

Despacho

Processo n.º .../2019 – T – CAAD

No presente processo, em que são partes a Administração Tributária e Aduaneira (AT) e a sociedade “..., SOCIEDADE UNIPessoal, LDA”, esta contribuinte/requerente, pela sua ilustre advogada, Senhora Dr.ª ..., dirigiu-se ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) para dizer, textualmente, que “notificada da designação dos árbitros no âmbito do processo à margem identificado, vem, muito respeitosamente, nos termos do n.º 7 do artigo 11.º do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT), expor e requerer como segue:

1. No âmbito do presente processo, a Requerente foi notificada dos Senhores Árbitros designados para o presente processo, a saber:

- (i) O Exmo. Senhor A... (como árbitro presidente);
- (ii) o Exmo. Senhor B...; e
- (iii) o Exmo. Senhor C....

2. Sucede que, o caso sub judice é idêntico nos factos e no Direito - com exceção dos exercícios em análise - ao caso apreciado no âmbito do processo n.º .../2018-T, no qual a Requerente foi parte vencida e em que foram designados árbitros (pelo CAAD) precisamente o Exmo. Senhor A... (como árbitro presidente), o Exmo. B... e o Senhor D....

3. Nessa medida e, sem prejuízo de a Requerente não colocar em causa, de forma alguma, a grande qualidade profissional, elevação e sentido de independência, imparcialidade ou isenção do Exmo. Senhor A... e, bem assim, do Exmo. Senhor B... - que muito respeita,

4. verificando-se, no caso em análise, que (i) se trata do mesmo tema (de facto e de Direito) analisado no processo n.º .../2018-T, em que a Requerente foi parte vencida e que (ii) o Tribunal

coletivo constituído no referido processo foi constituído por dois dos três árbitros que foram agora designados no presente processo n.º .../2019-T - i.e., o do Exmo. Senhor A... (como árbitro presidente) e o Exmo. Senhor B... -, a Requerente entende que não estão reunidas as condições para, no caso concreto e casuístico, garantir que a decisão a tomar seja independente e desconhecida, na medida em que se conhece de antemão a posição tomada no caso por parte daqueles Exm.ºs árbitros.

5. Nessa medida, vem a Requerente requerer ao Exmo. Senhor Presidente do Conselho Deontológico do CAAD que, ao abrigo do n.º 1 do artigo 5.º do Código Deontológico do CAAD, se digne proceder ao afastamento do Exmo. Senhor A... e, bem assim, do Exmo. Senhor B..., sob pena de, à partida e sem qualquer análise do processo - e, atualmente, atendendo à decisão emanada no processo n.º .../2018-T -, a Requerente saiba já ser parte vencida.

6. Em suma, embora a Requerente sublinhe eu não tem dúvidas que, em abstrato, e como acima referido, o Exmo. Senhor A... e, bem assim, o Exmo. Senhor B... sejam árbitros independentes, imparciais e isentos, considera que, no caso sub judice, atendendo à decisão (e à constituição do Tribunal coletivo) proferida no processo n.º .../2018-T, essa independência, imparcialidade e isenção poderá não estar totalmente e inteiramente assegurada no caso vertente – por razões objetivas que aqui se invocam e por dever de patrocínio, nomeadamente por já terem tomado posição pública anterior em outra decisão sobre o mesmo tema, com as mesmas partes.

Nestes termos e nos demais de Direito, requer-se muito respeitosamente a V. Exa. se digne proceder ao afastamento do Exmo. Senhor A... e, bem assim, do Exmo. Senhor B..., como árbitros do presente processo, tudo com as legais consequências”.

Posto isto, há que apreciar e decidir.

Em situações rigorosamente idênticas à ora em apreço, o Conselho Deontológico do CAAD vem decidindo em termos que aqui importa convocar.

Assim:

Antes do mais, uma observação.

Pertinentemente, o Código Deontológico do CAAD dispõe, no artigo 6.º:

“1. Um árbitro pode ser recusado caso existam circunstâncias que suscitem sérias dúvidas quanto à sua independência, imparcialidade, isenção e/ou competência.

2. (...)

3. (...)

4. Após a sua designação e antes da confirmação da aceitação do encargo, os árbitros devem informar, por escrito, o Centro, as partes e, tratando-se de um tribunal colectivo, os outros árbitros, de qualquer facto, circunstância ou relação susceptível de originar dúvidas fundadas a respeito da sua independência, imparcialidade ou isenção.

5. Entre os factos, circunstâncias e/ou relações abrangidos por este dever de revelação, incluem-se, entre outros:

a) Qualquer relação profissional ou pessoal, com as partes ou com os seus representantes legais, que possa ser potencial causa de impedimento ou de escusa;

b) Qualquer prestação anterior de serviço como árbitro, advogado, consultor, auditor, sócio, gestor de negócios, colaborador ou funcionário de uma das partes;

c) Qualquer interesse, directo ou indirecto, em questão semelhante à que deva ser decidida;

d) Qualquer interesse económico ou financeiro, directo ou indirecto, numa das partes ou no objecto da disputa;

e) Qualquer participação em associações que possa originar suspeita fundada da sua capacidade para actuar com imparcialidade e isenção, designadamente associações envolvidas na instigação e/ou na prática de discriminação com base na raça, sexo, religião, nacionalidade ou orientação sexual.

(...)”.

Perante este quadro normativo, importará salientar que compete aos árbitros designados a formulação do juízo sobre a necessidade ou conveniência em prestar a informação aludida no nº4 do artigo que vem de ser transcrito.

Quer isto dizer que, se o árbitro entender, em seu prudente critério, que não há “dúvidas fundadas a respeito da sua independência, imparcialidade ou isenção”, também nada terá a informar.

E foi precisamente o que ocorreu no caso vertente: os dois Árbitros ora em causa, Senhor A... e Senhor B..., designados para integrarem o tribunal arbitral colectivo no presente processo, não vislumbraram qualquer motivo que justificasse o exercício do “dever de revelação”, pelo que não tomaram – nem tinham que tomar, em tal perspectiva – a iniciativa de informarem o que quer que fosse.

Por conseguinte, não ocorrendo qualquer acção ou omissão procedimental a merecer censura, nenhum reparo caberá neste domínio.

Passemos, pois, a conhecer dos fundamentos do formulado pedido de afastamento/recusa dos árbitros em referência.

Como se viu, e recordando, a Requerente assenta a sua posição no seguinte:

“1. No âmbito do presente processo, a Requerente foi notificada dos Senhores Árbitros designados para o presente processo, a saber:

- (i) O Exmo. Senhor A... (como árbitro presidente);
- (ii) o Exmo. Senhor B...; e
- (iii) o Exmo. Senhor C....

2. Sucede que, o caso sub judice é idêntico nos factos e no Direito - com exceção dos exercícios em análise - ao caso apreciado no âmbito do processo n.º .../2018-T, no qual a Requerente foi parte

vencida e em que foram designados árbitros (pelo CAAD) precisamente o Exmo. Senhor A... (como árbitro presidente), o Exmo. B... e o Senhor D...

3. Nessa medida e, sem prejuízo de a Requerente não colocar em causa, de forma alguma, a grande qualidade profissional, elevação e sentido de independência, imparcialidade ou isenção do Exmo. Senhor A... e, bem assim, do Exmo. Senhor B... - que muito respeita,

4. verificando-se, no caso em análise, que (i) se trata do mesmo tema (de facto e de Direito) analisado no processo n.º .../2018-T, em que a Requerente foi parte vencida e que (ii) o Tribunal coletivo constituído no referido processo foi constituído por dois dos três árbitros que foram agora designados no presente processo n.º .../2019-T - i.e., o do Exmo. Senhor A... (como árbitro presidente) e o Exmo. Senhor B... -, a Requerente entende que não estão reunidas as condições para, no caso concreto e casuístico, garantir que a decisão a tomar seja independente e desconhecida, na medida em que se conhece de antemão a posição tomada no caso por parte daqueles Exm.ºs árbitros.

5. Nessa medida, vem a Requerente requerer ao Exmo. Senhor Presidente do Conselho Deontológico do CAAD que, ao abrigo do n.º 1 do artigo 5.º do Código Deontológico do CAAD, se digne proceder ao afastamento do Exmo. Senhor A... e, bem assim, do Exmo. Senhor B..., sob pena de, à partida e sem qualquer análise do processo - e, atualmente, atendendo à decisão emanada no processo n.º .../2018-T -, a Requerente saiba já ser parte vencida.

6. Em suma, embora a Requerente sublinhe eu não tem dúvidas que, em abstrato, e como acima referido, o Exmo. Senhor A... e, bem assim, o Exmo. Senhor B... sejam árbitros independentes, imparciais e isentos, considera que, no caso sub judice, atendendo à decisão (e à constituição do Tribunal coletivo) proferida no processo n.º .../2018-T, essa independência, imparcialidade e isenção poderá não estar totalmente e inteiramente assegurada no caso vertente – por razões objetivas que aqui se invocam e por dever de patrocínio, nomeadamente por já terem tomado posição pública anterior em outra decisão sobre o mesmo tema, com as mesmas partes.

Nestes termos e nos demais de Direito, requer-se muito respeitosamente a V. Exa. se digne proceder ao afastamento do Exmo. Senhor A... e, bem assim, do Exmo. Senhor B..., como árbitros do presente processo, tudo com as legais consequências”.

Conhecido assim o fundamento - o único - aduzido pela Requerente, avancemos.

Subordinado à epígrafe “Motivos gerais para o afastamento de um árbitro”, o artigo 5º do Código Deontológico do CAAD - artigo, aliás, expressamente invocado pela Requerente em apoio da sua tese - estabelece:

“ Qualquer uma das partes, mediante comunicação prévia à outra parte, ao árbitro visado e, no caso de um tribunal colectivo, aos outros árbitros, pode solicitar ao Presidente do Conselho Deontológico o afastamento de um árbitro, com fundamento:

- a) Em circunstâncias que suscitem dúvidas fundadas quanto à sua independência, imparcialidade e/ou isenção;
- b) No facto de o árbitro ter demonstrado não possuir as competências mínimas necessárias ao desempenho das suas funções;
- c) No facto de o árbitro se mostrar física ou mentalmente incapaz de conduzir os procedimentos arbitrais ou de existirem dúvidas fundadas quanto à sua capacidade para o fazer;
- d) No facto de o árbitro, por outros motivos, se ter recusado ou ter falhado na condução adequada dos procedimentos ou na sua condução diligente, dentro de prazos regulamentarmente razoáveis.
- e) Em caso de litigância de má-fé, por não se ter provado o fundamento de afastamento alegado, a parte pode ser condenada pelo Presidente do Conselho Deontológico ao pagamento de multa, a fixar nos termos da lei”.

Ora, atendendo ao motivo aduzido para o formulado pedido de afastamento/recusa de árbitro, importa reflectir sobre o teor da transcrita alínea a), fixando o sentido e alcance desse preceito.

Nesta tarefa de interpretação, consideramos oportuna a convocação do ensinamento dos nossos supremos tribunais que, em situações similares, 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 cumulabilidade 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); e

- “Nos termos do artigo 23, números 1 e 2, do ETAF84, o plenário do Supremo Tribunal Administrativo é constituído pelo presidente, pelos vice-presidentes e pelos 2 juízes mais antigos de cada secção, quando se trate de conhecer do seguimento de recurso, por oposição de julgados, alegadamente verificada entre acórdãos da 1ª secção e do respectivo pleno e prevista na alínea a’) do artigo 22, do mesmo ETAF84.

Os juízes subscritores de acórdão do pleno da secção objecto de recurso por oposição de julgados não estão impedidos de subscrever, como juízes adjuntos, o acórdão do plenário que julgue esse recurso” (Ac. STA, de 26-05-2010, in Proc. 044846)”.

A lição recolhida da citada jurisprudência leva-nos a uma conclusão 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 anteriores posições assumidas em 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.

Aliás, a entender-se que, para existir “impedimento”, bastaria a mera circunstância de, anteriormente e fora do processo em causa, o árbitro ter opinado sobre a questão a decidir, então a apertada exigência legal quanto aos requisitos de designação dos árbitros - “os árbitros devem ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio” (art.º 7º, nº 2, do DL nº 10/2011, de 20 de Janeiro) - impediria, pura e simplesmente, que fossem árbitros os juristas mais qualificados e especializados, de mérito reconhecido por via da publicação de “trabalhos científicos nesse domínio”.

Entendimento esse que, também por isso, é desde logo de rejeitar.

Deste modo, sabendo-se que, na hipótese vertente, o Senhor A... e bem assim o Senhor B... não tiveram qualquer intervenção anterior neste concreto processo, nada obsta à designação deles como árbitros para integrarem o respectivo tribunal arbitral colectivo.

Consequentemente, e pelo exposto, sem necessidade de mais considerações, vai indeferido o formulado pedido de afastamento/recusa.

Em matéria de custas, a Requerente não é condenada apenas por não haver expressa disposição legal nesse sentido.

Notificações e diligências necessárias.

Lisboa, 13 de Julho de 2020.

O Presidente do Conselho Deontológico

(Manuel Fernando dos Santos Serra)