

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: O (RECENTE) REFORÇO DA TRANSPARÊNCIA E DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA¹⁻²

TAX ARBITRATION: THE (RECENT) STRENGTHENING OF TRANSPARENCY AND EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION

Francisco Nicolau Domingos³

RESUMO: O princípio da transparência do poder judicial reporta-se, não só ao acesso às decisões judiciais, como também, ao controlo do exercício do referido poder. O Regime Jurídico da Arbitragem Tributária prevê diversas regras que se subsumem às dimensões dos princípios da transparência do poder judicial e da independência dos juízes, o sorteio (público) dos árbitros e o reforço da lista de requisitos necessários à designação como árbitro-presidente, como, por exemplo, a impossibilidade de ser escolhido pelas partes. A previsão da garantia associada à possibilidade de apresentar recurso para o Supremo Tribunal Administrativo de decisões arbitrais contraditórias, quanto à mesma questão fundamental de direito, permite a desejável uniformização jurisprudencial entre a (jurisprudência) produzida pelos tribunais estaduais e os arbitrais; por outro lado, assegura a principal vantagem da arbitragem tributária – tutela jurisdicional efetiva, na dimensão de emissão de uma sentença em prazo razoável.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem tributária; transparência judicial; e acesso ao Direito.

ABSTRACT: The principle of transparency of the judiciary refers not only to access to judicial decisions but also to control the exercise of that power. The legal framework for tax arbitration lays down various rules that fall within the scope of the principles of transparency

¹ Artigo recebido em 19/02/2024, sob dispensa de revisão.

² O presente texto corresponde à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Direito Processual Civil sobre os “DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA”, realizado na Universidade Portucalense, a 15 e 16 de dezembro de 2023, organizado pelo Instituto Jurídico Portucalense, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade Estácio de Sá, a Universidade de Vigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação Brasileira Elas no Processo e com a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN BR), com o apoio do Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais da República Portuguesa, através da FCT I.P.

³ Professor Adjunto do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa. Professor Auxiliar Convidado do ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa. Investigador integrado no Instituto Jurídico Portucalense. Árbitro em matéria tributária junto do Centro de Arbitragem Administrativa. ORCID: 0000-0001-7795-3625. E-mail: fjdomingos@iscal.ipl.pt.



of the judiciary and the independence of judges: the (public) drawing of lots for arbitrators and the strengthening of the list of requirements for appointment as presiding arbitrator, such as the impossibility of being chosen by the parties. The guarantee associated with the possibility of appealing to the Supreme Administrative Court against conflicting arbitration decisions on the same fundamental point of law allows for the desirable uniformity of case law between that produced by the state courts and the arbitration courts; on the other hand, it ensures the main advantage of tax arbitration - effective judicial protection in issuing an award within a reasonable time.

KEYWORDS: Tax arbitration, judicial transparency; and effective legal protection.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da transparência refere-se à natureza translúcida do poder judicial, como também, ao controlo democrático da sua atividade, exigindo o referido princípio a independência dos juízes.

Os tribunais arbitrais constituídos sob a égide do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) foram considerados, no acórdão *Ascendi*⁴, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, para efeitos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pois, nomeadamente, preenchem os seguintes requisitos: permanência; o processo arbitral reveste natureza contraditória; a decisão arbitral tem natureza obrigatória; e os árbitros que os integram estão sujeitos aos princípios da independência e da imparcialidade.

O presente trabalho pretende, sumariamente, refletir: sobre as alterações promovidas pelo legislador relativamente aos requisitos para o exercício da função de árbitro; sobre a instituição de sorteio público dos árbitros que assumem essa função; e, paralelamente, em relação à possibilidade de apresentar recurso para o Supremo Tribunal Administrativo de decisões arbitrais contraditórias quanto à mesma questão fundamental de direito.

⁴ Acórdão do TJUE de 12 de junho de 2014, proferido no processo C-377/13. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153582&doclang=PT>. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.



A partir do método dedutivo, monográfico e da técnica de pesquisa bibliográfica, o trabalho começará por examinar o mérito das recentes medidas para reforço da transparência do instituto da arbitragem tributária e da independência dos árbitros. Analisará, ainda, o contexto que justificou a ação legislativa de prever a possibilidade de recurso de decisões arbitrais contraditórias, sem esquecer a *vexata quaestio* da (in)constitucionalidade do regime de recursos na arbitragem tributária.

2. TRANSPARÊNCIA JUDICIAL (ARBITRAL)

O princípio da transparência do poder judicial não é unitário, abrange duas dimensões, *rectius*: o acesso à informação e o controlo do funcionamento da estrutura judicial.

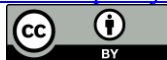
A primeira englobará o acesso ao resultado do exercício do poder judicial, *e.g.*, sentenças e acórdãos, como também, à política judicial, orçamento e despesas do setor. Já a segunda abrange – pelo contrário – os mecanismos de controlo do poder judicial, que podem revestir uma natureza preventiva ou repressiva, consoante procurem evitar a prática de atos ilícitos ou sancioná-los.⁵

Acreditamos que se afigura particularmente interessante a aplicação do princípio à arbitragem, quando a doutrina discute se existe uma jurisdição arbitral tributária, a par da jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais.⁶

O legislador positivou, por intermédio da Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro, diversas regras que se subsumem às dimensões que a doutrina assinala aos princípios da transparência

⁵ ABRHAM SILES VALLEJOS. *Independencia y transparencia del Poder Judicial en la América Central del siglo XXI: ¿cuáles cambios?* In: *Ley vs. realidad Independencia y transparencia de la justicia en Centroamérica y Panamá*. Washington: *Fundación para el Debido Proceso*, 2013, p. 30. Disponível em: https://www.dplf.org/sites/default/files/ley_vs_realidad_marzo2014.pdf. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.

⁶ FRANCISCO ROTHES. *Jurisprudência recente do STA*. In: *Temas de Direito Tributário*. Lisboa: CEJ, 2019, p. 193, nota de rodapé n.º 23. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_TDT2019.pdf. Acesso no dia 30 setembro de 2023.



do poder judicial e da independência dos juízes, *e.g.*, o sorteio (público) dos árbitros⁷ e o reforço da lista de requisitos necessários à designação como árbitro-presidente.

Assinala-se, ainda, na linha do reforço do princípio da tutela jurisdicional efetiva, a previsão - Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro⁸ - da possibilidade de apresentação de recurso, de decisões arbitrais contraditórias, para o Supremo Tribunal Administrativo.

Vejamos, antes de mais, as medidas de reforço dos requisitos necessários à designação como árbitro.

O artigo 6.º, números 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro (RJAT) tem atualmente⁹ a seguinte redação:

3 - A designação dos árbitros pelo Conselho Deontológico é realizada, de entre os árbitros inscritos na lista por categoria de tributo, por sorteio público.

4 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, só são elegíveis para o sorteio os árbitros que não sejam mandatários ou não integrem escritório de advogados em que um dos seus membros seja mandatário em qualquer processo arbitral tributário pendente.

Prevê-se, agora, que a designação dos árbitros pelo Conselho Deontológico seja realizada por sorteio público, de entre os árbitros inscritos na lista por categoria de tributo. Consagra-se, paralelamente, que somente são elegíveis para o sorteio os árbitros que não sejam mandatários ou não integrem escritório de advogados em que um dos seus membros seja mandatário em qualquer outro processo arbitral pendente.¹⁰

⁷ Regra geral, a designação dos árbitros efetuava-se, até então, de forma sequencial, a partir da lista organizada pelo CAAD. Determinava o artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento de Seleção de Árbitros em Matéria Tributária que: “Os árbitros são designados pelo Conselho Deontológico, preferencialmente, de modo sequencial, tendo em conta a ordenação aleatória referida no artigo anterior”.

⁸ Com a introdução da nova redação no artigo 25.º, n.º 2, do RJAT.

⁹ Redação introduzida pela Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro.

¹⁰ Diga-se, em abono da verdade, que já existia uma comunicação do Conselho Deontológico, de 9 de fevereiro de 2018, com o mesmo sentido interpretativo relativamente ao revogado artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento de Seleção de Árbitros em Matéria Tributária. O teor da comunicação era o seguinte: “Tendo em conta o disposto no artigo 5.º, n.º 2 do Regulamento de Seleção de Árbitros em Matéria Tributária e, sobretudo, o espírito que determinou esse normativo, o Conselho Deontológico do CAAD entende dever explicitar esse mesmo comando no sentido de ficar ali abrangida também a situação em que «o árbitro que figure na ordem sequencial da lista seja mandatário ou integre escritório de advogados em que um dos seus membros seja mandatário em qualquer outro processo arbitral tributário pendente no CAAD», sendo certo que tem sido esta a interpretação que vem sendo observada pelo Conselho Deontológico do CAAD.”



O legislador pretendeu reforçar as garantias de uma decisão isenta e imparcial, opção que, no seu juízo, se alcança pela publicidade do ato de nomeação de árbitros e pela adição de um novo requisito respeitante aos árbitros que são advogados.

Valoramos como positiva a referida alteração normativa, reforça-se, pois, a legitimidade do árbitro para administrar a justiça no caso concreto.

Já o artigo 7.º, n.º 4, do RJAT estatui, agora, quanto à designação dos árbitros, que: quando o tribunal funcione com a intervenção do coletivo, *o árbitro-presidente é designado de entre juristas que tenham exercido funções públicas de magistratura ou possuam doutoramento na área das ciências jurídico-económicas, na condição, de nos últimos dois anos, não ter prestado serviços profissionais, de qualquer natureza, a qualquer parte, no âmbito de um processo arbitral tributário.* Determina-se, concomitantemente, que os árbitros que integrem a lista de árbitros-presidentes não possam ser designados pelas partes.

Como sabemos, não é exigida aos árbitros a exclusividade que a Constituição da República Portuguesa (CRP) impõe aos juízes dos tribunais estaduais e o desempenho da referida função pode ser assumido por profissionais que exerçam advocacia e funções públicas¹¹, atividade que não é acumulável pelos juízes dos tribunais tributários (estaduais).¹² Por isso, o legislador cuidou, *ab initio*, de criar um reforçado regime de impedimentos previsto no artigo 8.º do RJAT, a aplicar em conjugação com o previsto no artigo 69.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹³ e do artigo 115.º do Código de Processo Civil (CPC).

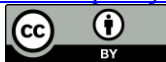
Compreende-se, por isso, o facto de o legislador ter robustecido as garantias de isenção e independência, ao exigir que determinado profissional pode atuar como árbitro-presidente quando tiver exercido funções de magistrado ou, em alternativa, seja titular do grau académico de doutor na área das ciências jurídico-económicas.

O exercício da função jurisdicional justificará a aludida opção legislativa, sendo que, o costume do CAAD já correspondia à designação de um profissional, para a presidência dos tribunais coletivos, que tenha exercido funções públicas de magistratura. Paralelamente, a possibilidade de um profissional que tenha o referido grau académico presidir ao tribunal

¹¹ Desde que, nomeadamente, decorrido o período de nojo (dois anos) previsto no artigo 8.º, n.º 1, do RJAT.

¹² Artigo 216.º, n.º 3, da CRP.

¹³ Anterior artigo 44.º, n.º 1, do mesmo diploma.



coletivo permite alargar a base de recrutamento para a elegibilidade de árbitros e incrementar a qualidade das decisões arbitrais.

É, ainda, de crucial importância a opção legislativa de impedir a designação do árbitro-presidente pelas partes, pois, permite sedimentar a independência dos tribunais arbitrais.¹⁴

O legislador introduziu, no domínio da publicidade, a obrigação de inserir as decisões arbitrais, transitadas em julgado, numa base de dados organizada pelo Ministério da Justiça.¹⁵ Diga-se que a redação primitiva do artigo 16.º, al. g), do RJAT já previa a publicidade das decisões arbitrais, cuja divulgação, depois do expurgo de dados pessoais, sempre foi assegurada pelo CAAD, por intermédio do seu *site*.

A inovação está, portanto, no facto de, agora, para além da divulgação no *site* do CAAD, os árbitros assumirem a obrigação de depósito da decisão arbitral na referida base de dados, permitindo, deste modo, a existência de um veículo adicional de divulgação.

Em resumo, o legislador com a instituição do sorteio público e o aditamento de requisitos necessários à elegibilidade para o exercício como árbitro-presidente pretendeu incrementar a transparência e a independência dos árbitros.

3. RECURSO DAS DECISÕES ARBITRAIS

Regra geral, as decisões dos tribunais arbitrais são irrecorríveis¹⁶, embora essa solução se encontre temperada por hipóteses excepcionais de controlo pelos seguintes tribunais: i) Tribunal Central Administrativo Sul¹⁷; ii) Tribunal Constitucional; e iii) Supremo Tribunal Administrativo. Vejamos, sumariamente, em que termos.

¹⁴ O tribunal arbitral constituído sob a égide do CAAD será coletivo, nomeadamente, quando o sujeito passivo indica um árbitro – artigo 5.º, n.º 3, al. b), do RJAT.

¹⁵ V. as alterações introduzidas ao artigo 16.º, al. g), do RJAT pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, objeto de regulamentação pela Portaria n.º 165/2020, de 7 de julho.

¹⁶ Opção normativa que, a nosso ver, tem fonte na preocupação de assegurar a celeridade das decisões arbitrais. Em bom rigor, a lei na qual consta a autorização legislativa que deu origem ao RJAT – Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril – já o determinava no artigo 124.º, n.º 4, al. h): “A consagração, como regra, da irrecorribilidade da sentença proferida pelo tribunal arbitral, prevendo a possibilidade de recurso, para o Tribunal Constitucional, apenas nos casos e na parte em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada”.

¹⁷ Através da impugnação, meio processual que é utilizado quando se pretende colocar em crise a coerência formal e estrutural da decisão arbitral. Isto é, não se “ataca” o mérito da decisão, mas os aspetos de natureza



O recurso da decisão arbitral destina-se à reapreciação do mérito e pode ser dirigido ao Tribunal Constitucional ou ao Supremo Tribunal Administrativo. Por conseguinte, para o Tribunal Central Administrativo Sul não cabe recurso, mas, outrossim, impugnação.

3.1. Recurso para o Tribunal Constitucional

O recurso para o Tribunal Constitucional pode ter por fonte a recusa de aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade e, em segundo lugar, quando o tribunal arbitral aplicar norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo. Ou seja, estamos no domínio da fiscalização concreta da constitucionalidade, *rectius*, em cumprimento de injunção constitucional – artigo 204.º da CRP – aquela que prevê que nos factos “[s]ubmetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Assim, o legislador, se dúvidas existissem, pretendeu deixar claro que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais para os parâmetros constitucionais.

O recurso em estudo é interposto por requerimento onde se manifeste a vontade recursiva, no prazo de dez dias, a contar da notificação da decisão arbitral, sem necessidade de se fazer acompanhar de alegações – apresentadas após a notificação para tal finalidade – artigo 79.º da Lei do Tribunal Constitucional (LTC).

Tem legitimidade para apresentar recurso para o Tribunal Constitucional qualquer uma das partes em dissídio quando o fundamento consiste na recusa por parte do tribunal arbitral da “[a]plicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade”.¹⁸ Já se o fundamento consistir no facto de o tribunal arbitral ter aplicado uma “[n]orma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada”¹⁹ durante o processo, a legitimidade fica circunscrita à parte que a invocou.

O recurso para o Tribunal Constitucional tem natureza cassatória, pois, em caso de provimento, “[o]s autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante

formal e a conformidade da decisão com as normas e os princípios processuais, pense-se, por exemplo, na violação do princípio do contraditório.

¹⁸ Artigo 25.º, n.º 1, do RJAT.

¹⁹ Artigo 25.º, n.º 1, do RJAT.



for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade...”.²⁰

3.2. Recurso para o Supremo Tribunal Administrativo

O recurso para o Supremo Tribunal Administrativo da decisão que encerre o processo arbitral (também) tem por fundamento a oposição, quanto à mesma questão de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo (Norte ou Sul) ou pelo Supremo Tribunal Administrativo – artigo 25.º, n.º 2, do RJAT. Ou seja, esta espécie processual – recurso para o Supremo Tribunal Administrativo – circunscreveu-se inicialmente a este fundamento²¹, oposição, quanto a idêntica questão de direito, com acórdãos do Tribunal Central Administrativo (Norte ou Sul) e do Supremo Tribunal Administrativo.

O recurso é, assim, admissível quando a causa de pedir que serve de base ao pedido e que concretiza a falta de sincronia jurisdicional relativamente à mesma questão de direito é semelhante àquela que se encontra no acórdão fundamento das aludidas instâncias jurisdicionais.

O legislador pretendeu, com esta espécie processual, promover a uniformização de jurisprudência, opção que se compreende pela obrigação dos tribunais constituídos sob a égide do CAAD julgarem de acordo com o direito constituído, respeitando, assim, o princípio constitucional da igualdade. Embora, se dúvidas existissem quanto à finalidade, seriam eliminadas com a circunstância de a espécie processual em análise seguir o regime jurídico do recurso para uniformização de jurisprudência, previsto no artigo 152.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).²² O prazo para a interposição do recurso é de 30 dias, contados a partir da notificação da decisão arbitral²³, isto é, antes do trânsito em julgado.

²⁰ Artigo 80.º, n.º 2, da LTC.

²¹ A redação do artigo 25.º, n.º 2 do RJAT que vigorou até 30 de setembro de 2019 era a seguinte: “A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso 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”.

²² Artigo 25.º, n.º 3, do RJAT.

²³ Artigo 152.º, n.º 1, do CPTA, aplicável por força do artigo 25.º, n.º 3, do RJAT.



O recurso para o Supremo Tribunal Administrativo tem, ao contrário da impugnação e do recurso para o Tribunal Constitucional, natureza substitutiva e não cassatória. O acórdão que conclua pela existência da contradição que subjaz ao recurso anula a decisão arbitral, substituindo-a, decidindo a questão controvertida, poder esse limitado ao mérito da questão fundamental de direito em dissídio.²⁴

A celeridade das decisões arbitrais em situações de alterações ao Direito Tributário substantivo demonstrou, como *infra* constataremos, a necessidade de alterar a política normativa quanto ao recurso para o Supremo Tribunal Administrativo.

3.3 A experiência emergente da aplicação do sistema de controlo jurisdicional das decisões arbitrais

A aplicação do RJAT demonstrou que o recurso para o Supremo Tribunal Administrativo podia ser inócuo – por falta de acórdãos contraditórios quanto à mesma questão de direito.

Pense-se, nas hipóteses de alteração da lei fiscal substantiva, se o prazo médio de decisão dos tribunais (estaduais) tributários de primeira instância se cifrava em quatro anos, a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a aplicação da referida alteração normativa – que legitimaria a apresentação de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo – apenas seria produzida cinco a seis anos após a sua entrada em vigor quando, recorde-se, as decisões arbitrais têm de ser proferidas no prazo de seis meses.

Em suma, este recurso, perante a celeridade das decisões arbitrais, podia consubstanciar uma mera proclamação solene, bastava, repete-se, que a génese do litígio se encontrasse na aplicação de uma nova norma tributária.

Assim, o legislador, através da Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro alterou o teor do artigo 25.º, n.º 2, do RJAT²⁵ e ampliou os fundamentos para apresentação de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo, pois desde 1 de outubro de 2019 é admissível recorrer

²⁴ Artigo 152.º, n.º 6, do CPTA, aplicável por força do artigo 25.º, n.º 3, do RJAT.

²⁵ A redação do artigo é agora a seguinte: “A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral ou com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo”.



para tal instância jurisdicional da decisão arbitral que ponha termo ao processo, quando esteja em oposição relativamente à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral.

A nosso ver, se é de enaltecer tal alteração legislativa, pois permite a desejável uniformização jurisprudencial entre a produzida pelos tribunais estaduais e os arbitrais (como também, o reforço no acesso à justiça), por outro lado, para assegurar a principal vantagem da arbitragem tributária – tutela jurisdicional efetiva, na dimensão de emissão de uma sentença em prazo razoável – defendemos que deveria ter sido atribuída natureza urgente ao recurso apresentado com este fundamento. Embora, diga-se, em abono da verdade que, mesmo antes da alteração normativa em análise, já era frequente verificar a citação de jurisprudência estadual por parte dos tribunais arbitrais e jurisprudência arbitral pelos tribunais estaduais. Ou seja, de algum modo, essa convergência decisória já se verificava na maioria das questões de mérito apreciadas pelos tribunais arbitrais.

Contudo de imediato se colocou a questão: se o segmento introduzido pela Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro ao artigo 25.º, n.º 2, do RJAT é aplicável às decisões arbitrais anteriores à sua entrada em vigor?

A jurisprudência tem decidido, e bem, que se o artigo 25.º, n.º 2, do RJAT agora admite o recurso de decisões que anteriormente eram irrecorríveis (oposição quanto à mesma questão fundamental de direito com outra decisão arbitral), não é possível proceder à sua aplicação a decisões arbitrais proferidas antes da sua entrada em vigor.²⁶ Se assim não fosse, a lei nova destruiria retroativamente a força do caso julgado formado à luz da lei antiga – solução que se concebe como inconstitucional.

Uma outra questão de particular importância para a concretização do princípio da tutela jurisdicional efetiva é: o sistema de controlo das decisões arbitrais é inconstitucional ao restringir o direito de recurso (em sentido lato)? Vejamos.

²⁶ V. de modo unânime – acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de maio de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 073/19.2BALS, relatado pelo Conselheiro FRANCISCO ROTHES; acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de maio de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 075/19.9BALS, relatado pelo Conselheiro ARAGÃO SEIA; e acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de dezembro de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 011/20.0BALS, relatado pela Conselheira PAULA CADILHE RIBEIRO.



4. VIOLA O REGIME DE RECURSOS DAS DECISÕES ARBITRAIS O PRINCÍPIO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA?

O problema da violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva coloca-se porque a utilização da arbitragem para resolver controvérsias de natureza tributária envolveria, para alguns, o risco de renúncia à prerrogativa de jurisdição do Estado soberano. Bem como envolveria uma restrição a um direito fundamental, o acesso à justiça, descrito no artigo 20.º da CRP.²⁷

Recorde-se, antes de mais, que o direito à tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos não se circunscreve à legitimidade de acesso à via judiciária, bem pelo contrário, integra diversos corolários ou dimensões que o concretizam e reforçam a sua efetividade. São disso exemplo, o direito a um processo com aplicação dos princípios da igualdade de armas e do contraditório, como também, o direito a obter uma sentença em prazo razoável (e fundada no Direito), sem demoras não justificadas pelo cumprimento dos prazos legalmente previstos.²⁸

A irrecorribilidade, por via de regra, das decisões arbitrais não é inconstitucional, pois a utilização da arbitragem tributária envolve uma renúncia, ainda que limitada, ao direito à tutela jurisdicional efetiva, quando o legislador o consagra, como é disso exemplo, o artigo 25.º do RJAT. Isto é, a renúncia a direitos fundamentais só é admissível quando o legislador o admita e para o concatenar (direito objeto de renúncia) com outro direito com a mesma dignidade. Ora, na arbitragem tributária é admissível limitar, em parte, o direito à tutela jurisdicional efetiva, na dimensão do direito ao recurso, para assegurar outra dimensão do mesmo direito, *v.g.*, a obtenção de uma decisão jurisdicional em prazo razoável.

A posição que se defende no parágrafo anterior foi sufragada pelo Supremo Tribunal Administrativo no processo n.º 0164/18.7BALS²⁹ quando observa que: “[o]utro dos traços marcantes da arbitragem tributária é o de que envolve uma renúncia, ainda que limitada, ao

²⁷ FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS. *Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários: novas tendências dogmáticas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016, pp. 474-478.

²⁸ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa. Anotada*. 3.ª edição. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 414-419.

²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de novembro de 2018, proferido no âmbito do processo n.º 0164/18.7BALS, relatado pelo Conselheiro PEDRO DELGADO. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.



direito à tutela jurisdicional, renúncia essa em tese admissível, quando o legislador a consagre, como sucede no regime jurídico previsto no RJAT (Vide Francisco Nicolau Domingos, *Os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos Tributários*, ed. Núria Fabris, págs. 474/478). Note-se que o tribunal arbitral é uma opção do contribuinte”.³⁰

Em resumo, o sujeito passivo ao utilizar a arbitragem tributária está, de forma consciente, a renunciar parcialmente ao seu direito ao recurso. Renúncia essa constitucionalmente admissível, pois encontra-se normativamente consagrada.

5. CONCLUSÕES

A previsão de norma que institui um sorteio público para a distribuição dos processos aos árbitros evidencia uma preocupação legislativa em criar uma regra objetiva, transparente e facilmente verificável. Ou seja, a norma de controlo de funcionamento do sistema arbitral robustece a transparência (do sistema de arbitragem tributária).

No que tange à obrigação de designação do árbitro-presidente de entre juristas que tenham exercido funções públicas de magistratura ou possuam doutoramento na área das ciências jurídico-económicas, na condição, de nos últimos dois anos, não ter prestado serviços profissionais, de qualquer natureza, a qualquer parte no âmbito de um processo arbitral tributário: a *ratio* da opção normativa encontra-se no reforço das garantias de imparcialidade dos árbitros.

O legislador não afasta os tribunais estaduais do controlo das decisões arbitrais, embora de modo excepcional, circunstância que, nomeadamente, se compreende pela necessidade de assegurar a segurança jurídica emergente da aplicação uniforme do direito e a sua coerência formal. O regime jurídico do recurso para o Tribunal Constitucional permite assimilar a ideia de que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais para os parâmetros constitucionais.

A instituição da garantia associada à possibilidade de apresentar recurso para o Supremo Tribunal Administrativo de decisões arbitrais contraditórias, quanto à mesma questão fundamental de direito, permite a desejável uniformização jurisprudencial entre a

³⁰ Foi este o primeiro aresto que fixou o sentido interpretativo que se defende neste trabalho.



produzida pelos tribunais estaduais e os arbitrais, por outro lado, assegura a principal vantagem da arbitragem tributária – tutela jurisdicional efetiva, na dimensão de emissão de uma sentença em prazo razoável. Será de equacionar pelo legislador a atribuição de natureza urgente ao recurso apresentado com este fundamento.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES/ MOREIRA, VITAL. *Constituição da República Portuguesa. Anotada*. 3.^a edição. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DOMINGOS, FRANCISCO NICOLAU. *Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários: novas tendências dogmáticas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.
- _____. A superação do dogma da incompatibilidade da arbitragem tributária com os princípios da legalidade, tutela jurisdicional efetiva e indisponibilidade do crédito tributário. *Economic Analysis Law Review*. Vol. 9, n.º 1, 2018, pp. 335-346.
- _____. *É possível limitar o direito ao recurso na arbitragem tributária?*. In *Arbitragem Tributária no Brasil e em Portugal: Visões do Grupo de Pesquisa “Métodos Alternativos de Resolução de Disputa em Matéria Tributária” do Núcleo de Direito Tributário da FGV DIREITO SP*. São Paulo: Blucher, 2022.
- ROTHES, FRANCISCO. Jurisprudência recente do STA. In: *Temas de Direito Tributário*. Lisboa: CEJ, 2019, p. 193, nota de rodapé n.º 23. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_TDT2019.pdf. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.
- VALLEJOS, ABRHAM SILES. Independencia y transparencia del Poder Judicial en la América Central del siglo XXI: ¿cuáles cambios? In: *Ley vs. realidad Independencia y transparencia de la justicia en Centroamérica y Panamá*. Washington: Fundación para el Debido Proceso, 2013, p. 30. Disponível em: https://www.dplf.org/sites/default/files/ley_vs_realidad_marzo2014.pdf. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.



Jurisprudência

Acórdão do TJUE de 12 de junho de 2014, proferido no processo C-377/13. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de dezembro de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 011/20.0BALSBB, relatado pela Conselheira PAULA CADILHE RIBEIRO. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de maio de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 073/19.2BALSBB, relatado pelo Conselheiro FRANCISCO ROTHES. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de maio de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 075/19.9BALSBB, relatado pelo Conselheiro ARAGÃO SEIA. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de novembro de 2018, proferido no âmbito do processo n.º 0164/18.7BALSBB, relatado pelo Conselheiro PEDRO DELGADO. Acesso no dia 30 de setembro de 2023.