ao exercício objecto da liquidação oficiosa, não respeitando esta última, deste modo, todos os elementos de que a Administração Fiscal dispunha, a decisão foi no sentido de que, conforme disposto no Ofício Circulado 20142, de 2009/12/03, as correcções de liquidações oficiosas em sede de Reclamação Graciosa apenas se podem cingir a especificidades como sejam o estado civil, o rendimento bruto e correspondente dedução específica, a retenções na fonte e pagamentos por conta, não contemplando, deste modo, a situação em apreço.

Notificado para exercer o seu direito de audição prévia em sede de Recurso Hierárquico veio o sujeito passivo reafirmar que a sua incapacidade tem merecido acolhimento por parte da Administração Tributária até à liquidação oficiosa, em sede de IRS.

A decisão final, reiterando o princípio de que a prova de deficiência é avaliada de acordo com a legislação que vigorar no último período de tributação, indica que o atestado apresentado pelo sujeito passivo não está em conformidade com o Decreto-Lei n.º202/96, de 23 de Outubro, afastando a aplicação para o caso em concreto do procedimento excepcional de aceitação do atestado médico de incapacidade sancionado na Informação Vinculativa – processo 1365/08, mantendo a liquidação oficiosa de IRS.

Neste momento encontra-se efectuado o necessário enquadramento do caso prático a montante do procedimento e processo arbitral. Refira-se que, neste momento, o sujeito passivo poderia ainda optar entre recorrer aos tribunais judiciais interpondo uma Impugnação Judicial¹⁴¹ ou apresentar, como veio a acontecer, um pedido de constituição de tribunal arbitral junto do CAAD.

O sujeito passivo, cumprindo o prazo de 90 dias estatuído na alínea a) do n.º 1 do artigo 10.º do RAT apresentou o seu pedido de constituição de tribunal arbitral para obter a anulação do acto tributário de liquidação oficiosa do IRS relativo ao ano de 2006, no montante de € 4.788,25¹⁴².

¹⁴¹ Nos termos do artigo 102.º do CPPT.

¹⁴² Ver ponto n.º 1 do Fluxograma.

Foi o sujeito passivo notificado por e-mail pelo CAAD da recusa de entrada do seu requerimento apresentado por via electrónica por omissão dos requisitos obrigatórios previstos nas alíneas b), c), d), e) e f) do n.º 2 do artigo 10.º do RAT, nomeadamente, a falta de identificação do acto tributário objecto do pedido de pronúncia arbitral, a falta de identificação dos fundamentos do pedido de pronúncia arbitral e a exposição das questões de facto e de direito objecto desse pedido, a não indicação dos elementos de prova dos factos indicados e dos meios de prova a produzir, a não indicação do valor da utilidade económica do pedido e a falta do comprovativo do pagamento da taxa de arbitragem inicial, nos termos do n.º2 do artigo 12.º do RAT, uma vez que o sujeito passivo não optou por designar árbitro¹⁴³.

Veio, deste modo, o sujeito passivo apresentar novo requerimento, admitido e validado pelo CAAD, para constituição de tribunal arbitral, tendo sido considerada como data de entrada a do requerimento inicial, por aplicação subsidiária de acordo com a natureza da situação omissa no RAT do disposto no artigo 476.º do Código de Processo Civil, conforme alínea e) do n.º 1 do artigo 29.º do RAT¹⁴⁴.

Foi a Administração Tributária notificada pelo presidente do CAAD do pedido de constituição de tribunal arbitral, nos termos do n.º 3 do Artigo 10.º do RAT, procedendo a uma análise preliminar do pedido, assegurando a preclusão do direito de reagir judicialmente contra o mesmo acto e com os mesmos fundamentos, conforme n.º4 do artigo 13.º do RAT¹⁴⁵.

A Administração Tributária nesta fase procedeu à elaboração de uma proposta fundamentada de manutenção do acto, com a decisão do seu dirigente máximo a ocorrer no prazo de 20 dias, comunicando subsequentemente esta posição ao CAAD¹⁴⁶.

Caso a Administração Tributária tivesse no prazo previsto no n.º1 do artigo 13º do RAT, revogado total ou parcialmente o acto em causa, estaria obrigada a notificar o sujeito passivo para se pronunciar num prazo de 10 dias, prossequindo o

¹⁴³ Por aplicação da Tabela I do RCPAT, a taxa de arbitragem inicial paga pelo sujeito passivo correspondeu a € 306,00, montante aplicável ao intervalo dos procedimentos compreendidos entre € 2.000,01 e € 8.000,00 (ver pag.51).

¹⁴⁴ Ver ponto n.º2 do Fluxograma.

¹⁴⁵ Ver pontos n.ºs 3 e 4 do Fluxograma.

¹⁴⁶ Ver pontos n.ºs 4.2 e 4.2.A do Fluxograma.

procedimento relativamente a este último acto caso sujeito passivo não se pronunciasse ou declarasse que mantinha o seu interesse¹⁴⁷.

Após a comunicação ao CAAD da manutenção do acto¹⁴⁸, este último notifica as partes do árbitro designado¹⁴⁹, tendo no presente caso prático a referida designação ocorrido em 2011/12/05, e comunica a data marcada para efeitos de constituição do tribunal arbitral, que terá de ter lugar no prazo máximo de 15 dias¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Ver ponto n.º 4.2.B do Fluxograma.

¹⁴⁸ Refira-se que antes da alteração promovida pelo OE2012, o prazo previsto no n.º 1 do artigo 13º do RAT era de oito dias. Este prazo apresentava-se mais consentâneo e articulado com os prazos fixados para a marcação da data para efeitos de constituição do tribunal arbitral, que ocorre no prazo máximo de 15 dias após a designação do árbitro ou árbitros, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 11º e do nº 7 do mesmo artigo do RAT.

Deste modo, em caso de árbitro singular ou de colectivo de árbitros designados pelo CAAD (quando o valor do pedido de pronúncia ultrapasse os € 60.000,00 e o sujeito passivo não opte por designar árbitro), o prazo de 20 dias para o dirigente máximo revogar, ratificar, reformar ou proceder à conversão do acto tributário antecipar-se à data limite para a reunião para efeitos de constituição do tribunal arbitral.

Senão vejamos, a Administração Tributária é notificada no prazo de 5 dias do árbitro ou árbitros designados pelo CAAD a contar da data de entrega do pedido de constituição do tribunal arbitral, sendo que a data para a realização da reunião para efeitos de constituição do tribunal arbitral com o árbitro ou árbitros, o dirigente máximo do serviço da Administração Tributária e o sujeito passivo deve ocorrer no prazo máximo de 15 dias.

Estamos, assim, perante a possibilidade de após se encontrar constituído o tribunal arbitral, o dirigente máximo do serviço da Administração Tributária poder revogar ou reformar o acto tributário objecto do pedido de pronúncia arbitral. Esta situação, embora possível, seria muito mais difícil de ocorrer quando o prazo em causa era de 8 dias.

Em situações de tribunal colectivo, pela circunstância do sujeito passivo designar árbitro, independentemente do valor do pedido de pronúncia, a Administração Tributária notifica o presidente do CAAD no prazo de 10 dias a contar do pedido de constituição de tribunal arbitral (artigo 11º, n.º 2) do árbitro indicado pelo dirigente máximo do serviço.

Caso a Administração Tributária não cumpra o referido prazo, o CAAD substitui-se à Administração Tributária na designação do árbitro (artigo 11º, n.º 3), dispondo de 5 dias a contar da recepção da notificação da Administração Tributária da indicação do árbitro designado ou, na falta desta, da data de designação do árbitro efectuada pelo CAAD em substituição da Administração Tributária, para notificar o sujeito passivo do árbitro designado (artigo 11º, n.º 4).

No prazo de 10 dias após a notificação efectuada ao sujeito passivo do árbitro designado, este indica, mediante requerimento dirigido ao CAAD, o árbitro por si designado (artigo 11º, n.º 5). Após a recepção deste requerimento, o presidente do CAAD notifica, por via electrónica os árbitros designados para estes, no prazo de 10 dias, designarem o terceiro árbitro (artigo 11º, n.º 6).

Após a designação do terceiro árbitro, o presidente do CAAD informa as partes dessa designação e comunica a data para a realização de reunião entre os árbitros, o dirigente máximo do serviço da Administração Tributária e o sujeito passivo para efeitos de constituição do tribunal arbitral, que deve ocorrer no prazo máximo de 15 dias (artigo 11º n.º 7).

Nesta última situação, a prerrogativa do n.º 1 do artigo 13º do RAT será exercida num prazo sempre a jusante da data de constituição do tribunal arbitral por força do procedimento e dos prazos estabelecidos para constituição do tribunal arbitral com a intervenção de colectivo quando o sujeito passivo opte por designar árbitro, independente do valor do pedido de pronúncia arbitral.

¹⁴⁹ Ver ponto n.º 5.B.1 do Fluxograma.

¹⁵⁰ Ver ponto n.º 6 do Fluxograma.

O tribunal arbitral pode funcionar com árbitro único quando o valor do pedido de pronúncia não ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo¹⁵¹ e quando o sujeito passivo opte por não designar árbitro, nos termos do n.º 2 do artigo 5º do RAT. No caso em apreço encontram-se verificados estes dois requisitos

Na data fixada pelo CAAD, ou seja, em 2012/12/14, ocorreu a reunião preliminar com o árbitro, o dirigente máximo da Administração Tributária e o sujeito passivo para efeitos de constituição do tribunal arbitral¹⁵².

Após a constituição do tribunal arbitral foi a Administração Tributária notificada para, no prazo de 15 dias, preparar a resposta à petição inicial e, se for o caso disso, solicitar a produção de prova adicional¹⁵³.

No caso em concreto a Administração Tributária, em resposta à notificação efectuada em 2012/01/18, fundamentou a manutenção do acto invocando a não conformidade com os critérios técnicos e legais exigidos pela legislação em vigor à data do facto tributário, apresentando ainda, em favor da sua decisão de manutenção do acto, a posição do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2008/09/10 (Processo n.º0474/08)¹⁵⁴.

No mesmo prazo estatuído no n.º 1 do Artigo 17.º do RAT a Administração Tributária procedeu à junção de cópia do Processo Administrativo Tributário¹⁵⁵.

No dia 2012/02/10 realizou-se a primeira, e única, reunião do tribunal arbitral¹⁵⁶, na qual ficou assente que:

- nada havia a propor quanto à tramitação processual a seguir;
- não havia correcções a considerar nas peças já apresentadas;
- as partes nada tinham a acrescentar no que respeitava às respectivas posições apresentadas; e
- não haveria lugar à marcação de nova reunião para alegações orais.

¹⁵¹ Ver nota de rodapé 23.

¹⁵² Ver ponto n.º 7 do Fluxograma.

¹⁵³ Ver ponto n.º 8 do Fluxograma.

¹⁵⁴ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/205ba4c290046ef8802574c80038d5ee?OpenDocument>

¹⁵⁵ Ver ponto n.º 9 do Fluxograma.

¹⁵⁶ Ver ponto n.º 10 do Fluxograma.

Ficou ainda estabelecido um prazo de 10 dias para o sujeito passivo juntar aos autos um atestado médico em conformidade com o disposto no Decreto-Lei n.º 202/96, de 21 de Outubro e ficou designado a data de 2012/03/05 para a decisão arbitral ser proferida.

Para a formulação da decisão arbitral foi abordada a competência do próprio tribunal arbitral, indicadas a matéria de facto e de direito concernentes, abarcando o mérito da questão a decidir, uma indicação do quadro legal e da jurisprudência pertinente para a decisão e ainda uma síntese da posição do sujeito passivo e da Administração Tributária.

Na fundamentação da decisão o árbitro indicou que a matéria de facto que importava determinar se relacionava com o direito aplicável ao acto tributário de liquidação oficiosa de IRS. O indeferimento do pedido do sujeito passivo, quer em sede de reclamação graciosa quer em sede de recurso hierárquico, teve como base o entendimento de que, apesar de não constar que alguma vez tenha sido solicitado ao sujeito passivo a apresentação do atestado, o junto aos autos não reunia as condições previstas na lei, não se encontrando em conformidade com o Decreto-Lei n.º202/96, de 23 de Outubro, não lhe sendo ainda aplicável o procedimento excepcional de aceitação do atestado de incapacidade.

Neste sentido, constituía objecto da decisão arbitral decidir se a inaplicabilidade da informação vinculativa n.º 1717/08 invocada como fundamento pela Administração Tributária, desobrigava esta de considerar bastante, para efeitos de comprovação do benefício fiscal relativo ao ano de 2006, o atestado emitido anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º202/96, de 23 de Outubro.

Importava ainda questionar se, tendo a administração tributária emitido informação vinculativa versando sobre a validade dos atestados de incapacidade emitidos em data anterior à da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º202/96, de 23 de Outubro, nos precisos termos em que o fez, poderia desconsiderar o atestado apresentado pelo sujeito passivo, no decurso do ano de 2009, para o ano fiscal de 2006, ou seja, um dos anos em que, por força da referida informação vinculativa, a administração tributária se vinculava a considerar o mesmo para comprovação da incapacidade do sujeito passivo.

Na sua fundamentação da decisão o árbitro cita ainda o n.º 7 do artigo 4.º do supra citado diploma legal, que estabelece que “nos processos de revisão ou reavaliação, o

grau de incapacidade resultante da aplicação da Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais vigente à data da avaliação ou da última reavaliação é mantido sempre que, de acordo com a declaração da junta médica, se mostre mais favorável ao avaliado.”

O n.º 8 do mesmo artigo acrescenta que “para efeitos do número anterior, considera-se que o grau de incapacidade é desfavorável ao avaliado quando a alteração do grau de incapacidade resultante de revisão ou reavaliação implique a perda de direitos que o mesmo já esteja a exercer ou de benefícios que lhe tenham sido reconhecidos.”

Levando em consideração o atrás exposto, a Administração Tributária estaria, deste modo, a violar os princípios de igualdade e justiça material ao aceitar que para alguns contribuintes o atestado de incapacidade emitido em conformidade com a legislação anterior ao Decreto-Lei 202/96, de 23 de Outubro, releve para a comprovação do benefício daquela isenção.

Acresce que a informação vinculativa impõe uma obrigação à própria Administração Tributária perante todos os contribuintes, nos termos dos artigos 55.º e 57.º do CPPT e 68.º da LGT. Mesmo que tratamento diverso fosse abrangido pela referida informação vinculativa, este seria sempre discriminatório e, por isso mesmo, contrário aos supra aludidos princípios da igualdade e da justiça material, consagrados no n.º 2 do artigo 5.º da LGT.

Por fim, o árbitro refere-se ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo invocado pela Administração Tributária, indicando que a doutrina dele emanada não tem aplicação ao caso concreto uma vez que àquela data não poderiam ser objecto de ponderação todos os elementos que conduziram à presente decisão.

Por outro lado, são apontados pelo árbitro os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Norte nos processos n.ºs 01817/09.6BEBRG¹⁵⁷, 00258/10.7BEBRG¹⁵⁸, 01274/08.4BEBRG¹⁵⁹ e 00010/10.0BEBRG¹⁶⁰ que apontam

¹⁵⁷ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/cce3271304bba54380257981005990f7?OpenDocument>

¹⁵⁸ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/d15cf7754886be6e8025796d004196e0?OpenDocument>

¹⁵⁹ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/5093e7658b966bf680257965004cbedb?OpenDocument>

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/b5b976643137ba7880257965003e2849?OpenDocument>

no sentido da ilegalidade da liquidação por violação do disposto no artigo 16.º do EBF e do n.º 2 do artigo 5.º da LGT, e dos princípios da igualdade e da justiça material.

Nesse sentido, conclui na sua decisão arbitral pela ilegalidade da liquidação de IRS efectuada pela Administração Tributária no montante de € 4.788,25, por violação do disposto no artigo 16.º do EBF, violação do princípio da igualdade e do princípio da justiça material previstos no n.º 2 do artigo 5.º da LGT, pelo que se anula aquela liquidação e se determina que a quantia paga seja devolvida ao requerente nos termos legais.

As custas foram fixadas no montante de € 612,00, a cargo da Administração Tributária, de acordo com o n.º 2 do artigo 12.º do RAT, do artigo 4.º do RCPAT e da Tabela I anexa ao mesmo.

A decisão arbitral foi emitida e posteriormente notificada às partes dentro do prazo definido no artigo 21.º do RAT¹⁶¹. Após essa notificação o CAAD notifica as partes do arquivamento do processo, considerando-se o tribunal arbitral dissolvido nessa data, nos termos do artigo 23.º do RAT¹⁶², tendo a Administração Tributária executado espontaneamente a decisão arbitral, nos termos do Artigo 24.º do RAT¹⁶³.

¹⁶¹ Ver ponto n.º 12 do Fluxograma.

¹⁶² Ver ponto n.º 13 do Fluxograma.

¹⁶³ Ver ponto n.º 14.A do Fluxograma.

CAPÍTULO V

5 – Extrapolação da Arbitragem Tributária

Iremos neste capítulo efectuar uma extrapolação do possível impacto da arbitragem tributária, numa perspectiva qualitativa, sem recorrer a técnicas de tratamento estatístico, por comparação com os resultados conhecidos dos meios alternativos de resolução de litígios implementados no nosso ordenamento jurídico.

Para isso iremos utilizar os números disponibilizados pelas Estatísticas da Justiça¹⁶⁴, disponibilizadas pela Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) e as estatísticas disponibilizadas pelo Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL).

Procuraremos chegar a conclusões através da comparação entre os números fornecidos para a resolução alternativa de litígios e os valores disponibilizados relativos aos tribunais judiciais de primeira instância e, após essa comparação, extrapolar as conclusões alcançadas para o campo da justiça tributária.

Não foram poucas as vezes que referimos ao longo deste trabalho o grave problema da pendência processual nos tribunais, nomeadamente nos tribunais administrativos e fiscais. Essa evidência pode ser melhor apreendida através de uma análise dos dados mais recentes fornecidos pelo CSTAF, nas estatísticas dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal¹⁶⁵. Vejamos a Figura 5.1:

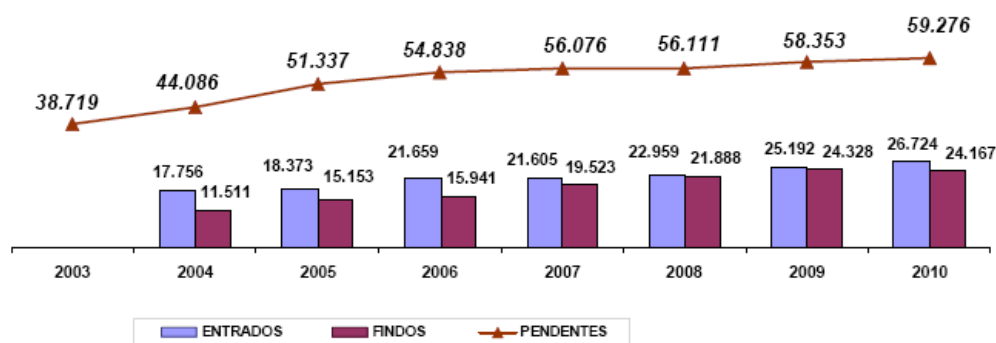


Figura 5.1 Movimento processual global nos TAFS.

¹⁶⁴ Disponíveis em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>

¹⁶⁵ Disponíveis em <http://www.cstaf.mj.pt/pdf/STATS/SERIE%20TAFS%202003-2010.pdf>

Fonte: CSTAF – Dados globais do movimento processual nos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1ª Instância (2003-2010).

Decompondo o movimento processual pela área administrativa – Figura 5.2 – e pela área tributária – Figura 5.3, obtemos os seguintes dados:

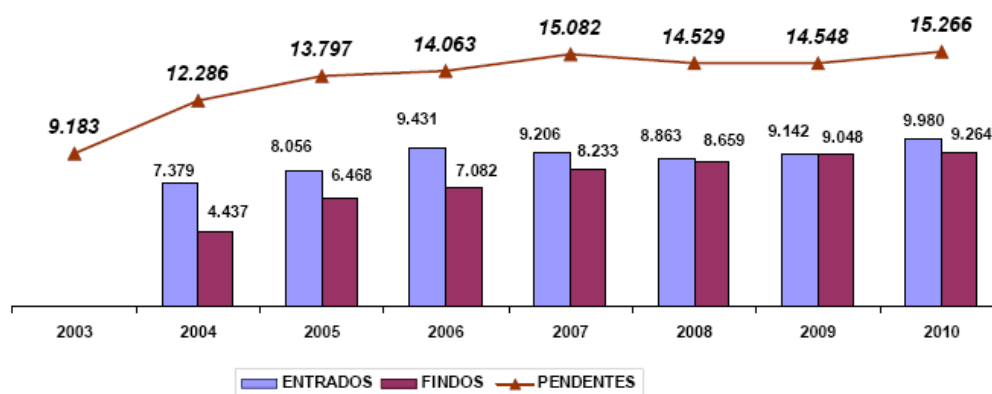


Figura 5.2 Movimento processual na área administrativa.

Fonte: CSTAF – Dados globais do movimento processual nos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1ª Instância (2003-2010).

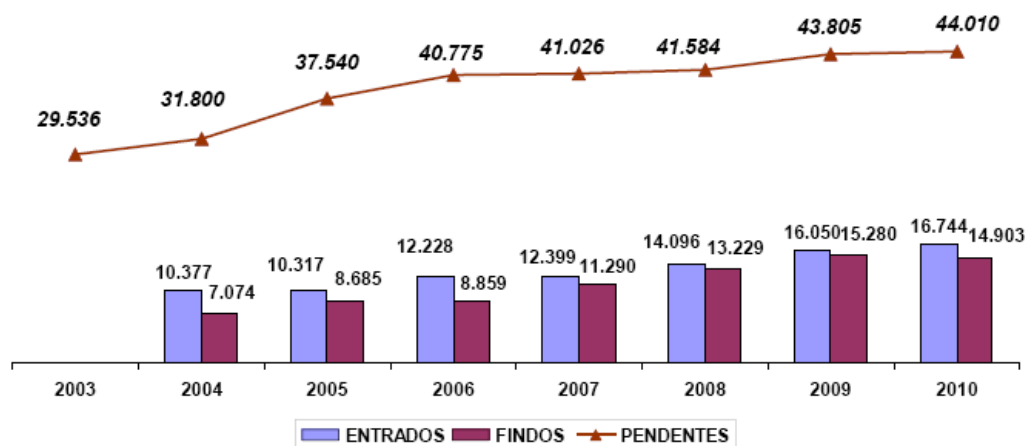


Figura 5.3 Movimento processual na área tributária.

Fonte: CSTAF – Dados globais do movimento processual nos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1ª Instância (2003-2010).

Os valores evidenciados nas Figuras 5.3, não traduzem mais do que o evidente aumento da conflitualidade no campo tributário, com um incremento significativo dos

processos instaurados nos últimos anos, o qual não tem sido acompanhado por um proporcional incremento na resolução dos mesmos, provocando a ampliação da pendência e o agravar da lentidão processual.

A situação nos tribunais judiciais de primeira instância não difere em muito da existente nos tribunais administrativos e fiscais. As Estatísticas da Justiça fornecidas pela DGPJ provam isso mesmo:

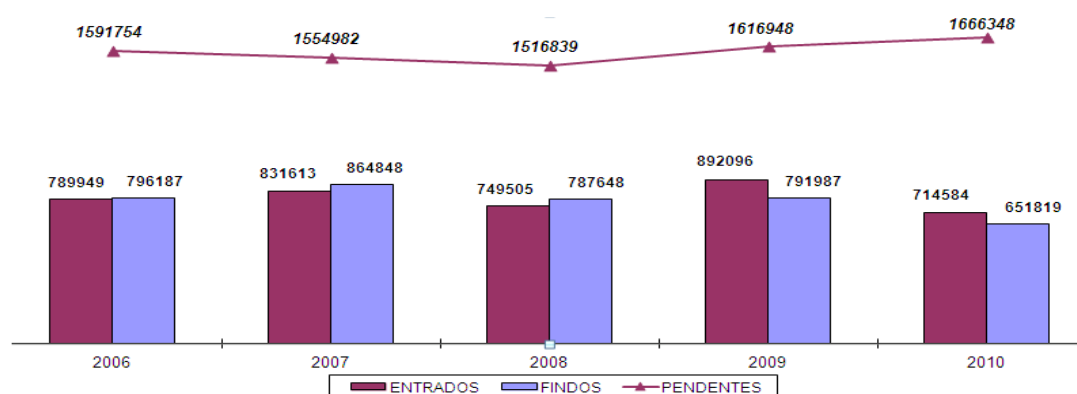


Figura 5.4 Movimento processual nos tribunais judiciais de primeira instância

Como fica evidente na Figura 5.4, e muito embora uma diminuição relativa e absoluta do número de processos instaurados no ano de 2010, relativamente aos anos anteriores, os números da pendência processual não baixaram. A partir do ano de 2008 assistimos a uma inversão no esforço intentado de combater o agravamento deste fenómeno desacreditador da própria justiça.

Se, por sua vez, nos debruçarmos nos números relativos aos processos instaurados, findos e pendentes no que respeita à mediação pública – Figura 5.5, centros de arbitragem – Figura 5.6 – e aos julgados de paz – Figura 5.7, fornecidos nas Estatísticas da Justiça da DGPJ e nas estatísticas do GRAL:

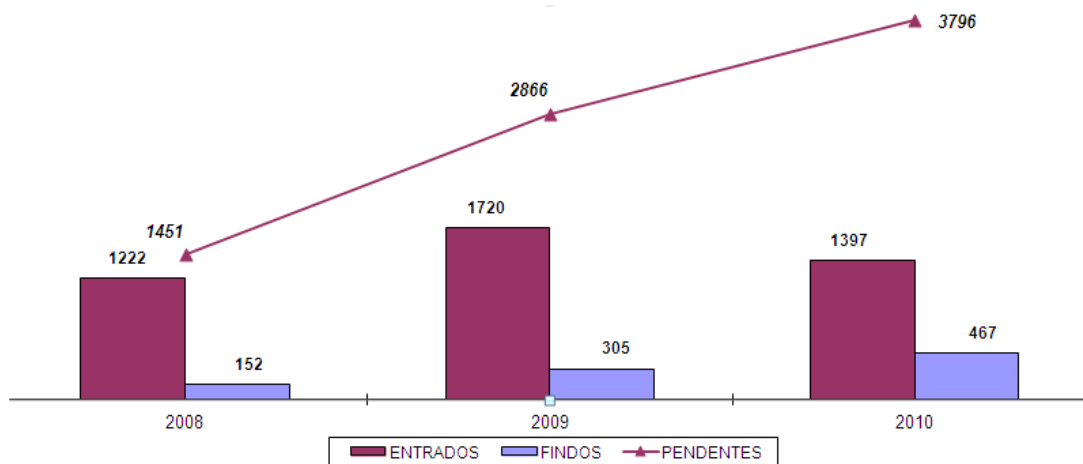


Figura 5.5 Movimento processual na mediação pública

Na Figura 5.5, podemos inferir que, apesar da diminuição do recurso à mediação pública, onde assistimos a uma regressão de processos instaurados em 2010 face ao ano anterior, a pendência processual aumentou.

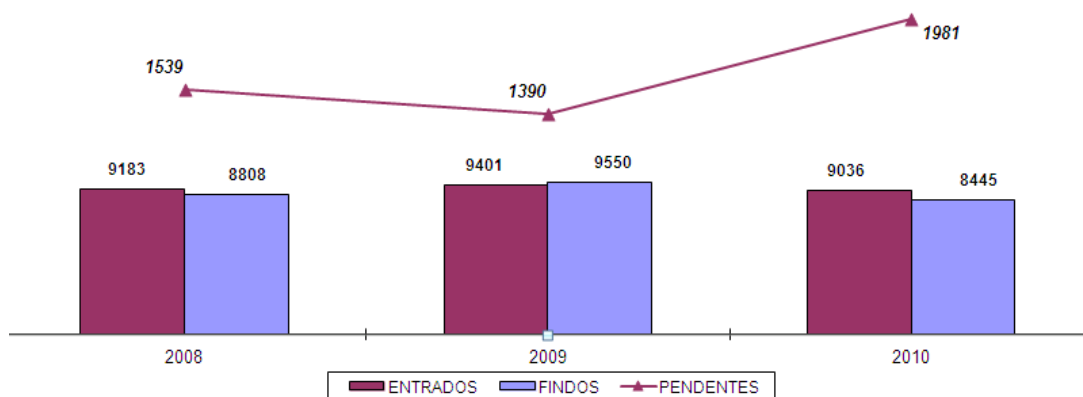


Figura 5.6 Movimento processual nos centros de arbitragem

As conclusões que podemos retirar da análise à Figura 5.6, são em tudo idênticas às apresentadas para a mediação pública. Assistimos a uma diminuição dos processos entrados, que são em número inferior aos valores de 2009 e 2008, sem, contudo, deixarmos de ter um aumento da pendência processual.

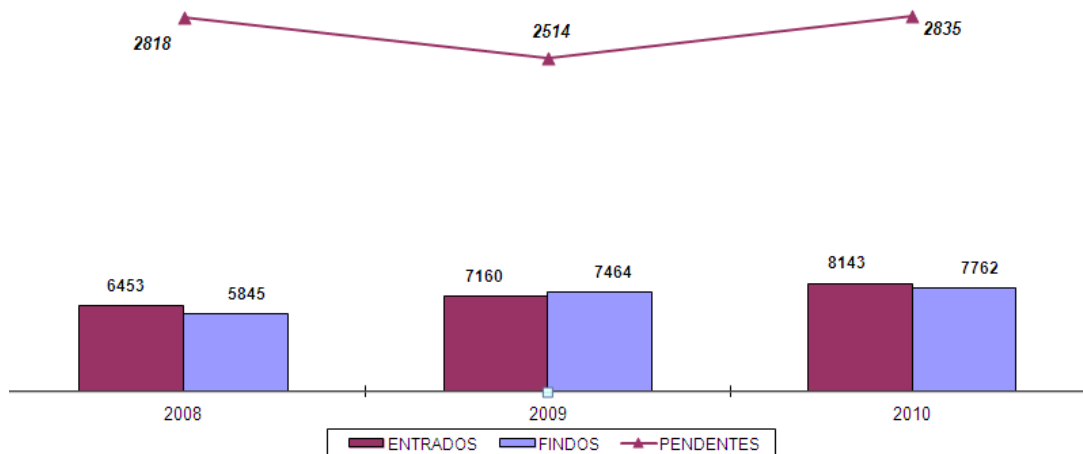


Figura 5.7 Movimento processual nos julgados de paz

A Figura 5.7 indica que os processos instaurados nos julgados de paz têm vindo consistentemente a incrementar, não tendo a resolução processual, apesar de em crescimento, sido suficiente para impedir uma vez mais o aumento da pendência processual.

Analisando o panorama apresentado na globalidade, podemos concluir que assistimos a uma diminuição da conflictualidade no ano de 2010, onde diminuíram os processos instaurados nos tribunais judiciais de primeira instância, tendo diminuído também o recurso à mediação pública e aos centros de arbitragem, enquanto que nos julgados de paz assistimos a um incremento dos processos entrados.

No entanto, tal como verificamos, o panorama muda no campo administrativo e tributário, onde assistimos, para a mesma altura, a um aumento da conflictualidade, com um incremento dos processos instaurados nos tribunais administrativos e fiscais.

Por outro lado, o aumento em número absoluto dos processos relativos à resolução alternativa de litígios no exercício de 2009, não aparenta ter conseguido influenciar o aumento da litigância nos tribunais judiciais de primeira instância, que teve um incremento significativo em termos absolutos, mas também relativos.

Por fim, temos que evidenciar que as pendências nos tribunais judiciais de primeira instância aumentaram nos últimos dois anos, isto apesar do incremento patente nos meios alternativos de resolução de litígios (mediação pública, centros de arbitragem e julgados de paz) para o mesmo período.

Levando em consideração o facto de as partes que intervieram nos processos, quer na mediação pública, quer nos centros de arbitragem, quer ainda nos julgados de paz, terem tido acesso a um processo mais célere e mais barato, em alguns casos gratuito,

os números evidenciados demonstram que os meios alternativos de litígios não contribuíram de modo decisivo para a diminuição dos processos instaurados nos tribunais judiciais de primeira instância.

Em face de tudo isto, somos levados a concluir, que a simples introdução da instituição da arbitragem tributária, sem quaisquer outros meios ou medidas associadas, não conduzirá a uma diminuição significativa do volume processual e das pendências nos tribunais administrativos e fiscais.

CAPÍTULO VI

6 – Conclusões

Chegamos assim ao momento de discorrermos sobre os efectivos méritos e deméritos da introdução da arbitragem tributária, tendo em conta o ainda reduzido horizonte temporal de introdução deste instituto no direito dos impostos.

Parece, desde logo, evidente que o sistema judicial, tal como o conhecemos, não consegue assumir-se como oferta adequada para responder à procura efectiva, resultando num crescente acumular de processos e, subseqüentemente, na morosidade processual. Faz, deste modo, todo o sentido que coloquemos soluções diversas à disposição do “cidadão contribuinte” para a resolução dos seus conflitos, nomeadamente, procurando a informalização e desjudicialização da justiça.

É este quadro de ruptura na administração da justiça, caracterizado por uma excessiva morosidade na obtenção e no acesso à solução judicial, que explica que se procurem montar estruturas alternativas à jurisdição, com âmbito e finalidades idênticas, assentes em mecanismos extrajudiciais que mais não plasmam que a tendência generalizada para haver cada vez menos Estado, desfazendo o dogma da natureza exclusivamente pública da função judicial. O Estado procura assumir uma nova relação de complementaridade entre os meios não judiciais de resolução de litígios e o sistema judicial.

É o Direito (Rocha, 2009: 357) desracionalizado, descentrado e desestadualizado, com o afastamento do Estado enquanto realidade totalizante e massificadora, incapaz de, na sua ânsia de generalização e abstracção, reconhecer e responder aos verdadeiros problemas dos cidadãos.

Afastados os receios e as dúvidas acerca da oportunidade e validade da sua implementação, fossem estas de natureza constitucional ou relacionadas com o seu funcionamento, a instituição da arbitragem tributária no ordenamento jurídico português é uma realidade.

A arbitragem surge neste contexto como um instituto (Clemente, 2010: 2) caracterizado pela celeridade e simplicidade de todo o processo, sendo a decisão proferida plenamente eficaz e o processo arbitral totalmente confidencial, o que em muitos casos é fundamental para os agentes económicos. Não podemos, ainda, olvidar

o facto da decisão ser proferida com profundo conhecimento de causa pelo facto dos árbitros serem especialistas na matéria objecto do litígio.

Podemos afirmar que a difusão da arbitragem, enquanto meio alternativo da justiça judicial, beneficia com a existência de centros a funcionar institucionalizada e permanentemente, perfilando-se como (Frota: 2009: 55) “uma via privilegiada de correcção das assimetrias impostas pela crise da justiça que atinge os tribunais que se inserem na estrutura convencional da administração estadual da justiça”.

A arbitragem assume-se como uma alternativa ao poder judicial, tendo o árbitro, tal como o juiz, poder de decisão, sendo que a informalidade da arbitragem a torna mais sedutora, em geral, que o julgamento judicial. A justiça, além de morosa, é mais dispendiosa que os meios alternativos de resolução de litígios disponíveis.

Mas se relativamente à celeridade (Nabais, 2010: 101), não parecem surgir dúvidas, relativamente ao ser mais barata, elas existem. Sendo certo que a “privatização” da justiça, protagonizada pela arbitragem tributária, não encarece automaticamente a justiça, designadamente por aos encargos com a justiça pública se somarem os encargos com a justiça privada, pois aos primeiros sempre haverá que subtrair os encargos com os processos que, desviados da justiça pública, venham a ser remetidos para a arbitragem, não podemos deixar de apontar que nem sempre a “privatização” de serviços conduz a uma efectiva diminuição dos custos globais desse serviço, embora possamos admitir que, em virtude da diminuição das responsabilidades públicas nesta matéria, possa traduzir uma redução dos correspondentes gastos públicos.

O futuro se encarregará de responder a esta dúvida, embora seja nossa opinião que os custos de contexto poderão revelar-se mais elevados que o esperado. Os cálculos não se podem resumir ao método simplista de considerar a poupança estatal com o desvio do litígio da justiça judicial para a justiça arbitral e os menores encargos e custos de representação legal, derivados da simplicidade do processo, ainda carecem de comprovação.

Apesar de também servir essa finalidade, embora residualmente, a intensificação do recurso à via arbitral não deve ser exclusivamente encarada como uma forma de descongestionar os tribunais do Estado, no intuito de os deixar mais libertos para tratarem daqueles litígios que tenham impreterivelmente de ser neles resolvidos (Serra, 2010b: 23).

A arbitragem não deve ser reduzida como sendo apenas complementar aos tribunais do Estado, devendo ser entendida como uma alternativa efectiva, na medida em que há litígios que se assumem como especialmente aptos à resolução pela via arbitral, e que nesta encontram uma solução preferencial (ibid.: 23).

Na realidade, uma justiça que tarde e que não seja decidida em tempo útil, não pode ser eficaz. A arbitragem tributária, tendo a mesma dignidade, a mesma força e a mesma legitimidade dos tribunais estaduais, sendo mais simples e, por essa mesma razão, mais célere, com uma decisão a ser obtida num prazo normal de 6 meses e máximo de um ano, não poderá deixar de contribuir para uma justiça mais eficaz.

O recurso a uma arbitragem institucionalizada, caracterizada pela intervenção de uma instituição especializada de carácter permanente, o centro de arbitragem, a que as partes podem acorrer voluntariamente para resolver os seus diferendos, afigura-se como a modalidade de arbitragem que melhor se coaduna com o âmbito, particularmente sensível, das relações jurídicas de natureza fiscal.

A arbitragem institucionalizada permite ainda colocar à disposição das partes uma lista de árbitros, como afirma Serra (2010b: 27) “com um “selo” credível de qualidade”, que associada à regulamentação do normativo processual do processo arbitral, evitam a tentação de manipulação do processo arbitral em benefício de uma das partes.

Acresce que o Código Deontológico, que veio estabelecer critérios éticos reguladores da actividade arbitral, aliado à supervisão exercida pelo Conselho Deontológico do CAAD, oferece garantias de que a arbitragem tributária se possa afigurar como um instrumento cabal de administração da Justiça na qual os cidadãos tenham confiança. Como aponta Serra (ibid.: 29), “[da] conduta do “juiz” árbitro, durante, antes e depois do processo arbitral, depende, em muito, a integridade, credibilidade e respeitabilidade da arbitragem”.

E (Fontes, 2007: 24) “[e]m boa verdade, a experiência demonstra que as sentenças arbitrais são tão ou mais escrupulosas do que as dos tribunais judiciais”.

Os princípios da legalidade e da igualdade encontram-se ainda salvaguardados com o acesso generalizado dos contribuintes à arbitragem tributária e com decisões arbitrais tomadas de acordo com o direito constituído. Por último, a fundamentação expressa dessas decisões aliada à sua publicidade, asseguram a sua transparência e exposição ao crivo da comunidade jurídica e tributária (Serra, 2011b: 5).

Desde Julho de 2011, data em que efectivamente arrancou, até Março do corrente ano, deram entrada 81 processos de arbitragem tributária no CAAD. Destes 81 processos, 69% respeitaram a IRC, 14% a IRS, sendo que os restantes corresponderam a imposto do selo, impostos sobre o património, IVA e imposto sobre os produtos petrolíferos. Na sua maioria respeitam a processos de montante reduzido, inferiores a 60 mil euros – 46% - e só 6% se referem a processos superiores a um milhão de euros. Refira-se que só em três processos, os contribuintes optaram por nomear árbitro, com os inerentes custos mais elevados pela sua opção¹⁶⁶.

Os críticos da arbitragem têm afirmado que a arbitragem tributária não resolve os problemas da justiça tributária e o próprio presidente do Conselho Deontológico (Serra, 2011b) lhes assiste plena razão, afirmando que “a arbitragem não é, nem alguma vez pretendeu ser, panaceia para as obstruções à justiça.” Mas acrescenta,

Que caminharemos sobre pés de barro enquanto entendamos que a realização da Justiça e do Estado de Direito é função exclusiva dos tribunais – tradicionais ou *arbitrais*. Para reabilitar a Justiça em Portugal, é preciso começar a montante dos tribunais do Estado, isto é, é preciso urgentemente apostar em mecanismos de prevenção de litígios, para que menos deles haja a entregar à resolução jurisdicional ou para-jurisdicional.

Neste sentido, fica evidenciado o papel da administração fiscal no bom funcionamento da justiça fiscal, ao assumir o papel de primeira linha na aplicação e execução das normas tributárias (Serra, 2011b).

Exige-se um procedimento de reclamação graciosa que seja realmente eficiente e capaz de produzir decisões isentas, rápidas e tecnicamente sólidas, que não tenham no indeferimento o seu resultado quase pré-determinado (Serra, 2009).

Acresce que a expansão da arbitragem tributária, ou de outros meios alternativos de resolução de litígios no campo tributário, não pode servir de pretexto para uma desresponsabilização ou desinvestimento do Estado nos tribunais (ibid.).

Parece, deste modo, consensual que não devemos depositar demasiadas esperanças na arbitragem tributária, quando analisada isoladamente, nomeadamente no que respeita à resolução do problema verdadeiramente dramático do estado de pendência

¹⁶⁶ Dados fornecidos pelo CAAD ao Diário Económico de 23 Março de 2012. Artigo disponível em <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/CAAD%20-%20Noticia%20AT%20no%20DE%20-%202012-03-23.pdf>

elevadíssima nos tribunais fiscais (Nabais, 2010: 100). Como afirma o ex-Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (Vasques, 2011), “a arbitragem tributária não constitui a solução para todos os vícios de que enferma a nossa justiça fiscal mas é improvável que os consigamos resolver sem o seu contributo”.

Com efeito, como indicam Ramos e Matos (2007: 28):

a vantagem mais clara da arbitragem tributária – e que consubstancia o argumento mais sólido a favor da sua consagração legal – será a da possibilidade de através dela se combater a pouca especialização dos tribunais tributários para as matérias fiscais de elevada complexidade.

E concretizam (ibid.: 28), “[a] arbitragem tributária funcionaria assim como um meio de evitar soluções menos justas por falta de aptidão dos tribunais judiciais para as dirimir.”

Na nossa opinião, o mérito da arbitragem passa por conciliar as virtudes do “privado” com as virtudes do “público”, fornecendo-lhe a flexibilidade necessária para que possa cumprir a sua finalidade, proporcionando nas suas decisões a mesma segurança que a justiça estadual proporciona.

Terminamos citando Falcão (2011: 216) com uma certeza:

A de que são muitas as dúvidas e as incógnitas que se levantam quanto ao efectivo sucesso prático da instauração deste meio alternativo e relativamente inédito de resolução [...] de litígios fiscais.

Certamente que a experiência vai futuramente obrigar a alterações e clarificações da Lei.

Mas a via está aberta e estou [estamos] convicto[s] que vai trazer assinalável melhoria à fluidez da litigiosidade fiscal judicial.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROCAS, Manuel Pereira – Manual de Arbitragem. Coimbra: Edições Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3983-1.
- CAAD – Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária. [Em linha]. (2011). [Consul. em 12 Fevereiro 2012]. Disponível em: <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/CAAD%20%20Regulamento%20de%20Custas%20ARBITRAGEM%20TRIBUTARIA%20-%202011-04-13%281%29.pdf>
- CAMPOS, Diogo Leite de – Arbitragem no Direito Tributário: Da jurisdição do Estado à Jurisdição dos cidadãos. *NewsletterDGAE*, ISSN 1645-7439. 8 (2007) 19-22.
- CAMPOS, Diogo Leite de – A indisponibilidade dos créditos tributários e a arbitragem. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. ISBN 978-972-40-3825-4. II:1 (2009) 63-73.
- CAMPOS, Diogo Leite de – A Arbitragem Tributária “A Centralidade da Pessoa”. Coimbra: Edições Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4223-7.
- CATARINO, João Ricardo (2009a) – A arbitragem e os direitos dos contribuintes no procedimento fiscal. *Revista da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*. ISSN 1645-9237. X:117 (2009) 58-62.
- CATARINO, João Ricardo (2009b) – Para uma Teoria Política do Tributo. *Cadernos de Ciência Técnica e Fiscal*, ISSN 0870-6972. 184 (2009).
- CLEMENTE, António José – A Arbitragem Voluntária Institucionalizada em Portugal. [Em linha]. (2010) [Consul. em 26 Janeiro 2012]. Disponível em: <http://www.gral.mj.pt/userfiles/A%20Arbitragem%20Volunt%C3%A1ria%20Institucionalizada%20em%20Portugal.pdf>

CÓDIGO DOS DIREITOS DE AUTOR E DOS DIREITOS CONEXOS. [Em linha]. (2008). [Consult. em 5 Março 2012]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=484&tabela=leis

CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-3712-7.

CÓDIGO PROCESSO CIVIL. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4662-4.

CÓDIGO DE PROCESSO DAS CONTRIBUIÇÕES E IMPOSTOS. Decreto-Lei n.º45005/1963. *D.R. I Série*. 100 (1963-04-17) 433-455.

CÓDIGO DE PROCEDIMENTO E PROCESSO TRIBUTÁRIO. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-792-32-1939-5.

CÓDIGO DE PROCESSO TRIBUTÁRIO. Decreto-Lei n.º154/1991. *D.R. I Série – A*. 94 (1991-04-23) 2290-2325.

CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1983-8.

CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-974-40-4649-5.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-3967-1.

COMISSÃO EUROPEIA – Recomendação n.º 98/257/CE, de 30 de Março de 1998. [Em linha]. (1998). [Consult. em 5 Março 2012]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:PT:NOT>

CÔRTE-REAL, Lourenço – Arbitragem Tributária – Análise do Decreto-Lei nº10/2011, de 20 de Janeiro. [Em linha]. (2011). [Consult. em 21 Fevereiro 2012]. Disponível em: http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/lourencocortereal_arbitragemtributaria.pdf

DECRETO-LEI nº43.335. *D.R. I Série*. 26 (1960-11-19) 2469-2496.

DECRETO-LEI nº31/1986. [Em linha]. (1986). [Consult. em 26 Janeiro 2012]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=lei_velhas&nversao=1

DECRETO-LEI nº398/1998. *D.R. I Série – A* 290 (1998-17-12) 6872-6862.

DECRETO-LEI nº38/2003. [Em linha]. (2003) [Consult. em 26 Janeiro 2012]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=lei_velhas&nversao=2

DECRETO-LEI nº199/2003. [Em linha]. (2003) [Consult. em 26 Janeiro 2012]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=585&tabela=lei_velhas&nversao=1

DECRETO-LEI nº10/2011. *D.R. I Série*. 14 (2011-01-20) 370-376.

DECRETO-LEI nº118/2011. *D.R. I Série*. 239 (2011-12-15) 5301-5304.

DGAIEC. Direcção de Serviços de Cooperação Aduaneira e Documentação. Divisão de Documentação e Relações Públicas – Regime de arbitragem tributária. Circular n.º53/2011. Série II.

DIRECÇÃO-GERAL DA ADMINISTRAÇÃO EXTRAJUDICIAL – IV Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios. Lisboa: Agora Comunicações, 2005. Conferência realizada na Universidade Católica Portuguesa, Maio de 2004. ISBN 972-99281-7-7.

ESTATUTO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS – Lei nº 13/2002. [Em linha]. (2010). [Consult. em 12 Fevereiro 2012]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=418&tabela=leis

FALCÃO, José Alberto Poças – Arbitragem Tributária: Conferência proferida em Lisboa no dia 3 de Março de 2011. *Revista Portuguesa de Contabilidade*. ISSN 2182-2042. I:2 (2011) 185-216.

FEIO, Diogo – Arbitragem Fiscal em Portugal: o início de um caminho. *NewsletterDGAE*, ISSN 1645-7439. 8 (2007) 29-33.

FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva – A transação e a arbitragem no direito constitucional tributário brasileiro. In *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-189-7.

FONTES, Tito Arantes – A Arbitragem Tributária no Ordenamento Legal Português, *NewsletterDGAE*, ISSN 1645-7439. 8 (2007) 23-24.

FREITAS, José Lebre de – Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem. In *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço – Volume II*. Coimbra: Edições Almedina, 2002. ISBN 978-972-40-1814-0.

FROTA, Mário – Arbitragem institucional. *Revista Portuguesa de Direito de Consumo*. ISSN 0873-9773. 57 (2009) 49-55.

GOUVEIA, Mariana França – Meios de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz. In *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova – Volume II*. Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3426-3. pp. 727-758.

LEI nº 168/1999. *D.R. I Série - A*. 219 (1999-09-18) 6417-6436.

LEI nº 7/2009. *D.R. I Série*. 30 (2009-02-12) 926-1029.

LEI nº 3-B/2010. *D.R. I Série*. 82 (2010-04-28) 1466-(66)-1466-(384).

LEI nº 63/2011. *D.R. I Série*. 238 (2011-12-14) 5276-5289.

LEI GERAL TRIBUTÁRIA – Comentada e Anotada. Porto: Almeida & Leitão, 2011.
ISBN 978-972-74-9240-4.

LEI DE ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS
– Lei nº 3/1999. [Em linha]. (2011). [Consult. em 12 Fevereiro 2012].
Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1&tabela=leis

MENDES, Armindo Ribeiro – Introdução às Práticas Arbitrais. [Em Linha]. (2010).
[Consult. 13 Janeiro 2012]. Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_9269.doc

NABAIS, José Casalta – Reflexão breve sobre a introdução da arbitragem tributária.
Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010. ISBN 978-972-32-1887-9.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de – Da arbitragem administrativa à arbitragem fiscal:
notas sobre a introdução da arbitragem em matéria tributária. Coimbra: Wolters
Kluwer Portugal, 2010. ISBN 978-972-32-1887-9.

PEREIRA, Ricardo Rodrigues – A Arbitragem Tributária. *Revista Fiscal*. Sem ISSN.
Nº 2 Março/Abril (2011) 9-19.

PIRES, Adilson Rodrigues. A arbitragem no Direito Tributário. In *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-189-7.

PORTUGAL – Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality. [Em linha]. (2011). [Consult. em 17 Janeiro 2012]. Disponível em: http://www.bdo.pt/images/stories/docs/documentos/tax_alert/PT-MemoOf-Understanding.pdf

RAMOS, Diogo Ortigão; MATOS, Pedro Vidal – Admissibilidade da Arbitragem Tributária no âmbito do Ordenamento Jurídico Português. *NewsletterDGAE*, ISSN 1645-7439. 8 (2007) 25-28.

RECTIFICAÇÃO n.º5-C/2003. [Em linha]. (2003) [Consult. em 26 Janeiro 2012]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=83&tabela=lei&nversao=

REGULAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – Decreto-Lei n.º 52/2011 [Em linha]. (2011). [Consult. em 12 Fevereiro 2012]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=967&tabela=leis

ROCHA, Joaquim Freitas da – Lições de Procedimento e Processo Tributário. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1755.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Acórdão Processo 99A1015. [Em linha]. (2000). [Consult. em 17 Janeiro 2012]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/312408c5e5637f97802569f20059b182?OpenDocument>

SERRA, Manuel Santos – Que sistema de justiça administrativa e fiscal. [Em linha]. (2009). [Consult. em 9 Março 2012]. Disponível em: <http://www.caad.org.pt/centro6.php>

SERRA, Manuel Santos – Deontologia e ética arbitral tributária. [Em linha] (Dezembro 2010a). [Consult. em 9 Março 2012]. Disponível em: <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/CAAD%20-%20Intervencao%20do%20Presidente%20do%20CD%20do%20CAAD.pdf>

SERRA, Manuel Santos – A Arbitragem Administrativa em Portugal: Evolução Recente e Perspectivas. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010b. ISBN 978-972-32-1887-9.

SERRA, Manuel Santos – Conselho(s) Deontológico. *Arbitragem Newsletter Fiscal CAAD*. [Em linha] (Outubro 2011a). [Consult. em 15 Fevereiro 2012]. Disponível em: <http://www.caad.org.pt/content/show/id/34/s/3>

SERRA, Manuel Santos – Intervenção na Conferência IDEFF (FDUL) O Novo Regime da Arbitragem Fiscal. [Em linha] (Fevereiro 2011b). [Consult. em 16 Março 2012]. Disponível em: <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/Manuel%20Santos%20Serra%20%20Intervencao%20ARBITRAGEM%20TRIBUTARIA%20-%202011-02-04.pdf>

SERRA, Manuel Santos – Conselho(s) Deontológico. *Arbitragem Newsletter Fiscal CAAD*. [Em linha] (Janeiro 2012). [Consult. em 15 Fevereiro 2012]. Disponível em: <http://www.caad.org.pt/content/content/id/124/s/3>

TORRES, JULIANA ANTONIAZI – A Arbitragem como Forma Alternativa de Solução de Conflitos. [Em Linha] (2008) [Consult. em 20 Março 2012]. Disponível em: <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=schizzerroto&source=web&cd=1&ed=0CDkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbibdig.poliseducacional.com.br%2Fdocument%2F%3Fdown%3D281&ei=0bsyUJCECoSBhQfsyoCYCA&usq=AFQjCNHHCryL8Dhhswwml6Dtu50rkZW0AsA>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG (102/81). [Em linha]. (1982). [Consult. em 20 Janeiro 2012]. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981J0102:EN:NOT>

UNCITRAL – UNCITRAL Arbitration Rules [Em linha]. (Nova Iorque, 2011). [Consult. 20 Janeiro 2012]. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>

VASQUES, Sérgio – Os primeiros passos da arbitragem tributária. *Arbitragem Newsletter Fiscal CAAD*. [Em linha] (Outubro 2011). [Consult. em 20 Março 2012]. Disponível em: <http://www.caad.org.pt/content/show/id/34/s/3>

VARGAS, Mariana – Alterações ao Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária. [Em linha]. (2011). [Consult. 21 Fevereiro 2012]. Disponível em: http://www.provedorjus.pt/restrito/rec_ficheiros/Parecer_arbitragem_mat_tribut_14122011.pdf

VIEIRA, Mónica Brito – *Ética Profissional e Responsabilidade Social*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010. ISBN 978-972-32-1887-9.