

**Joana Duro**

Docente na Escola de Direito da Universidade do Minho
Advogada da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados

Direito à outorga do compromisso arbitral nos domínios da Arbitragem *ad hoc*. As velhas questões na esteira de um novo CPTA

Poucos são os momentos tão oportunos para pensar antigas questões como aqueles que preparam novas reformas. As dúvidas e inquietações que pendem sobre o texto da norma do artigo 182.º CPTA não são novas e nem tão pouco almejamos a pretensão de as solucionar por completo. Pretendemos, isso sim, e sem qualquer pudor de o afirmar, debater uma antiga questão à luz de uma nova resposta - um novo CPTA, que (a)parece, porém, ancorado a velhos receios.

Da leitura do novo artigo 182.º verificamos que “O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos em lei especial”. Se a questão que de imediato surge não for “que direito potestativo?” em alternativa sempre diríamos “que lei?”, na exata medida de serem estas as duas linhas de pensamento que orientam a nossa intervenção.

Quando pensamos um conceito de direito potestativo enquanto “direito que se caracteriza por o seu titular o exercer por sua vontade exclusiva, desencadeando efeitos na esfera jurídica de outrem independentemente da vontade deste”¹, com alguma resistência o consideramos no seio da Arbitragem, em especial se atentarmos a natureza “voluntária” da mesma. Mas com mais resistência, ainda, o consideramos no contexto descrito pela Arbitragem *ad hoc* na medida em que, em termos práticos, estamos a permitir, e a proporcionar, uma sujeição prévia *ad hoc*. O que, e deixando as considerações jurídico-legais que naturalmente surgem, em primeira linha de raciocínio, não deixa de ser um contra-senso. E um contra-senso perigoso se o projetarmos numa esfera em que a Administração tende a perder notoriamente não a capacidade de

¹ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008

decisão mas a perder a oportunidade da valoração da vontade num contexto onde tal é elemento nuclear.

Mas, e refletindo, existirá verdadeiramente um “direito à outorga do compromisso arbitral”? E se existir, estará condicionado pelo aparecimento (ainda mais eventual) de uma lei especial? Ou será esta uma norma “vanguardista” totalmente adequada a um futuro proeminente onde a arbitragem administrativa alcança a arbitragem fiscal?

No que concerne à existência, ou não, de um direito potestativo do particular ou de uma sujeição da administração à arbitragem, e contrariamente ao que vem sendo defendido por alguns autores¹, o certo é que a norma existe e é bastante clara no que respeita à existência uma sujeição da Administração. O que porém se pode questionar, e deve aliás, é o efeito e alcance que a ressalva transcrita na parte final - “os casos e termos previstos em lei especial” - pode traduzir. Pois, e tenhamos a ousadia de reconhecer, considerar a existência de um direito à outorga do compromisso arbitral, num claro rasgo audaz sob os trâmites processuais tradicionais, mas limitá-lo ao mero conhecimento de determinadas questões ou reduzi-lo a uma “existência condicionada” é tão desnecessário quanto prevê-lo de todo, pois nenhuma eficácia útil lhe restaria².

Ora, das duas uma, ou a reforma do CPTA servirá como pano de fundo a uma reforma estruturante da norma e se retira as expressões “direito à outorga” ou “exigir”, o que pessoalmente consideramos que será o mais correcto, ou se assume a sua existência com as consequências e advertências que daí advêm. O que não se pode considerar, nem tão pouco defender, é a continuidade da sua existência enquanto produto de uma evolução da Arbitragem que não pode (aparentemente) sofrer um revés ou, e pior, enquanto “norma decorativa” que carecendo de concretização prática vai coexistindo nos bastidores de verdadeiros preceitos legais. Pois, se atualmente nos encontramos na posição favorecida de discutir, e impor nos demais a discussão sobre questões que temos vindo a resgatar de reformas passadas, então devemos, em última análise, pensá-las com o verdadeiro intuito de as solucionar. No que me compreende, e fazendo um ponto de situação fulcral, a alteração a uma norma por si já “especial” para lhe acrescer a necessidade de criação de uma lei especial é apenas fomentar questões sensíveis e tão-pouco pensar diferentes soluções. Desde logo porque não se entende

¹ FAUSTO DE QUADROS. “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de Arbitragem” em *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, Almedina, 2014, p. 12

² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA. “O novo direito à outorga do compromisso arbitral (artigo 182.º CPTA)” em *Meios alternativos de resolução de litígios*, DGAE, 2005, pp. 29 e sg

que lei especial será esta e muito menos como a mesma se irá compatibilizar no seio da arbitragem *ad hoc* uma vez que igualmente não se compreende, ou pelo menos não num primeiro e penoso esforço, como pensar uma sujeição da administração assim configurada. Concretizando, o legislador reconhece um direito à outorga do compromisso arbitral quando a arbitragem de per si deveria significar o encontro de duas vontades e ademais, e num segundo contra-senso, condiciona-a à eventual existência de uma lei que desde 2004 se pensa mas que, e por evidentes razões, nunca fomos capazes de criar. O que nos remete para a necessidade de questionar: será esta lei especial uma “porta aberta” estrategicamente colocada e pronta a adequar-se ao momento em que consigamos concretizar um regime idêntico ao Fiscal¹? De facto, se o objetivo da demanda for o de procurar sentido útil para uma previsão decorativa de um direito potestativo no artigo 182.º CPTA, imaginá-lo no seio da arbitragem tributária não deixaria de parecer incoerente. Pois se atentarmos a norma do artigo 187.º CPTA (quer a em vigor quer a do Anteprojecto) e o artigo 4.º do Decreto-Lei 10/2011 de 20 de Janeiro² com relativa facilidade poderemos comprovar que o Regime da Arbitragem Tributária em si seguiu o modelo da Arbitragem Administrativa institucionalizada na concreta configuração deste direito potestativo. Ora, pelo que tentar antever no texto da norma uma eventual evolução à semelhança da Arbitragem tributária parece-nos, então, um duplo contra-senso. Uma vez que pouco - para não dizermos nenhum - sentido fará prever uma transição da arbitragem administrativa *ad hoc* para uma arbitragem tributária (que por imposição legal se encontra no domínio exclusivo da arbitragem institucionalizada) quando esta, ademais, e neste preciso entrecho, seguiu precisamente a arbitragem administrativa³.

Em qualquer das hipóteses pouco nos apraz dizer sobre a oportunidade da reforma postulada.

Mas, e assumindo a (re)forma do artigo 182.º CPTA e em consequência as virtualidades que daí se retiram, resta pensar, ou tentar, duas questões delicadas: desde logo a possibilidade de afastar o recurso das decisões arbitrais e, ademais, como efetivar um controlo da própria outorga de compromisso arbitral?

Sabemos que a decisão arbitral é recorrível para os Tribunais Estaduais embora se faculte às partes a possibilidade de renúncia de tal direito (artigo 29.º n.º 1 LAV). No contexto do artigo 182.º do CPTA, máxime no que respeita à sujeição da administração e à ausência de

¹ FAUSTO DE QUADROS. “*Linhas gerais...*”, op. cit., p. 12-13

² m.m as várias portarias de vinculação

³ NUNO VILLA-LOBOS e TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA. “*A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários*” em *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, Almedina, 2014, p. 103

expressão da sua vontade, questionamos se tal sujeição será extensível à possibilidade de a contra-parte, por si só, decidir aquele afastamento. Dada a natureza da matéria em questão, principalmente no que respeita à impugnação de determinadas decisões administrativas, poder-se-á fazer uma extensão dessa sujeição? Será razoável (ainda que se tome como ponto inicial uma norma por si estranha a determinadas considerações legais) pensar uma sujeição *ipsis verbis* invertendo uma lógica de igualdade de partes inerente a qualquer tramitação processual legal?

Ainda, e resgatando a segundo questão que colocámos: deveria ser imposta a necessidade de controlo destes compromissos arbitrais tendo em consideração a arbitragem *ad hoc* e os espaços nem sempre transparentes associados à mesma? Ou seja, se atentar que no concerne à arbitragem *ad hoc* (uma vez que a institucionalizada não oferece espaços de insegurança jurídica) por si só já seria motivo bastante para se pensar uma medida de controlo, quando a tal cenário projetarmos a sujeição de uma das partes e sendo essa parte a própria administração, aquela crescente ideia de controlo torna-se não só evidente como, consideramos sinceramente, legalmente necessária. Restando, contudo, configurar em que moldes se poderia pronunciar tal controlo e por que entidades uma vez que, e em resgate do que aqui já foi sendo dito, não se pretende desmerecer a própria norma. Neste acervo, poder-se-ia considerar uma necessidade de revisão daquele compromisso arbitral pelo Conselho de Ministros ou, e num cenário ideal, lhes serem aposta prévia autorização do Tribunal de Contas.

Longe de considerações acerca do que deveria conter esta norma, que sempre se quedarão pessoais, dever-se-á considerar o que de facto a norma contém. E nesse caso, com maior ou menor resistência, se reconhece um verdadeiro direito potestativo do particular à outorga do compromisso arbitral, o que subtraído do contexto institucionalizado compreende e patrocina uma incerteza jurídica há muito ultrapassada pela Arbitragem.

Em suma, sempre se dirá que o futuro é incerto, mas certamente poder-se-á prever o tortuoso caminho de um proporcionalismo inverso entre a norma que não devendo conter nada se impõe a quem neste contexto deveria poder dispor sobre tudo.