

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA

Processo n.º .../2022-T

DESPACHO

No presente processo arbitral, em que são partes “A..., S.A.” (e outros) e a Administração Tributária e Aduaneira (AT), em requerimento dirigido ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), a Exma. Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira veio expor e requerer o seguinte:

“1. Na declaração de aceitação do encargo, o Árbitro, Exmo. Senhor Doutor ..., vem revelar o seguinte:

«Fui substabelecido com reserva no âmbito do processo .../19.5BALSAB, cujos termos correm no Supremo Tribunal Administrativo, relativo a impugnação da decisão proferida pelo Tribunal Arbitral Coletivo no processo .../2018-T, em que foi requerente C..., S.A. (NIPC 500 133 220).

No referido processo .../19.5BALSAB, a Requerente não apresentou contestação, pelo que, neste momento, aguarda-se pela prolação da sentença»

2. Em resposta ao pedido de esclarecimento solicitado pela AT vem indicar-se a seguinte factualidade:

«1. O escritório de que sou advogado associado, B... & Associados, Sociedade de Advogados, SP, RL, patrocinou a C..., S.A. no processo arbitral .../2018-T.

2. Em 28 de outubro de 2019, a Autoridade Tributária e Aduaneira apresentou, junto do Supremo Tribunal Administrativo, recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência (processo .../19.5BALSAB), o qual assentou unicamente nas seguintes duas questões: (i) data a partir da qual são devidos juros indemnizatórios (oposição de acórdãos) e (ii) custas do processo (erro de julgamento).

3. Uma vez que o advogado titular do processo arbitral havia saído do escritório, foi necessário associar advogado ao processo de recurso no STA, por forma a receber as notificações.

4. Assim, fui substabelecido com reserva no âmbito do processo .../19.5BALS.B.

5. A C..., S.A. não apresentou contestação.»

Posto isto,

3. Por se entender, salvo melhor opinião, relevante para o que de seguida se vem requerer, mais se indica que:

- como referido nas declarações prestadas, o recurso apresentado junto do STA da decisão arbitral proferida no processo n.º .../2018-T, cujos termos correm sob o n.º de processo .../19.5BALS.B, encontra-se pendente, aguardando prolação de acórdão (cf. documento n.º 1, que se junta);

- o Árbitro designado, o Exmo. Senhor Doutor ..., encontra-se, na qualidade de mandatário da C..., S.A., associado no processo acima identificado (cf. documento n.º 1 junto), entre outros mandatários aí igualmente associados;

- o substabelecimento, sem reserva, referido nas declarações prestadas e junto no processo acima identificado (cf. cópia que se junta como documento n.º 2), não contém qualquer indicação de que se trata de mandato circunscrito a determinado ato processual ou período temporal.

Prosseguindo,

4. Determina-se no artigo 6.º, n.º 4 do RJAT, na redação conferida pela Lei n.º 7/2021, de 26/02, que «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.».

5. Nos termos do artigo 628.º do CPC determina-se que a decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação.

6. Constituindo o recurso de uniformização junto do STA, previsto no artigo 25.º do RJAT, recurso ordinário, por a tempestividade da sua interposição pressupor que a decisão arbitral não se encontre transitada em julgado.

7. Posto isto, refira-se que, a propósito do então artigo 36.º do CPC (atual artigo 44.º), quanto ao alcance do substabelecimento sem reserva, como se explicita, quer no parecer n.º E-24/03 do Conselho Geral da Ordem dos Advogados (cf. documento n.º 3 que se

junta), quer no acórdão n.º 357/08 do Tribunal Constitucional (cf. documento n.º 4 que se junta), e bem assim no acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13-12- 2011, proferido no processo n.º 343453/09. 7YIPRT.El (cf. documento n.º 5 que se junta),

8. no substabelecimento com reserva, ambos os mandatários (o substituinte e o substabelecido) estão legalmente aptos para a prática dos atos processuais, mesmo perante os tribunais superiores, verificando-se uma pluralidade de mandatários, qualquer deles com a plenitude dos poderes de representação.

9. Como se nota no parecer da Ordem dos Advogados:

«É que a clara conclusão deles resultantes de que, no caso do substabelecimento ser com reserva, é válida a notificação que seja feita a qualquer dos Advogados, só pode significar o entendimento que aqui se propugna: de facto, se o substabelecimento só fosse válido para um acto, por definição - aliás óbvia - o Advogado substabelecido nunca poderia ser destinatário de qualquer notificação, pela meridiana evidência de que deixaria ipso facto de ter poderes nos autos quando fosse concluído o acto para o qual usasse o substabelecimento. [...]

13. Diga-se, finalmente, que se o mandatário que substabelece quiser limitar o substabelecimento a determinado acto ou categoria de actos, tem sempre o poder de expressamente o fazer consignar no instrumento de substabelecimento.»

10. E, como se explicita no acórdão do TRE, mormente no respetivo sumário:

«1 - O objeto do substabelecimento é o mandato em si, sem quaisquer restrições, e não um mero instrumento para a prática de actos avulsos.

2 - Estando a diferença entre o substabelecimento com reserva e o substabelecimento sem reserva em que, no primeiro caso, o advogado que o outorga mantém os seus poderes de representação e, no segundo, o advogado constituído, perde tais poderes, com o substabelecimento com reserva a parte passa a ficar representada por mais um advogado e com idênticos poderes, não acarretando, para o advogado substabelecido, a cláusula com reserva qualquer capitis diminutio em relação ao que lhe outorgou o substabelecimento.»

Descendo ao caso concreto,

11. Atento o recurso interposto pela AT junto do STA, acima referido e melhor identificado, o processo arbitral n.º .../2018-T encontra-se pendente, por não se poder considerar transitado em julgado nos termos das normas legais acima convocadas.

12. O facto de a Requerente arbitral, ali Recorrida, não ter contra-alegado, não afasta a sua qualidade de parte processual, podendo, do acórdão que vier a ser proferido pelo STA, do mesmo recorrer ou reclamar.

13. Nota-se ademais que o pedido de juros indemnizatórios faz parte do pedido arbitral;

14. E bem assim que no artigo 6.º, n.º 4 do RJAT apenas se refere «qualquer processo arbitral tributário pendente», sem qualquer distinção ou restrição do motivo pelo qual o processo arbitral tributário se encontra pendente.

15. Quanto à qualidade de mandatário importa atentar que no referido artigo 6.º, n.º 4 do RJAT se indica que «só são elegíveis para o sorteio os árbitros que não sejam mandatários ou não integrem escritório de advogados em que um dos seus membros seja mandatário».

16. Como referido, o substabelecimento com reserva a favor do Árbitro, o Exmo. Senhor Doutor ..., não contém qualquer indicação de se restringir a determinado ato processual ou período temporal.

17. Permanecendo assim como mandatário da Requerente no processo arbitral tributário acima identificado, como resulta das normas legais, doutrina e jurisprudência mencionadas supra, pendente nos termos acima igualmente referidos.

18. Pelo que, sem prejuízo da idoneidade do Árbitro designado, atenta a redação do artigo 6.º, n.º 4 do RJAT se entende, por dever de representação, e salvo melhor entendimento, que se está perante situação abrangida por esta norma legal,

19. conduzindo tal à verificação de situação prevista no artigo 5.º, n.º 1, alínea a) do Código Deontológico do CAAD ou no artigo 6.º, n.º 3 e 10 do Código Deontológico do CAAD,

20. devendo, em consequência, ser promovido o afastamento e/ou recusa do Árbitro, o Exmo. Senhor Doutor ..., o que se requer, nos termos e para os efeitos do artigos 5.º, n.º 1, alínea a), do artigo 6.º, n.os 1, 3, e 10 e do artigo 7.º, todos do Código Deontológico do CAAD.

Nestes termos, requer-se, muito respeitosamente, a V. Exa. Se digne julgar procedente o pedido efetuado de afastamento e/ou recusa do Árbitro, o Exmo. Senhor Doutor ..., nos termos e para os efeitos do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do artigo 6.º, n.os 1, 3, e 10 e do artigo 7.º, todos do Código Deontológico do CAAD, com as demais consequências legais”.

Em resposta, o Exmo. Árbitro visado, Senhor Doutor ..., apresentou as suas alegações, nos termos e fundamentos que seguem:

- “1. No seguimento da designação como árbitro no processo arbitral n.º .../2022-T, o presente signatário aceitou o encargo, exercendo o dever de revelação nos seguintes termos:

«Fui substabelecido com reserva no âmbito do processo .../19.5BALSBB, cujos termos correm no Supremo Tribunal Administrativo, relativo a impugnação da decisão proferida pelo Tribunal Arbitral Colectivo no processo .../2018-T, em que foi requerente C..., S.A. (NIPC 500 133 220). No referido processo .../19.5BALSBB, a Requerente não apresentou contestação, pelo que, neste momento, aguarda-se pela prolação da sentença».

2. A Autoridade Tributária e Aduaneira, entidade demandada no processo arbitral n.º .../2022-T, propugna pelo afastamento e/ou recusa do árbitro presente signatário, com fundamento no artigo 6.º, n.º 4 do RJAT, segundo o qual «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».

3. O n.º 4 do artigo 6.º do RJAT foi introduzido pela Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro.

4. Como se refere na exposição de motivos que acompanhou a proposta de alteração ao artigo 6.º do RJAT, «A alteração proposta visa a transposição da norma prevista no artigo 5.º n.º 3 do Regulamento de Seleção de Árbitros do Centro de Arbitragem Administrativa» (Documento n.º 1).

5. O artigo 5.º, n.º 2 do Regulamento de Seleção de Árbitros do Centro de Arbitragem Administrativa, na redação então vigente, estipulava o seguinte: «Em casos especiais, designadamente quando o árbitro que figure na ordem sequencial da lista seja

mandatário em qualquer outro processo arbitral tributário pendente no CAAD, ou quando se verifique a situação prevista no n.º 3 do artigo 11.º do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, ou ainda, quando a especificidade da matéria ou facto relevante susceptível de prejudicar a qualidade da decisão arbitral assim o exijam, o Conselho Deontológico pode designar árbitro fora da ordem sequencial.»

6. A razão de ser desta norma prende-se com as questões de independência que se poderiam levantar quando a mesma pessoa fosse, simultaneamente, ainda que em processos diferentes, advogado e árbitro de um processo a decorrer no CAAD.

7. Importa, pois, saber se o processo arbitral .../2018-T está ou não pendente no CAAD.

8. Ora, de acordo com a informação pública (disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>), resulta que o processo arbitral .../2018-T teve início em 24 de janeiro de 2019, foi prorrogado por dois meses, tendo a decisão arbitral sido proferida em 20 de setembro de 2019.

9. E, após a notificação da decisão arbitral, as partes foram notificadas do arquivamento do processo, considerando-se o tribunal arbitral dissolvido nessa data (cfr. artigo 23.º, do RJAT).

10. Portanto, em 11 de julho de 2022, aquando da designação do ora signatário como árbitro no processo arbitral .../2022-T, não estava, nem está, pendente no CAAD o processo arbitral .../2018-T.

11. Processo pendente é todo aquele que deu entrada em juízo e em que a instância se mantém.

12. Ora, no caso do processo arbitral .../2018-T, a instância extinguiu-se com o julgamento (artº 277º/e) do Código de Processo Civil, aplicável ex vi artº 1º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos), estando o seu Tribunal Arbitral dissolvido desde a data da notificação do arquivamento do processo, nos termos do artigo 23.º do RJAT, não existindo, atualmente, um órgão arbitral que possa proferir decisões de natureza jurisdicional.

13. Deste modo, parece-nos, salvo melhor opinião, que não se verifica a situação de o ora signatário ser árbitro de um processo no CAAD, ao mesmo tempo que o escritório de que faz parte patrocina um contribuinte em processo arbitral que decorre no CAAD.

14. Acresce que o recurso para o STA sobre a decisão no processo arbitral .../2018- T, da iniciativa da AT e não do contribuinte, não incidiu sobre a questão essencial de direito, mas, antes, sobre o período de contagem dos juros indemnizatórios 1 e a repartição de custas de parte (Documento n.º 2).

15. E uma vez que acompanha a fundamentação da AT, a C..., S.A. não contestou o recurso apresentado.

16. A decisão sobre a questão principal, que motivou o pedido arbitral pela C..., S.A., já está consolidada na ordem jurídica, não sendo passível de recurso.

17. Isto posto, não se vislumbram razões para que esteja afetada a independência, imparcialidade e isenção do ora signatário no exercício das funções como árbitro no processo n.º .../2022-T, uma vez que é manifesto que não existe nenhum processo arbitral pendente no CAAD que o signatário ou o escritório de que faz parte estejam a patrocinar, não havendo, portanto, um interesse próprio na procedência de uma concreta decisão arbitral.

Em face do que antecede, requer-se a V. Exa. se digne julgar improcedente o pedido efetuado de afastamento e/ou recusa do Árbitro presente signatário”.

Posto isto, cumpre apreciar e decidir.

Como claramente decorre do precedente relatório, o cerne da questão, evidenciado pela divergência entre as partes neste incidente, implica determinar o sentido e alcance da disposição legal - designadamente no segmento “processo arbitral tributário pendente” - constante do artigo 6º, nº4, do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT), na redação dada pela Lei nº 7/2021, de 26 de Fevereiro.

Essa disposição, na parte aqui relevante, oferece o seguinte teor:

“4.....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”.

Este preceito terá de ser interpretado, obviamente, no contexto do respectivo ordenamento jurídico, gizado, todo ele, em matéria de impedimento do exercício da função de árbitro, com vista à rigorosa observância dos princípios da independência,

imparcialidade e isenção dos árbitros, conforme pertinentes disposições do RJAT (cfr. artigo 8º) e do Código Deontológico do CAAD (v. artigos 1º, 2º, 5º e 6º).

E, em ordem a uma segura interpretação do dispositivo em análise, não podemos, nem devemos, perder de vista os trabalhos preparatórios atinentes à alteração do artigo 6º do RJAT, nomeadamente, a prática que vinha sendo seguida pelo Conselho Deontológico do CAAD, em correspondência com a norma do nº 2 do artigo 5º do Regulamento de Seleção de Árbitros em Matéria Tributária, na redacção então vigente, com especial atenção ao segmento “processo arbitral tributário pendente no CAAD”.

Efectivamente, na proposta e motivação de alteração do artigo 6º do RJAT vem salientado o seguinte:

- “Proposta de alteração do artigo 6.º do RJAT

A alteração proposta visa a transposição da norma prevista no artigo 5.º n.º 3 do Regulamento de Seleção de Árbitros do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que já traduzia uma prática seguida pelo Conselho Deontológico desde a implementação do regime de arbitragem tributária”.

Ora, sabendo-se que “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada” (artigo 9º, nº1, do Código Civil), será de entender que o nº 4 do artigo 6º do RJAT, ao referir “qualquer processo arbitral tributário pendente”, visa apenas a pendência no CAAD e não em outras instâncias – designadamente, atento o caso vertente, de recurso da decisão arbitral - com organização e competência totalmente estranhas ao CAAD.

Ou seja, e em suma, o preceito legal em causa terá de ser interpretado no sentido e com o alcance de que o processo arbitral tributário só estará “pendente” enquanto sob a organização do CAAD e até à respectiva decisão arbitral.

Interpretação esta, aliás, em perfeita sintonia com o teor do artigo 23º do RJAT que, sob a epígrafe “Dissolução do tribunal arbitral”, estabelece:

- “Após a notificação da decisão arbitral, o Centro de Arbitragem Administrativa notifica as partes do arquivamento do processo, considerando-se o tribunal arbitral dissolvido nessa data”.

Ora, no caso em apreço, o processo indicado pela Requerente, para fundamentar o pedido de afastamento/recusa do árbitro em referência, não está pendente no Centro de Arbitragem Administrativa, mas, isso sim, no Supremo Tribunal Administrativo, pelo que, não ocorrendo aqui uma situação prevista no citado artigo 6º, n.º4, do RJAT, improcede o fundamento aduzido pela Requerente para justificar o seu formulado pedido.

Mas, com esta conclusão, não fica esgotada a tarefa do Conselho Deontológico no que concerne a saber se o Senhor Doutor ... está, ou não, impedido de exercer a função de árbitro no presente processo arbitral.

Assim, no âmbito do poder/dever do Conselho Deontológico quanto à averiguação, por via oficiosa, da matéria de impedimentos dos árbitros, importa prosseguir.

Neste domínio, o Código Deontológico do CAAD inclui, no artigo 5º, “Motivos gerais para o afastamento de um árbitro” e, no artigo 6º, “Fundamentos de recusa-Falta de independência e/ou competência”, com indicação de vários casos e factos, mas também exemplificativamente, como sugerem as expressões, ali insertas, “Em circunstâncias que suscitem dúvidas fundadas quanto à sua independência, imparcialidade e/ou isenção” e “... circunstâncias que suscitem sérias dúvidas quanto à sua independência, imparcialidade, isenção e/ou competência”.

Sendo certo que, do mesmo modo e nos termos dos pertinentes normativos, ao Conselho Deontológico compete a designação (excepto quando possa ser pelas partes), a substituição, a exoneração e a recusa dos árbitros.

Da conjugação de todas essas disposições legais e regulamentares emerge, seguramente, no campo que nos cabe, a atribuição ao Conselho Deontológico de uma prerrogativa de ponderação e de avaliação dos diversos factores a considerar no assinalado domínio, com a inerente competência (poder discricionário) para a integração dos conceitos vagos e indeterminados contidos nas pertinentes e mencionadas disposições, designadamente quanto a saber se, no caso concreto em apreço e em relação ao árbitro em causa, “ocorre circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua imparcialidade e independência”.

Ou seja, estabelecendo a lei o fim a atingir, mas sem indicar o critério para esse efeito, competirá ao Conselho Deontológico adoptar o critério que julgue adequado em atenção ao fim legalmente fixado.

E, em tal tarefa, o Conselho Deontológico tem sempre presente o ensinamento dos nossos supremos tribunais que, em situações aqui de observar, vêm afirmando:

- “Um magistrado judicial que tenha intervindo, nessa qualidade, em julgamento de processo-crime em que tenha sido proferida sentença, mas em que, em via de recurso, tenha sido determinada repetição de julgamento ainda não realizada, não se encontra impedido para a intervenção, também na qualidade de magistrado judicial, no julgamento de processo cível respeitante aos mesmos factos e entre as mesmas partes.

A previsão da última parte do n.º 1, al. c), do art.º 122º do Cód. Proc. Civil, não contempla a hipótese de o Juiz, nessa qualidade, já se ter pronunciado sobre questão que haja de decidir, mas apenas a de ter intervindo na causa como particular dando parecer, consulta ou conselho a uma das partes ou pronunciando-se como mandatário ou perito” (Ac. STJ, de 19-02-2004, in Proc. 04A118);

- “A imparcialidade do juiz (e, por isso, do tribunal) constitui um direito fundamental dos destinatários das decisões judiciais, um dos elementos integrantes e de densificação da garantia do processo equitativo, com a dignidade de direito fundamental, ou, na linguagem dos instrumentos internacionais, um dos direitos do Homem (art. 6.º § 1, da CEDH, e art. 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos).

Na perspectiva ou aproximação subjectiva ao conceito, a imparcialidade tem a ver com a posição pessoal do juiz, e pressupõe a determinação ou a demonstração sobre aquilo que um juiz, que integre o tribunal, pensa no seu foro íntimo perante um certo dado ou circunstância, e se guarda, em si, qualquer motivo para favorecer ou desfavorecer um interessado na decisão. A imparcialidade subjectiva presume-se até prova em contrário, constituindo os impedimentos um modo cautelar de garantia dessa imparcialidade.

Na aproximação objectiva, em que são relevantes as aparências, intervêm, por regra, considerações de carácter orgânico e funcional (v.g., a não acumulabilidade de funções em fases distintas de um mesmo processo), mas também todas as posições com relevância estrutural ou externa, que de um ponto de vista do destinatário da decisão possam fazer suscitar dúvidas, provocando o receio, objectivamente justificado, quanto

ao risco da existência de algum elemento, prejuízo ou preconceito, que possa ser negativamente valorado contra si.

Para prevenir a extensão da exigência de imparcialidade objectiva, que poderia ser devastadora, e para não tombar na “tirania das aparências”, impõe-se que o fundamento ou motivos invocados sejam, em cada caso, apreciados nas suas próprias circunstâncias e tendo em conta os valores em equação - a garantia externa de uma boa justiça, que seja mas também pareça ser.

Uma decisão de um juiz, proferida num dado processo, na interpretação que considera adequada e na consequente aplicação da lei, nunca poderia ser visto na perspectiva da imparcialidade subjectiva ou objectiva. A discordância que pudesse suscitar no destinatário da decisão tem o lugar próprio de recomposição no domínio dos recursos admissíveis, e, ademais, tal motivo nunca poderia ser considerado “sério e grave”, como impõe o art. 43.º, n.º 1, do CPP, sendo a recusa com semelhante fundamento manifestamente infundada e abusiva” (Ac. STJ, de 29-03-2006, in Proc. 06P463)...”.

A lição recolhida da citada jurisprudência leva-nos a uma constatação que, ajustada ao caso concreto em apreço, será de emitir assim:

- O fundamento enunciado na dita alínea a) do artigo 5º em apreço - “circunstâncias que suscitem dúvidas fundadas quanto à sua [do árbitro visado] independência, imparcialidade e/ou isenção” (a constituir um impedimento objectivo, estruturado na relação entre o julgador e o objecto do processo, por oposição aos impedimentos subjectivos, baseados na relação entre o julgador e as partes no processo) – pressupõe que se trate de uma intervenção anterior do julgador no processo em causa, não relevando, para este efeito, uma qualquer intervenção anterior do julgador no âmbito de outros processos ou locais.

Ou seja:

Os motivos para o afastamento de um árbitro, previstos no referido normativo, têm de ser aferidos em função de um dado processo em concreto e nunca por referência a qualquer outro processo ou sede.

Por outras palavras, a apontada previsão normativa não contempla a hipótese de o árbitro já ter emitido pronúncia sobre questão que haja de decidir, mas apenas a de ter

intervindo no processo em causa, dando parecer, consulta ou conselho a uma das partes ou como mandatário ou perito.

Concluindo:

De tudo resulta que, por um lado, e como se viu, não procede o fundamento aduzido pela Requerida e, por outro lado, também não vislumbramos qualquer causa de impedimento do Senhor Doutor ... para o exercício da função de árbitro no presente processo arbitral.

Consequentemente, vai indeferido o formulado pedido de afastamento/recusa.

Sem custas, por não estarem legalmente previstas.

Notificações e diligências necessárias.

Lisboa, 12 de setembro de 2022

O Conselho Deontológico