

ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA

N.º1
2015

CAAD
CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA

Coordenação
Nuno Villa-Lobos
Teresa Lourenço

**Inclui Novo
Regulamento
de Arbitragem
Administrativa**

Direito à outorga do compromisso arbitral nos domínios da Arbitragem ad hoc.



Joana Duro

Docente na EDUM
Advogada¹

Breve Introdução

Muito antes de pensarmos os Tribunais como uma máquina monopolista de resolução de litígios, já o conceito de arbitragem, ainda que rudimentar, se fazia vingar. Configurando-se, habitual, a resolução dos litígios a partir do acordo entre partes com auxílio daquele que considerassem mais capaz para concretizar a 'justiça' do caso concreto.

Depressa, então, nos apercebemos que a "evolução do direito" foi tendencialmente feita num sentido, a do pensamento minimalista que o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva se reconduz necessariamente a uma tutela judicial. Neste trajecto evolutivo, em que dotámos os tribunais judiciais com os mais preparados meios de resolução "da causa", esquecemo-nos, como já é frequente, de pensar o direito como uma realidade que perdura no tempo e no espaço, que acompanha as diferentes gerações e que se molda nos momentos em que esta cresce e evolui. Ideia que hoje partilhámos, sendo, talvez, por isso

consensual afirma que nem a justiça se reconduz unicamente ao contexto judicial e, tão-pouco, este é capaz de responder a todos os focos que o reclamam Precipitando, e fomentando em boa verdade, o resgate de velhas heranças como a Arbitragem. E arbitragem, aqui compreendida como o meio de resolução que melhor se enquadra neste culto do pensamento crítico, que combate a justiça abstrata produzida quase em "massa", privilegiando o pormenor e o concreto².

O centro de todo o pensamento jurídico é, como só poderia ser, a efetiva concretização da Justiça, não sob a perspetiva estatística que eleva e enaltece egos políticos mas que não dignifica o seu propósito, antes sob a óptica consciente e realista de que não é uma verdade que saibamos, sempre, concretizar³.

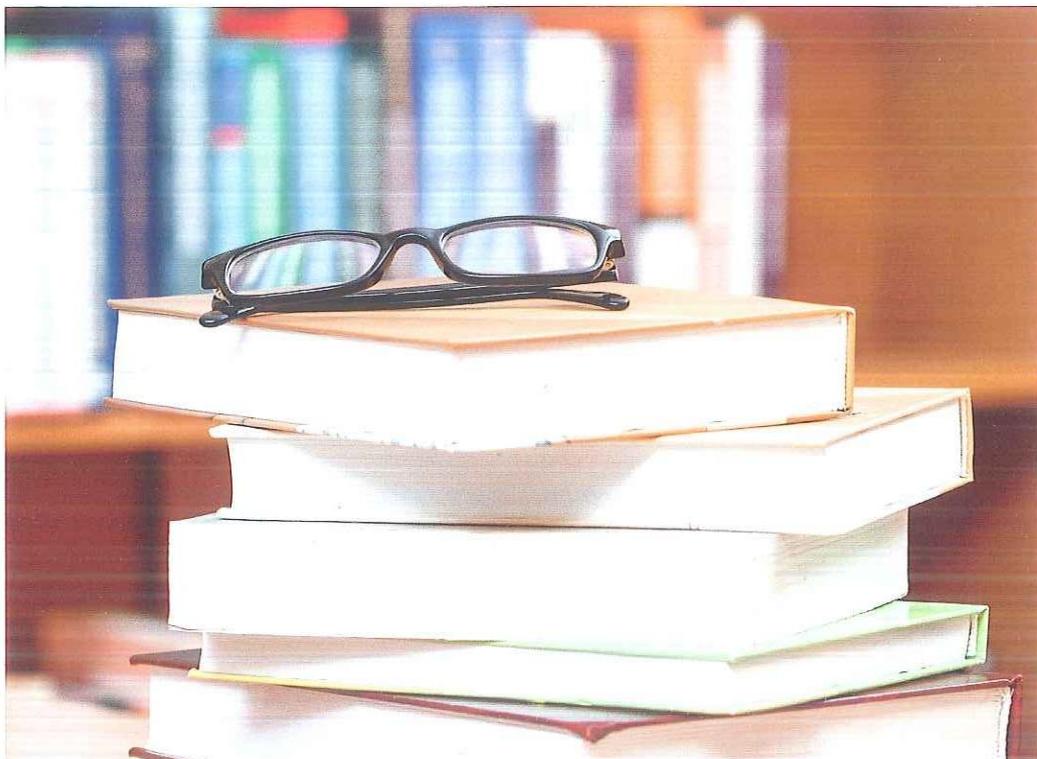
E é por isso que considero que temos a obrigação de reunir os meios que possam conformar esse desígnio, longe de um ambiente de concorrência entre sistemas de justiça, mas de concordância prática com o Estado e

com o respeito pelos direitos dos cidadãos.⁴

É, portanto, neste encadeamento que se reclama a discussão das normas do anteprojeto do CPTA que se consignam à Arbitragem, não podendo ignorar as (in)alterações previstas.

O artigo^o 182 do Anteprojeto do CPTA. O direito à outorga do compromisso arbitral: (mas) que direito?

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 ambicionamos a pretensão de as solucionar. Pretendemos, isso sim, e sem pudor de o afirmar, debater uma antiga questão à luz de uma nova resposta - um novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que (a)parece, porém, ancorado a antigos estigmas. Da leitura da proposta da nova redação do Artigo 182.^o, sabemos



“

Mas existirá verdadeiramente um “direito à outorga do compromisso arbitral”? E a existir, estará o mesmo 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?

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?” em alternativa sempre diríamos “que lei?”.

Quando analisamos o ónus que o legislador provê a qualquer administrado, a questão que se discute, praticamente de imediato, é se o mesmo terá a natureza de um direito potestativo enquanto “poder conferido a determinadas pessoas de introduzirem uma modificação na esfera jurídica de outras pessoas (criando, modificando ou extinguindo direitos), sem a cooperação destas”⁶.

Isto posto, com alguma resistência o parecemos considerar no seio da Arbitragem, em especial se atentarmos a natureza “voluntária” da mesma. Contudo, e com mais resistência, ainda, somos capazes de o considerar 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*. Pois, e em termos práticos, o legislador parece fazer crer que uma mera declaração dirigida à Administração a constitui na obrigação de celebrar um compromisso arbitral⁶. Ora, 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 a oportunidade de valoração da sua própria vontade. Elemento que, no presente contexto, deveria ser nuclear.

Mas existirá verdadeiramente um “direito à outorga do compromisso arbitral”? E a existir, estará o mesmo 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 autores⁷, o certo é que a norma existe e é bastante clara no que respeita à existência de uma sujeição da Administração nesse sentido. Porquanto, e precisamente por não ignorar o que a norma diz em prol do que deveria dizer, é que com muita dificuldade atento o artigo 183.º CPTA - “a apresentação de requerimento ao abrigo do disposto no artigo anterior suspende os prazos de que dependa a utilização dos meios processuais próprios da jurisdição administrativa” – como uma desconsideração desse direito. Muito pelo contrário, a partir do momento em que o legislador prevê que a apresentação do requerimento pelo particular à Administração suspende os prazos para a utilização da Arbitragem, tal não significa que este antevê a possibilidade daquela indeferir a sua pretensão⁸. Nem poderia, como logicamente se compreende. A única questão que se pode demonstrar a partir do texto do artigo 183.º do CPTA é que o le-

gisador, uma vez mais, desconsidera o acesso à arbitragem como um meio validamente alternativo ao acesso à jurisdição dos Tribunais Administrativos, como se ignorando essa alternatividade pudéssemos reconduzir a arbitragem a um nível *infra*, para onde também remete as garantias administrativas de impugnação.

E portanto, em coerência com esse raciocínio, sendo o recurso à arbitragem neste contexto um "direito especial", a par deste sempre haveria a necessidade de se estabelecer um regime especial, com maior ou menor pertinência prática, mas, sem dúvida, demonstrando-se uma inversão do ónus do "ius imperii" à figura do seu habitual sujeito passivo.

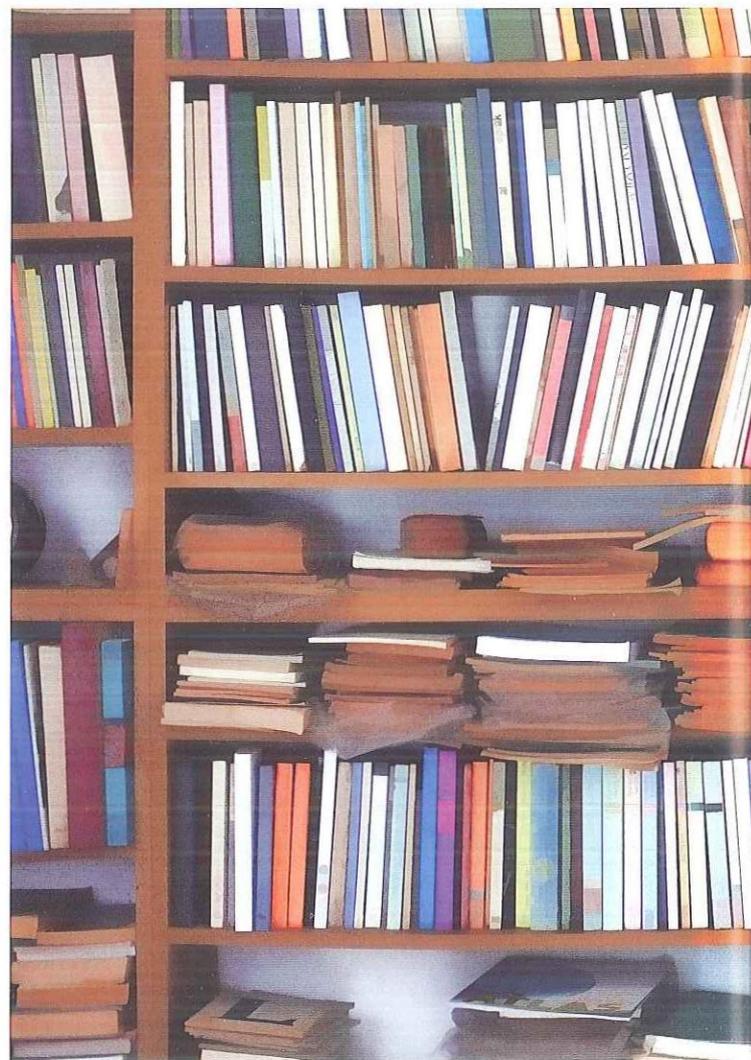
O que se pode questionar, e deve aliás, é o efeito e alcance que a ressalva transcrita na parte final "os casos e termos previstos em lei especial" – pode transferir para o exercício desse direito. Pois, e tenhamos a ousadia de reconhecer, considerar a existência de um direito à outorga do compromisso 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, uma vez que nenhuma eficácia útil lhe restaria⁹.

Isto posto, ou a reforma do CPTA servirá como pano de fundo à alteração da estrutura da norma do artigo 182.º, de onde se retirarão as expressões "direito à outorga" ou "exigir" – o que pessoalmente consideramos que seria o mais correcto – ou se assume a sua existência na íntegra, 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.

Se atualmente nos encontramos na posição favorecida de discutir, e impor nos demais a mesma discussão, as incertezas que resgatámos de reformas passadas, então temos o dever de o intuito de pensar uma solução viável. No que me compreende, e fazendo um ponto de situação, a alteração a uma norma "especial" para lhe acrescer a necessidade de criação de uma "lei especial" é apenas fomentar outras discussões e tão-pouco pensar diferentes soluções. Uma vez que não se entende que "lei especial" seria esta e muito menos se entende como compatibiliza-la no seio da arbitragem *ad hoc*. Tanto quanto não se compreende, também, ou pelo menos não num primeiro e penoso esforço, como pensar uma sujeição da administração configurada neste sentido.

A verdade é que o legislador reconhece um direito à outorga do compromisso arbitral quando a arbitragem *de per se* deveria significar o encontro de duas vontades. Mais, e num novo contrassenso, condiciona-a à eventual existência de uma «lei especial» que desde 2004, e por evidentes razões, nunca se foi capaz de criar. O que nos remete para uma outra questão: será esta *lei especial* uma "porta aberta" estrategicamente colocada a adequar a arbitragem administrativa ao momento em que consigamos concretizar um regime idêntico ao Direito Fiscal¹⁰? 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. Na medida em que, se analisarmos a norma do Ar-



tigo 187.º CPTA (quer a que se encontra em vigor quer a do Anteprojecto) e o Artigo 4.º do Decreto-Lei 10/2011 de 20 de Janeiro¹¹, com relativa facilidade comprovamos que o Regime da Arbitragem Tributária seguiu o modelo da Arbitragem Administrativa, na concreta configuração deste direito potestativo¹². Pelo que tentar antever no texto da norma uma eventual evolução à semelhança da Arbitragem tributária paremos, então, uma dupla contradição. Uma vez que pouco – *para não dizermos nenhum* – sentido seria prever uma transição da arbitragem administrativa *ad hoc* para uma arbitragem tributária (que por imposição legal se encontra no domínio exclusivo da arbitragem institucionalizada) quan-

do esta, ademais, e neste preciso contexto, encaixou precisamente a arbitragem administrativa¹³.

Em qualquer das hipóteses pouco nos apraz dizer sobre a oportunidade da reforma postulada, que aos "encontros" entre o que gostaria de poder firmar e aquilo que de facto é capaz de prever, apenas alcança o consenso dos intervenientes no que respeita à constatação dos erros, dos vazios legais e de zonas cinzentas, verdadeiramente perigosas tendo em conta a sensibilidade das questões a julgar e o respeito pelo interesse público-económico.

Mas, e assumindo a (re)forma do 182.º CPTA e as virtualidades que daí se retiram, resta pensar, duas questões delicadas: desde logo a possibilidade de afastar o



“

De facto é consideravelmente aterrador conceber que em prol de um desenvolvimento sustido da arbitragem o enredo normativo que carrega tem o efeito absolutamente inverso, de a minimizar, constranger e transportar para um contexto de incerteza que afasta, sobejantemente, as partes na resolução de um qualquer litígio

recurso das decisões arbitrais e, depois, 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/1 LAV). No contexto do Artigo 182.º CPTA, máxime no que respeita à sujeição da administração e à ausência de expressão da sua vontade, questionamos se tal sujeição será extensível à possibilidade de a contraparte, 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?

Mas, e em termos determinantemente práticos, será que esta discussão é útil? Não conduzirá esta norma, pela imperfeição que manifesta, a uma preterição do recurso à arbitragem pelo acesso aos tribunais administrativo?

Vejamos,

Independentemente da configuração que possamos dar à questão, a mesma acabará sempre por residir na consideração, ou não, de um direito à outorga do

compromisso arbitral. Portanto, se considerarmos que o mesmo existe, na eventualidade de existir uma recusa da outorga do compromisso arbitral por parte da Administração, o particular poderá intentar uma ação administrativa especial de condenação à prática do ato legalmente devido, nos termos do Artigo 67.º do CPTA.¹⁴ Por outro lado, não se configurando aquele como um direito potestativo, caberá à vontade da Administração a outorga daquele. Reconduzindo o particular, nesse contexto, à necessidade de intentar uma ação administrativa especial para que o Tribunal possa julgar e decidir a eventualidade do acesso à arbitragem, num raciocínio muito semelhante, em boa verdade, com aque-

le a que esta exposição nos obriga. Ora, em qualquer dos cenários, o particular para efetivar o recurso à arbitragem terá, como se antevê, de configurar um "recurso jurisdicional necessário" que lhe permita impor um direito ou averiguar um direito. Mas certo será, porém, que a oportunidade e celeridade da arbitragem se perdem neste tortuoso caminho¹⁵. O que nos obriga a pensar, com seriedade, se no contexto da arbitragem administrativa os instrumentos que o legislador considera que estão a "fortalecer" uma relação de pares (uma vez que não lhes assiste uma reserva absoluta para dirimir litígios-administrativos¹⁶), não estarão, na verdade, a fomentar o efeito inverso? O da necessidade

de submissão da arbitragem aos tribunais administrativos como um meio necessário?

De facto é consideravelmente aterrador conceber que em prol de um desenvolvimento sustido da arbitragem o enredo normativo que carrega tem o efeito absolutamente inverso, de a minimizar, constranger e transportar para um contexto de incerteza que afasta, sobejamente, as partes na resolução de um qualquer litígio. Posteriormente, e resgatando outra das questões que colocámos: deverá ser imposta a necessidade de controlo destes compromissos arbitrais tendo em consideração a arbitragem *ad hoc*? Tendo em linha de conta, obviamente, os espaços nem sempre transparentes associados à mesma? O que não deixa de ser uma questão bastante pertinente se considerarmos a figura da arbitragem *ad hoc* uma vez que a institucionalizada não oferece espaços de insegurança ou incerteza jurídica. Se num contexto de valoração da vontade das partes conduzido ao seu expoente máximo, como pensamos configurar-se a arbitragem *ad hoc*, por si só tal cenário já seria

motivo bastante para se pensar certas medidas de controlos. Mas se a esse cenário projetarmos a sujeição de uma das partes, num contexto de verdadeira submissão e sendo essa parte a Administração, creio que aquela primária ideia de controlo ganha diferentes contornos, revelando-se não só evidente como legalmente necessário.

Falhando, porém, a certeza de qual o melhor meio de alcançar 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 antes pensa-la enquadrada e em harmonia com o disposto. Neste acervo, poder-se-ia considerar a necessidade de revisão do compromisso arbitral por despacho do Conselho de Ministros ou, e num cenário ideal, lhes ser aposta prévia autorização do Tribunal de Contas. Mas que, em boa verdade dos factos, iria fomentar um cenário caótico na tramitação célere da Arbitragem, levando ao retrocesso e ao desmerecimento da importância da arbitragem no ordenamento jurídico português. Ou, possivelmente, considerar-se a necessidade de transpor para

as sentenças provindas deste "compromisso arbitral *ad hoc*", necessariamente adaptado como é evidentemente, o processo especial de revisão de sentença estrangeira. O que num primeiro momento pode parecer confuso e, admite-se, sem grande nexos causal. Mas se considerarmos que o que subjaz àquele processo é a necessidade de uma revisão formal que atenta não sobre o mérito, ou desmérito, da sentença mas a garantia pelo respeito de determinadas normas e princípios – *quer estes sejam apenas formais quer sejam, ainda, princípios mais próximos dos direitos consagrados aos cidadãos portugueses* – não poderia ser este transformado "processo especial de revisão das sentenças arbitrais *ad hoc*" um meio idóneo a atestar que foram cumpridos os formalismos necessários e respeitados os princípios nucleares do Estado de Direito?

Não se tentando desmerecer a arbitragem mas compensando-se, como se pode e deve calcular, um possível descontrolo da arbitragem *ad hoc* no contexto da norma do artigo 182.º CPTA. Não sendo seguramente a melhor ou

mais desejável solução, talvez não seja de todo a que melhor se coaduna com as questões e inquietações que fomos levantando, mas poucos parecem, no entanto, os mecanismos à disposição do legislador para enfrentar uma questão que à luz de um novo código ganhará, também, novos contornos. Não só porque o contexto socioeconómico tem induzido, perigosamente, à preterição do interesse público-económico mas, e principalmente, porque o secretismo que ainda circunda a arbitragem *ad hoc*, reunido ao disposto no artigo 182.º CPTA, demonstra ser uma "potente arma" à fuga de um controlo superior.

Breve Conclusão

Porquanto, e longe de considerações acerca do que deveria conter esta norma, que sempre se W 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.*

1. Advogada na Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados
2. J.O. CARDONA FERREIRA. "Arbitragem: Caminho da justiça? Perspetiva de um magistrado judicial. Breves referências ao recurso, à anulação e execução da sentença arbitral", O Direito, 2009, volume II, Ano 141.º, 2009, p. 275
3. JOANA DURO, "(Des)Conformidade de Ordem Pública?" – As sentenças dos Tribunais Arbitrais no Contencioso dos Contratos Públicos à luz da Nova Lei da Arbitragem", A Arbitragem Administrativa e Tributária, 2.ª Edição, Almedina, 2013, p. 180
4. J.O. CARDONA FERREIRA. "Arbitragem...", cit., p. 273-274
5. J. ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, Volume I, 10.ª Edição, Almedina, 2000, p. 55.
6. FRANCISCO CALVÃO E PAULO DA CUNHA MONTEIRO, Análise de algumas disposições do CPTA à luz da Lei da Arbitragem. Breves questões, Edições Verbo jurídico, Fevereiro 2007, disponível para consulta on-line em: http://www.verbojuridico.com/doutrina/administrativo/cpta_arbitragem.pdf, p. 10.
7. FAUSTO DE QUADROS. "Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de Arbitragem" Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 7, Almedina, 2014, p. 12
8. JOÃO CAUPERS, "A arbitragem na nova justiça administrativa", em *Cadernos de Justiça Administrativa* (CJA), n.º 34, p. 66 e sg.
9. 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
10. FAUSTO DE QUADROS. "Linhas gerais...", op. cit., p. 12-13
11. Artigo 4.º Vinculação e funcionamento
 - 1 - A vinculação da administração tributária à jurisdição dos tribunais constituídos nos termos da presente lei 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 abrangidos.
 - 2 - Os tribunais arbitrais funcionam no Centro de Arbitragem Administrativa.
12. m.m as várias portarias de vinculação, por exemplo, Portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março onde no seu preâmbulo podemos ler: «O Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, introduziu no ordenamento jurídico português a arbitragem em matéria tributária, como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal. Nos termos do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, os tribunais arbitrais funcionam no CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa, dependendo a vinculação da administração tributária à jurisdição destes tribunais de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça».
13. NUNO VILLA-LOBOS e TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA. "A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários" Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 7, Almedina, 2014, p. 103
14. JOÃO CAUPERS, "A arbitragem...", cit., p. 66
15. MÁRIO AROSO DE ALMEIA e CARLOS ALBERTO F. CADILHA, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 3.ª Edição, Almedina, 2010, p. 1154 e sg.
16. ANA FERNANDA NEVES, "A resolução dos conflitos laborais públicos por arbitragem administrativa", A Arbitragem Administrativa e Tributária, 2.ª Edição, Almedina, 2013, p.26