

ARBITRAGEM EM DIREITO PÚBLICO

ORGANIZADORES

NUNO VILLA-LOBOS

TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA

ANDRÉA MASCHITTO

CARLOS BLANCO DE MORAIS

CARLOS FORBES

CÁSSIO TELLES FERREIRA NETTO

EDUARDO TALAMINI

HELICIO HONDA

LUÍSA FERNANDES

LUIZ ALBERTO FIGUEIREDO MACHADO

MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

NUNO PEREIRA ANDRÉ

NUNO VILLA-LOBOS

RAQUEL MARANGON

ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA

SELMA LEMES

SUSANA ANTAS VIDEIRA

TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA

TATHIANE PISCITELLI

ARBITRAGEM EM DIREITO PÚBLICO

ORGANIZADORES

NUNO VILLA-LOBOS

TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA

ANDRÉA MASCHITTO

CARLOS BLANCO DE MORAIS

CARLOS FORBES

CÁSSIO TELLES FERREIRA NETTO

EDUARDO TALAMINI

HELICIO HONDA

LUÍSA FERNANDES

LUIZ ALBERTO FIGUEIREDO MACHADO

MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

NUNO PEREIRA ANDRÉ

NUNO VILLA-LOBOS

RAQUEL MARANGON

ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA

SELMA LEMES

SUSANA ANTAS VIDEIRA

TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA

TATHIANE PISCITELLI

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA

Presidente

Nuno Villa-Lobos

Coordenadora de Departamento Jurídico da Arbitragem Tributária

Tânia Carvalhais Pereira

FGV PROJETOS

DIRETORIA

Diretor Executivo

Cesar Cunha Campos

Diretor Técnico

Ricardo Simonsen

Diretor de Projetos

Sidnei Gonzalez

FICHA TÉCNICA

Organizadores

Nuno Villa-Lobos

Tânia Carvalhais Pereira

Editor Responsável

Sidnei Gonzalez

Coordenação Executiva

Patricia Werner

Coordenação e Produção do Seminário

Alexandre Moretti

Coordenação Editorial

Marina Bichara

Coordenação de Design

Julia Travassos

Projeto gráfico e diagramação

Bianca Sili

Marcela Lima

Edição e revisão

Lígia Lopes

Isabel Ferreira

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV. A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: www.fgv.br/fgvprojetos.

ISBN 978-85-64878-62-4

SUMÁRIO

Apresentação da Arbitragem em Direito Público em Portugal	07
Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira	07
Apresentação da Arbitragem em Direito Público no Brasil	27
Márcio Souza Guimarães	27
Capítulo 1. Enfoque Constitucional da Arbitragem em Direito Público	37
Carlos Blanco de Moraes	39
Mário Aroso de Almeida	49
Capítulo 2. Novas Fronteiras da Arbitragem em Direito Administrativo em Portugal e no Brasil	65
Luísa Fernandes	67
Selma Lemes	81
Carlos Forbes e Raquel Neves	99
Eduardo Talamini	109
Nuno Pereira André	131
Capítulo 3. Arbitragem Tributária em Portugal	159
Susana Antas Videira	161
Rogério Fernandes Ferreira	171
Tânia Carvalhais Pereira	189
Capítulo 4. Arbitragem Tributária no Brasil	209
Cássio Telles Ferreira Netto	211
Hélcio Honda	223
Tathiane Piscitelli	239
Andréa Mascitto	251
Considerações Finais	265
Luiz Alberto Figueiredo Machado	267
Bibliografia	269

**O CASO PARTICULAR DA ARBITRAGEM
TRIBUTÁRIA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS EM MATÉRIA DE JUSTIÇA TRIBUTÁRIA**

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O problema do congestionamento dos tribunais tributários de primeira instância em Portugal é anterior à própria reforma de reorganização da implantação geográfica dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, que, apenas em 2004, transitariam administrativamente da esfera do Ministério das Finanças para a do Ministério da Justiça, deixando de funcionar no mesmo edifício que os Serviços de Finanças. Sucede que, na data dessa reorganização, os tribunais tributários de primeira instância apresentavam já um elevado deficit de processos pendentes, em escala nacional,¹ situação que seria agravada em função da mudança de instalações dos tribunais e, como consequência, da remessa física dos processos. De 2005 até 2011, a pendência sofreu um agravamento contínuo (apesar de um intervalo de recuperação no primeiro semestre de 2011). No mesmo período, o valor das pendências acumuladas em matéria fiscal refletia um crescimento de 33%.

A análise da evolução do número de processos na jurisdição tributária desde o período de reorganização da implantação geográfica dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, em 2004, até ao ano da implementação da arbitragem tributária, em 2011, permite extrair várias conclusões acerca das causas da evolução da pendência processual. O agravamento contínuo das pendências decorreu da conjugação de dois fatores essenciais: por um lado,

¹ Estatísticas disponíveis no site da Direção Geral da Política de Justiça (DGPJ): <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>>.

o aumento significativo da litigiosidade, evidenciado, por meio do número de processos entrados, que representa uma evolução de 60% face ao ano de 2004; por outro lado, e em contraciclo, a redução gradual do número de juizes em exercício de funções nos Tribunais Tributários. Por sua vez, quanto ao número de processos findos, verificou-se, em 2011, uma inversão da tendência de crescimento das pendências em relação ao ano anterior.

No plano da oferta, o problema está na escassez de meios humanos, na falta de juizes e de funcionários judiciais nos tribunais em que as pendências se acumulam. Já no plano da procura, assistimos, nas últimas décadas, a um recurso crescente à justiça fiscal e ao surgimento de uma litigância de massas. Como resultado, atingiu-se, em 2011, uma situação de “hipertrofia” do contencioso fiscal, com várias consequências negativas, desde logo, no âmbito do tempo de resposta.² Nesse contexto, dir-se-á que o único aspeto positivo se traduz na maior consciencialização e no exercício dos direitos pelos contribuintes, mediante a apresentação de reclamações e impugnações, impondo à Autoridade Tributária e Aduaneira um grau de fundamentação mais rigoroso e cuidado. Ao comportamento dos contribuintes não é, todavia, alheia a maior “pressão tributária” própria das épocas de crise, com o aumento de impostos e a proliferação de novos tributos, em especial taxas municipais e contribuições sectoriais.

No domínio do contencioso tributário, a morosidade prejudica quer o Estado, quer os contribuintes. Se, por um lado, uma decisão judicial tardia retarda a arrecadação efetiva da receita fiscal pelo Estado, por outro, para os contribuintes a morosidade, para além da indefinição e instabilidade, sobrecarrega-os com os encargos inerentes à prestação de garantias bancárias para suspender a execução fiscal e a necessidade de criação de provisões, no caso das empresas.

A celeridade é, por isso, um valor em si mesmo, na medida em

² O tempo médio de decisão e os custos inerentes aos atrasos da máquina judicial foram analisados por Francisco Sousa da Câmara no artigo “Tax Arbitration Courts or Tax Judicial Courts: which to choose and what to consider?”, *The Portuguese Tax Arbitration Regime*, 2015, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, pp.147 e ss.

que a ausência de decisão num prazo razoável compromete a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente garantida, nos termos do art. 20º da Constituição. Contudo, para além dessa “refração subjetiva”, num determinado caso concreto ou em relação a um determinado contribuinte, a celeridade da resposta judicial tem efeitos positivos nos mais diversos domínios. Permite, desde logo, assegurar a contemporaneidade entre duas “fontes de Direito”: a jurisprudência e a legislação em vigor. A atual falta de sintonia entre a jurisprudência e a legislação vem contribuindo para a diminuição da relevância prática da jurisprudência enquanto fonte mediata de Direito no plano da prevenção de litígios tributários, com custos não despidiendos.³ João Tabor da Gama ainda alerta para o facto de que a

“inadmissível demora da decisão na primeira instância fiscal é acompanhada da não publicação das suas decisões. Isto quer dizer que as primeiras decisões publicitadas são as dos Tribunais Centrais Administrativos⁴ ou do Supremo Tribunal Administrativo (STA) - na prática, temos decisões sobre normas que estavam em vigor há mais de dez anos. Dito de outro modo, aconselham-se clientes, formam-se magistrados, advogados ou consultores fiscais, sem o apoio imprescindível da jurisprudência fiscal”.

Outro efeito positivo da celeridade na prolação das decisões encontra-se na possibilidade de a administração tributária poder “emendar à mão” e alterar procedimentos e/ou entendimentos para futuro, sustendo a emissão de novos atos desconformes com jurisprudência entretanto firmada, ou corrigindo/decidindo os processos pendentes em favor do sujeito passivo. A título de exemplos, refiram-se os casos da tributação no âmbito da verba 28 da Tabela Geral do Código do Imposto do Selo, da isenção do imposto sobre a transmissão onerosa de imóveis no âmbito dos processos de insolvência ou da tributação em IVA de peças de próteses dentárias. Nesses casos, após a publicação de dezenas, se não centenas, de decisões arbitrais em sentido favorável aos

³ GAMA, João Tabor da. “As Virtudes Escondidas da Arbitragem Fiscal”. Revista Arbitragem Tributária, n. 1, p. 13.

⁴ Tribunal de segunda instância.

contribuintes, o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais determinou que fosse proferido despacho de deferimento dos procedimentos administrativos pendentes de decisão ou, sendo o caso, que se procedesse à revisão oficiosa da liquidação que se encontrasse pendente nos Tribunais e que não fosse apresentado recurso nos processos tributários já decididos em primeira instância.⁵ De acordo com os dados divulgados pela Autoridade Tributária e Aduaneira,⁶ no caso da verba 28 do imposto do selo, a título de exemplo, foram retirados dos Tribunais 240 processos. A orientação fixada nos Despachos do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais n.º 6/2017-XXI, de 13 de janeiro, e n.º 14/2017-XXI, de 26 de janeiro, que fundamentou a retirada de um elevado número de processos dos Tribunais, relativamente aos quais já havia sido firmada jurisprudência constante no sentido oposto ao entendimento propugnado pela Autoridade Tributária e Aduaneira, deve passar a ser entendida como um procedimento regra, a seguir a mais breve trecho, e não como uma exceção, de resposta tardia, como consequência da pressão mediática.

A celeridade da resposta jurisdicional também permite a adaptação e alteração de procedimentos pelo próprio contribuinte, em conformidade com a orientação jurisprudencial firmada. A previsibilidade é um ativo de que as empresas não prescindem na formação da decisão de investimento informado.

O diagnóstico dos problemas do congestionamento do contencioso tributário português antecede, assim, em vários anos, a adoção das medidas de política pública concretas, motivo pelo qual se torna imperioso explicar o grau de urgência e gravidade associado ao contexto de (re)entrada desta problemática na agenda política em 2011 e da exigência de intervenção pública para a resolução do problema mediante a apresentação, entre outras, de uma medida emblemática, original e inédita, objeto central de análise no presente artigo: a instituição de um regime de arbitragem tributária.

⁵ Cf. os Despachos do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais n.º 6/2017-XXI, de 13 de janeiro, e n.º 14/2017-XXI, de 26 de janeiro (que alterou o ponto II da Circular n.º 10/2015), os Processos Arbitrais n.º 769/2016-T, e 4/2017-T, 26/2017-T e os recursos para o TCA-Sul n.º 09741/16 e n.º 8994/15, em que a AT apresentou um requerimento de desistência.

⁶ Cf. intervenção da Dra. Cristina Bicho, Subdiretora-geral da área da Justiça Tributária e Aduaneira, na conferência "Pacto para a justiça fiscal" promovida pelo CAAD e pela Nova Direito. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tTZYe91FdTI>>.

IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL

As pendências e a morosidade da jurisdição administrativa e tributária são assumidas como um problema político pelo menos desde o discurso da tomada de posse do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo (STA) em 2003. Nas palavras do Conselheiro Manuel Fernando dos Santos Serra,

“na base dos elevados níveis de pendência processual encontramos, ainda hoje, fenómenos como o da irracional distribuição de magistrados e de funcionários judiciais; a ausência de informação centralizada em determinados serviços; os trâmites excessivamente burocratizados a que obedece a circulação de informação dentro do próprio sistema judicial; os atos de mero expediente que cumpre ao magistrado realizar; a crescente judicialização de conflitos suscetíveis de regulação extrajudicial; a progressiva internacionalização do direito; a cultura jurídica de excessiva fundamentação das decisões; e, particularmente, o iniludível excesso de garantismo da nossa lei do processo”.⁷

Durante esse período, o problema esteve relativamente confinado à comunidade judiciária, perspetivando-se a celeridade como um fator impulsionador da atividade judiciária, no contexto constitucional da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, o que pressupõe uma decisão em prazo razoável. Com a celebração do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, em 17 de maio de 2011, entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, conhecido como “Memorando da Troika”, dada a situação crítica das finanças públicas nacionais, foi introduzido um fator disruptivo na compreensão ou perceção pública da problemática da justiça fiscal, deslocando-se o enfoque do plano das garantias dos contribuintes para uma nova dimensão, que acentuou a importância financeira do fenómeno do bloqueio da justiça fiscal portuguesa.

⁷ SERRA, Manuel Fernando dos Santos. “Discurso da tomada de posse”, *Intervenções outubro 1997 a junho de 2015*. Edição CAAD, pp. 149-159.

Em 2011, numa entrevista à *Advocatus*, o Juiz Conselheiro Lúcio Barbosa, que era, na data, presidente do STA,⁸ referiu que a “Justiça Administrativa e Fiscal ficou, de repente, em foco devido à prioridade atribuída aos processos de mais de um milhão de euros no âmbito das medidas da Troika”.

O Memorando da Troika previa várias medidas para o setor da justiça fiscal sob a (nova) ótica da arrecadação - no caso, dos montantes a aguardar por resolução judicial e da melhoria da “fotografia estatística” dos processos pendentes. Duas das medidas mais emblemáticas foram a instituição de um regime de arbitragem tributária e a criação de equipas especiais de juizes para a resolução de processos cuja utilidade económica fosse superior a um milhão €.

A arbitragem em matéria tributária foi introduzida no ordenamento jurídico nacional pelo decreto-lei nº 10/2011, de 20 de janeiro de 2011, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), no uso da autorização legislativa da Assembleia da República prevista no art. 124º da Lei nº 3-B/2010, de 28 de abril. O pioneirismo e a singularidade do instituto da arbitragem tributária, sem paralelo nos ordenamentos jurídicos da mesma família jurídica, foram amplamente reconhecidos pela doutrina nacional⁹ e reafirmados no Acórdão Ascendi,¹⁰ no quadro do primeiro reenvio prejudicial de um Tribunal Arbitral Tributário.

A instituição da arbitragem tributária foi expressamente prevista no Memorando da Troika, mas não se deve entender como uma medida da Troika, numa lógica top-down. Em boa verdade, poder-se-á dizer que aconteceu exatamente o contrário: a arbitragem tributária é um

8 Lúcio Barbosa, Presidente do STA na data da celebração e execução do Memorando de Entendimento, em entrevista à *Revista Advocatus* nº 17, de setembro de 2011, pp. 30-36.

9 Cf. entre outros, SOUSA, Jorge Lopes de. “Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária”, *Guia da Arbitragem Tributária*, AAVV., Nuno Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira (coord.), Almedina 2013, pp. 95 e ss.; ALMEIDA, Samuel Fernandes de. “Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem tributária”, *Estudos em homenagem do Prof. J.L. Saldanha Sanches*, AAVV., Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda Gama (coord.), Vol. V, Coimbra Editora, 2011; VASQUES, Sérgio. “Os primeiros passos da arbitragem tributária”, *Newsletter CAAD*, Outubro 2011. Disponível em: <www.caad.org.pt>.

10 Acórdão do TJ, Ascendi, C-377/13, de 12-06-2014. A questão central dos autos prendia-se com a interpretação dos artigos 4º, 7º e 10º, alínea a) da Diretiva nº 69/335/CEE do Conselho, de 17 de julho de 1969, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre aumentos de capital.

medida pré-Troika, imposta numa lógica bottom-up pela sociedade portuguesa. O diploma instituidor da arbitragem tributária precedeu a celebração do Memorando, ainda que seja inegável que, também nesta área da governação – justiça e, em particular, a justiça fiscal –, se tenha verificado uma tendência de condicionalismo das políticas públicas nacionais, podendo mesmo afirmar-se que a austeridade se encontra igualmente subjacente às medidas públicas em matéria de justiça fiscal.

Em Portugal, a grande inovação em matéria processual tributária nas últimas décadas terá sido mesmo a introdução da arbitragem em matéria tributária. Como já referido, a arbitragem tributária foi delineada no momento político pré-Troika como uma das medidas possíveis para contribuir para o descongestionamento dos Tribunais Tributários, o combate à morosidade processual e aos bloqueios de funcionamento da justiça fiscal, e, em geral, para a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, o que pressupõe uma decisão em prazo razoável (artigos 20º, nº 1, e 268º, nº 4, da Constituição). Em virtude do seu acolhimento pela Troika no Memorando de Entendimento, a comunidade judiciária mobilizou-se para o potencial desta medida, configurando-se uma solução de curto prazo, traduzida no regime de migração de processo no período de um ano,¹¹ e uma solução de longo prazo, de previsão de um regime (parcialmente) alternativo à impugnação judicial.

A solução temporária de curto prazo consistiu na utilização, durante um ano, da faculdade de migração de processos, pendentes de decisão, há, pelo menos dois anos, nos Tribunais Tributários para a via arbitral, com o incentivo de dispensa do pagamento de custas judiciais nos Tribunais Tributários. Essa solução não logrou obter resultados práticos significativos, tendo em conta a delimitação “estreita” do respetivo âmbito material e temporal. Como já se referiu, o RJAT entrou em vigor em 25 de janeiro de 2011, mas só se tornou efetivamente aplicável no dia 1º de julho do mesmo

11 Sobre o regime transitório de migração de processos cf. PEREIRA, Tânia Carvalhais. “O regime de migração de processos para a arbitragem tributária”, Revista Arbitragem Tributária nº 7, junho de 2017, pp. 8-21.

ano, na data da entrada em vigor da Portaria de Vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira à jurisdição dos Tribunais Arbitrais. Com efeito, um regime que deveria vigorar durante 365 dias apenas foi efetivamente aplicável durante 209 dias – isso se não descontarmos os dois períodos de férias judiciais, tradicionalmente menos “produtivos”, caso em que o prazo de aplicabilidade do regime seria reduzido para 165 dias. Nesse âmbito, dever-se-á, ainda, ter em consideração que, em 2011, o regime da arbitragem tributária representava uma inovação jurídica sem paralelo e que o próprio regime de migração de processos era relativamente inaudito em Portugal. O desconhecimento da própria existência do regime e o compreensível receio do que é novo também concorreram, de forma decisiva, para os resultados limitados de uma medida cheia de boas intenções, mas cuja viabilidade prática foi coartada pela limitação temporal das respetivas vigência e aplicabilidade. A eventual “represtinação” do regime de migração de processos previsto no Programa do Governo em exercício de funções pode contribuir grandemente para a redução das pendências, retirando dos Tribunais Tributários processos “mais antigos” – processos para os quais os árbitros do Centro de Arbitragem Administrativa (Caad) estão especialmente aptos, uma vez que, por imposição legal, possuem, pelo menos, dez anos de comprovada experiência em Direito Tributário. As virtudes próprias do regime jurídico da arbitragem tributária privilegiam a opção por uma medida de carácter mais estrutural, em detrimento de uma medida transitória, de modo a aliviar os Tribunais Tributários de alguns dos processos mais antigos. Mas não se pense, todavia, que esta medida é a solução mágica que resolverá o problema de um stock acumulado de milhares de processos. Tais expectativas caem por terra quando a medida é confrontada com o âmbito de competência limitado dos Tribunais Arbitrais, claramente mais reduzido do que o âmbito de competência dos Tribunais Tributários, em razão da matéria e do valor.¹²

12 A delimitação do âmbito de competência dos Tribunais Arbitrais Tributários foi objeto de análise detalhada, entre outros, por SOUSA, Jorge Lopes de. “Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária”, Guia da Arbitragem Tributária, AAVV, Nuno Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira (coord.), Almedina 2013, pp. 95 e ss., PEREIRA, Tânia Carvalhais. “Arbitrabilidade do IVA na Importação”, Cadernos IVA 2015, Almedina, 2015; maria do rosário anjos, “O âmbito material da arbitragem tributária à luz da jurisprudência arbitral”, Revista Arbitragem Tributária n.º 2, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, janeiro 2015; SANTOS, Leonardo Marques dos. “Submission of

No que diz respeito à medida de longo prazo - instituição da arbitragem tributária como meio de resolução extrajudicial de litígios alternativa à impugnação judicial -, podem referir-se três objetivos subjacentes à sua criação, a saber: (i) reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; (ii) imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo; e, por fim, (iii) reduzir a pendência dos processos nos Tribunais Administrativos e Fiscais. Os três objetivos enunciados partilham um valor entre si, que é consagrado pela Constituição: a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva. A esse propósito, importa começar por referir que o âmbito de competência material dos Tribunais Arbitrais ficou aquém do recorte inicialmente projetado aquando do debate público que se seguiu ao conhecimento da lei de autorização legislativa. A delimitação do objeto reveste-se de importância transversal na prossecução dos objetivos visados pelo legislador, sobretudo na vertente descongestionadora, mediante o redireccionamento dos "processos novos". A perceção pública inicial acerca do efeito da arbitragem tributária no descongestionamento dos Tribunais Tributários deve, assim, ser balizada pela delimitação do respetivo âmbito material de aplicação, em termos muito mais restritivos dos que foram antevistos na lei de autorização legislativa. Com efeito,

"o RJAT acabou (...) por ficar aquém da autorização legislativa, em que se autorizava a previsão da arbitragem em matéria tributária como meio de resolução jurisdicional de litígios em matéria tributária alternativo ao processo de impugnação judicial e à ação para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo. O recurso à arbitragem em matéria tributária acabou por, na prática, ser configurado como um meio processual parcialmente alternativo à impugnação judicial, e mesmo nesse caso apenas 'parcialmente alternativo', atentos na delimitação legal do âmbito de competência material dos Tribunais Arbitrais".¹³

contributions and levies to tax arbitration courts: presente or future", *The Portuguese Tax Arbitration Regime*, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, 2015; e GAMITO, Conceição; MOTTA, Teresa. "A arbitrabilidade das taxas", *Revista Arbitragem Tributária* n.º 2, Janeiro 2015, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira.

13 VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais "Arbitragem Tributária Arbitragem

A introdução da arbitragem tributária teve em vista o aumento da capacidade de resposta da justiça fiscal, apetrechando-a com um novo meio de resolução jurisdicional de litígios de natureza tributária, reforçando-se, assim, as garantias efetivas dos cidadãos – Objetivo que, na verdade, é o desígnio principal desta medida legislativa inovadora, que entronca numa perspetiva da função judicial focada nas pessoas e na garantia efetiva dos seus direitos e liberdades, devendo, por conseguinte, a jurisdição ser percecionada como uma garantia dos cidadãos, e não apenas como um poder do Estado.

Ao mesmo tempo em que o regime jurídico de arbitragem tributária assume como objetivo central a promoção da celeridade na resolução de litígios em matéria fiscal, também reflete o entendimento de que a celeridade, sendo um valor em si mesmo, não é absoluta, devendo, por conseguinte, ser harmonizada com os princípios constitucionais da igualdade e da legalidade. Esta almejada harmonização de valores veio encontrar eco nos aspetos centrais do respetivo regime. Com efeito, no momento da conceção do regime jurídico da arbitragem tributária, entre a opção de aplicar como matriz a Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), com eventuais adaptações, ou a opção de criar ex novo um regime jurídico específico para a arbitragem tributária, aproximando-o da regulação normativa da impugnação judicial no Código de Procedimento e Processo Tributário, a escolha do legislador recaiu sobre esta última.¹⁴ O novo paradigma introduzido pela arbitragem tributária em Portugal rompeu com a tradição do Direito da Arbitragem ao impor a arbitragem institucionalizada, independentemente da vontade das partes, ao privilegiar a designação de árbitro pelo Conselho Deontológico do Centro, ao proibir, expressamente, o recurso à equidade, ao impor a publicação das decisões arbitrais e ao limitar a fixação dos encargos cobrados, que não deveriam ser superiores aos valores das custas aplicáveis

Tributária Breves Notas” natureza especial dos tribunais arbitrais tributários”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, p. 381.

14 Sobre a natureza especial dos Tribunais Arbitrais cf. VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais, “A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários”, *ob. cit.*, pp. 87-122 e VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. “Arbitragem Tributária: breves notas”, *A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios*, 2013, pp. 375-388.

nos Tribunais Tributários. A lei de autorização legislativa ainda impôs ao legislador ordinário a instituição da arbitragem “de modo a constituir um direito potestativo dos contribuintes”.

O regime da arbitragem tributária estendeu o âmbito da arbitrabilidade a litígios tradicionalmente vedados, maxime os atos de liquidação dos impostos, ao mesmo tempo que excluiu, do âmbito de competência material dos Tribunais Arbitrais em matéria tributária, domínios que a visão mais conservadora, amparada no dogma da indisponibilidade do crédito tributário,¹⁵ tendia, até então, a admitir. A esse propósito, será oportuno referir a existência de projetos legislativos anteriores, que refletiam essa visão tradicional do Direito da Arbitragem, assimilando-a à conciliação ou à mediação. Assumida essa opção de partida, o legislador teve o ensejo de erigir um edifício normativo de raiz, assente nos seguintes pilares fundamentais: (i) consagração da arbitragem tributária como meio de resolução jurisdicional de litígios em matéria tributária parcialmente alternativo ao processo de impugnação judicial; (ii) aplicação estrita do direito constituído, sendo expressamente vedado o recurso à equidade (art. 2º, nº 2, do RJAT); (iii) opção expressa pela arbitragem institucionalizada a funcionar no Caad; (iv) vinculação prévia da autoridade tributária por meio de portaria que fixa, designadamente, o tipo e o valor prévio dos

15 Para a superação da alegada incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário e a arbitragem em matéria tributária, muito contribuiu a doutrina nacional, em particular Jorge Manuel Lopes de Sousa, “Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária”, Guia da Arbitragem Tributária, ob. cit., p. 99; Samuel Almeida, “Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Saldanha Sanches, Vol V, Almedina, p. 382; António Sampaio Caramelo, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idisc=54103&ida=54123; José Poça Falcão, “Arbitragem Tributária”, ob. cit., pp. 193-194; Migrel Agrellos, “O regime de arbitragem tributária português”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 29/11, p. 138; Susana Soutelinho “A Arbitragem Tributária - Uma Realidade?”, A Arbitragem Administrativa e Tributária. Problemas e Desafios, Coord. Isabel Celeste Fonseca, 2013, pp. 408 e seguintes. O dogma da indisponibilidade do crédito tributário ainda é hoje apresentado como um dos principais obstáculos à introdução do regime de arbitragem tributária em Espanha, em São Tomé e Príncipe e no Brasil, para dar alguns exemplos. Entendimento que a doutrina começa agora a questionar, com fundamento no direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Nesse sentido, cf. COLOMA, Paula Vicente-Arche. El Arbitraje en el ordenamento tributário Español: una proposta, Marcial Pons, 2005, p. 23; AFONSO, Osvaldo da Gama. “A arbitragem em São Tomé e Príncipe - da Constituição Santomense à inexistência/necessidade de um regime tributário”, Revista Arbitragem Tributária n.º 3, junho 2015, p. 29; e GODOL, Marciano Seabra de; GIANNETTI, Leonardo Varela. “Arbitragem e Direito Tributário Brasileiro - a superação do dogma da indisponibilidade doo crédito tributário”, Revista Arbitragem Tributária n.º 3, junho 2015, p. 36. O Comitê Brasileiro de Arbitragem criou recentemente um grupo de estudo, ao qual incumbiu a análise do “cabimento e dos desafios para a implementação da arbitragem tributária no Brasil” (cf. <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-11/opinioao-arbitragem-tributaria-caminho-explorado#autor>>).

litígios abrangidos; (v) privilégio da designação de árbitros em regra pelo Conselho Deontológico, dentre uma lista aprovada pelo Centro de Arbitragem Administrativa (art. 6º do RJAT); (vi) sujeição dos árbitros a acrescidos requisitos e garantias de independência e imparcialidade (artigos 7º, 8º e 9º do RJAT e Código Deontológico); (vii) composição coletiva dos Tribunais Arbitrais nas causas de valor superior a 60 mil € (art. 5º do RJAT); (viii) previsão de uma marcha processual sem formalidades especiais, com um limite de seis meses para a prolação da decisão, com possibilidade de prorrogação até ao limite de mais seis meses, no total improrrogável de um ano; (ix) publicidade obrigatória das decisões arbitrais no site do Caad (art. 16º, alínea g, do RJAT); e (x) consagração, como regra geral, da tendencial irrecorribilidade da decisão arbitral, sem prejuízo da possibilidade de recurso nos casos previstos na lei.

A referida vinculação prévia da autoridade tributária e aduaneira aos Tribunais Arbitrais, a funcionar no Caad, por meio de portaria que fixe designadamente o tipo e o valor prévio dos litígios abrangidos, foi efetivada com a aprovação da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de março (vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira), que entrou em vigor em 1 de julho de 2011, na data projetada para a sua implementação no Memorando de Entendimento da Troika.

No que respeita à alocação de recursos institucionais, refira-se que todos os Tribunais Arbitrais funcionam sob a organização do Caad, único centro a funcionar deontologicamente sob a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF) e a quem compete elaborar a lista de árbitros, o Código Deontológico, o Regulamento de Seleção e de Designação de Árbitros em matéria tributária e o Regulamento de Custas. A instalação e funcionamento do Caad precederam a aprovação do regime da arbitragem tributária, cuja implementação em muito se beneficiou da pré-existência de toda uma estrutura de apoio jurídico, técnico e informático, com provas dadas.

A avaliação do contributo da arbitragem tributária para a prossecução dos objetivos indicados na etapa da formulação impõe uma distinção entre as duas soluções acima mencionadas – a previsão de um regime de migração de processos e uma solução de longo prazo, que se traduz na aplicabilidade do regime. Conforme se observou, a arbitragem tributária foi instituída para prosseguir com três finalidades principais, a saber: reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, imprimir uma maior celeridade à resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo e, por fim, reduzir a pendência dos processos nos Tribunais Administrativos e Fiscais. Um dos institutos de que o legislador se socorreu para prosseguir, de uma assentada, os objetivos de imprimir maior celeridade à resolução de litígios em matéria tributária e contribuir para a redução das pendências nos Tribunais Tributários foi, precisamente, o regime de migração de processos destes Tribunais para os Tribunais Arbitrais – regime de que se esperava mais do que, na prática, lhe foi possível alcançar, atento ao respetivo carácter transitório. As poucas dezenas de processos entrados no Caad ao abrigo do regime de migração de processos não refletem o potencial de uma medida, coartada pela previsão de um prazo de vigência e aplicabilidade demasiado curto para os objetivos que lhe foram cometidos.

Em relação aos resultados globais da arbitragem tributária e no respetivo âmbito material concorrencial, a arbitragem tributária tem conseguido “desviar” cerca de 20% dos processos novos dos Tribunais Tributários.¹⁶ Usando como critério o valor médio dos pedidos, a maioria dos contribuintes que recorrem à arbitragem tributária são pessoas singulares e pequenas e médias empresas, com uma percentagem de vencimento equivalente à registada nos Tribunais Tributários.¹⁷

O efeito descongestionador da arbitragem tributária depende da sua capacidade efetiva para absorver processos em número suficiente, de molde a que a quantidade de processos findos nos Tri-

16 Cf. Estatísticas publicadas na Revista Arbitragem Tributária, nº 7.

17 Cf. Relatório Tax Administration 2017 da OCDE.

bunais Tributários supere a de entrados – entretanto, parcialmente, subtraídos por essa alternativa jurisdicional. À luz do regime em vigor, a arbitragem tributária apenas pode ser considerada um meio de resolução jurisdicional alternativo à impugnação judicial, em relação à apreciação da legalidade de um conjunto limitado de atos. Da leitura conjugada do disposto no art. 2º do RJAT e no artigo 2º da Portaria de Vinculação, podemos concluir que ficam de fora da arbitragem a impugnação de qualquer ato de liquidação de valor superior a 10 milhões €, assim como a apreciação da legalidade de atos de liquidação com fundamento em métodos indiretos, de direitos aduaneiros e de impostos indiretos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação, nos quais se incluem os impostos especiais sobre o consumo (álcool e bebidas alcoólicas, produtos petrolíferos e energéticos e tabacos), devidos pela importação e, de acordo com a jurisprudência maioritária dos Tribunais Arbitrais, também o IVA devido pela importação de bens.¹⁸ De fora do âmbito de competência dos Tribunais Arbitrais, ainda ficam todos os processos de contraordenação e de execução fiscal, a apreciação da legalidade de atos em matéria tributária ou as providências cautelares, assim como a própria execução de julgados, que são as áreas que concorrem igualmente para o atual volume de pendências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem tributária é, hoje, incontornável no quadro de uma reforma estrutural da Justiça Fiscal – nessa medida, indissociável dos excelentes resultados obtidos pela jurisdição dos Tribunais Tributários do Estado, que neste último ano, reduziu a pendência de matéria tributária em 7%.

Por fim, cumpre dar breve nota do efeito dos “pilares fundamentais” do regime para a perceção pública positiva acerca da arbitragem tributária. A aplicação estrita do Direito constituído e o enquadramento deontológico institucionalizado foram dois dos traços de regime elencados pelo Tribunal de Justiça no acórdão

¹⁸ Processos Arbitrais n.º 94/2013-T e n.º 123/2013-T. No sentido da arbitrabilidade do IVA devido pela importação, cf. PEREIRA, Tânia Carvalhais. “Arbitrabilidade do IVA na importação”, Cadernos IVA 2014, 2014.

Ascendi, no contexto da verificação do preenchimento dos elementos suscetíveis de qualificar um órgão como jurisdicional, para efeito do art. 267º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).¹⁹ Nesse enquadramento, pode afirmar-se que os “pilares fundamentais” do regime jurídico da arbitragem tributária assumem uma dupla relevância, em âmbito interno, para o efeito de harmonização jurídico-constitucional entre a celeridade e a igualdade, bem como a legalidade em nível internacional, para o efeito da qualificação de um órgão de reenvio como “órgão jurisdicional nacional”, na aceção do TFUE.

A análise das políticas públicas em matéria de justiça fiscal, objeto de análise no presente artigo, permite concluir, em primeira linha, que os recursos a medidas pontuais ou transitórias não logram resultados satisfatórios quando estas são confrontadas com problemas estruturais. Tanto o regime de migração de processos para a arbitragem tributária como as equipas extraordinárias de juízes produziram resultados modestos. Das medidas analisadas, apenas a instituição da arbitragem apresenta resultados satisfatórios.

A repercussão efetiva da arbitragem tributária no que concerne à redução da diferença entre processos entrados/findos na jurisdição estadual e, por consequência, a avaliação definitiva do efeito real da arbitragem tributária na redução de pendências nos Tribunais Tributários encontram-se dependentes da estabilização do número de processos anualmente entrados nesses Tribunais, sobretudo quando respeitem a matérias excluídas da competência dos Tribunais Arbitrais.

Tendo por referência os dados estatísticos disponíveis, a arbitragem tributária produz efeitos diretos e indiretos em relação à diminuição dos custos de litigância para o Estado e para os contribuintes, em virtude da celeridade na resolução dos litígios fiscais, com a antecipação da arrecadação definitiva da receita fiscal

¹⁹ Sobre este ponto, cf. Acórdão Ascendi do TJUE, processo C-377/13, de 12 de junho de 2014; ANTÓN, Ricardo García. ‘Ceci n’est pas une Pipe’, *The notion of tax court under article 267 of the TFEU*, *European taxation*, november, 2015, p. 515-521; VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais, “The special nature of tax arbitration courts”, *The Portuguese Tax Arbitration Regime*, 2015, pp. 49-83; e COUTINHO, Francisco Pereira. “Tax arbitration and preliminar references”, *The Portuguese Tax Arbitration Regime*, 2015, pp. 235-260.

pelo Estado ou, na hipótese de procedência do pedido, redução do valor da indenização a pagar em juros e dos encargos com a prestação de garantia e o patrocínio. A redução dos custos financeiros para os contribuintes está relacionada à prestação de garantias bancárias para a suspensão de execução fiscal. A arbitragem tributária ainda contribuiu para a redução do volume de processos entrados nos Tribunais Tributários no domínio da competência material concorrencial entre ambas as jurisdições, subtraindo à jurisdição estadual tributária cerca de 20% de processos de impugnação novos. A previsibilidade da data da prolação da decisão final também se reveste de grande mais-valia para os contribuintes. A imprevisibilidade do tempo médio de resolução dos litígios em matéria tributária nos Tribunais é altamente penalizadora dos operadores económicos e francamente angustiante para os contribuintes singulares.

No que respeita ao tempo médio de decisão, a arbitragem tributária tem conseguido garantir a prolação de uma decisão final no prazo médio de cerca de quatro meses e meio após a constituição do Tribunal Arbitral, sendo que o prazo máximo para a prolação da decisão é de seis meses, prorrogável até ao dobro por períodos sucessivos de dois meses, em casos devidamente fundamentados. O mesmo será dizer que, no máximo, em casos especialmente complexos, a decisão arbitral será proferida no prazo de um ano após a constituição do Tribunal Arbitral, dando plena execução ao disposto no art. 96º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT). Esse normativo legal prevê que o “processo judicial tributário tem por função a tutela plena, efetiva e em tempo útil dos direitos e interesses legalmente protegidos em matéria tributária”. Para “cumprir em tempo útil a função que lhe é cometida (...) o processo judicial tributário não deve ter duração acumulada superior a dois anos contados entre a data da respetiva instauração e a da decisão proferida em 1ª instância que lhe ponha termo”. Ainda que se defenda que o prazo previsto no normativo em apreço deva ser qualificado como um prazo meramente ordenador,²⁰ não se pode deixar de entender

²⁰ Neste sentido, entre outros, cf. o acórdão do TCA-Sul, proferido no processo nº 08513/15, de 16 de janeiro de 2016.

que delimita o horizonte temporal a partir do qual o próprio legislador considera ser posta em causa a “tutela plena, efetiva e em tempo útil dos direitos e interesses legalmente protegidos em matéria tributária”.

À arbitragem tributária, deve ser igualmente reconhecido o mérito de contribuir para um “efeito preventivo na eclosão de litígios”, no sentido em que a celeridade na prolação e publicação das decisões arbitrais assegura a tendencial contemporaneidade entre a legislação em vigor e a jurisprudência arbitral tributária, que recupera o seu papel de verdadeira fonte mediata de Direito, com efeitos a montante na atuação fiscal do Estado e dos contribuintes.

No que respeita à celeridade na prolação das decisões arbitrais e respetiva publicação, o regime jurídico da arbitragem tributária foi vítima do próprio sucesso, deparando-se, recentemente, com o problema da oposição entre decisões arbitrais. No plano puramente conceptual, esse problema seria resolvido com a possibilidade de recurso para o STA, em caso de oposição entre uma decisão arbitral e uma decisão do STA ou de um dos Tribunais Centrais Administrativos. Todavia, na prática, e relativamente a matérias novas, são publicadas decisões arbitrais muito antes de a questão ser decidida em 1ª instância, quanto mais em sede de recurso, nos Tribunais superiores. Esse foi o caso, designadamente, da aplicação da cláusula geral antiabuso em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (imposto de renda) que, após uma década de previsão legal relativamente inócua, passou a ser objeto de aplicação frequente pela autoridade tributária e aduaneira. Quando essa questão foi apreciada pelos Tribunais Tributários superiores, já os Tribunais Arbitrais haviam proferido inúmeras decisões em sentido não inteiramente coincidente.²¹ Nesse sentido, tal como acontece no que concerne à delimitação do âmbito de competência dos Tribunais Arbitrais, também em sede de recurso, qualquer alteração importará uma intervenção legislativa de fundo, eventualmente com alargamento do recurso para o STA, que se revelará de grande pertinência

21 Para mais desenvolvimentos cf. FERREIRA, Mónica, “A cláusula geral anti-abuso na jurisprudência do CAAD”, *Revista Arbitragem Tributária* n.º 5, junho 2016, pp. 42-49.

com efeito preventivo na eclosão de litígios nessa matéria.

A avaliação do regime de arbitragem tributária no ordenamento nacional apresenta, assim, resultados contraditórios – é positiva na solução permanente de longo prazo e negativa na solução temporária de curto prazo. Nesse sentido, a criação de um novo regime de migração de processos ou a repriminção do anterior com um novo prazo de vigência afigura-se como uma solução de futuro adequada à prossecução do objetivo do descongestionamento dos Tribunais Tributários de primeira instância, sem custos para o erário público. A esse propósito, refira-se que essa medida se encontra inscrita no Programa do XXI Governo:

“Privilegiar a arbitragem e outros meios alternativos e expeditos de resolução dos litígios, designadamente reduzindo a taxa de arbitragem na ausência de prévia reclamação graciosa e recurso hierárquico, promovendo nova possibilidade de migração dos Tribunais do Estado para a arbitragem”.

Sete anos volvidos, a arbitragem tributária não é a solução milagrosa para todos os males, nem uma experiência de risco. É uma realidade, um instituto consolidado no ordenamento jurídico nacional, que se mantém plenamente aplicável na vertente de longo prazo, enquanto meio de resolução jurisdicional de litígios em matéria tributária complementar da impugnação judicial. Em qualquer caso, o estado atual da justiça fiscal portuguesa requer uma terapêutica alargada a outras medidas, havendo, mesmo, quem defenda um plano nacional de combate às pendências na área da justiça tributária, que funcionaria como uma espécie de pacto para a justiça tributária.

Nuno Villa-Lobos

PRESIDENTE DO CAAD

Tânia Carvalhais Pereira

COORDENADORA DO DEPARTAMENTO JURÍDICO DO CAAD

APRESENTAÇÃO DA ARBITRAGEM EM DIREITO PÚBLICO NO BRASIL

MÁRCIO SOUZA
GUIMARÃES

A solução de controvérsias pela via arbitral é a técnica encontrada por diversos Estados, para dirimir os mais diversos conflitos de natureza contratual, privada e pública, inclusive questões territoriais ou de Direito Internacional. A delimitação das fronteiras brasileiras com a Argentina (Questão de Palmas, 1895), com a França (Amapá, 1900) e com a Grã-Bretanha (Guiana, 1904), se efetivou pela via arbitral, como retrata o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas¹ e ressalta o embaixador Luis Alberto Figueiredo Machado, ao concluir o presente livro. Suas raízes também se estendem aos contratos de concessão pública firmados na época do Império Brasileiro, pelo Governo Geral, a partir de 1850, em que se acordavam condições para a construção de estradas de ferro, transporte fluvial e marítimo, bem como serviços de iluminação pública, na forma bem identificada por Selma Lemes, no capítulo 2 da presente obra coletiva, sob o título *Novas Fronteiras da Arbitragem em Direito Administrativo em Portugal e no Brasil*.

Após a Constituição da República de 1988, o advento da Lei nº 9.307/96 suscitou, de imediato, o teste de sua constitucionalidade, sendo atacada de inconstitucional perante o Supremo Tribunal Federal (STF), sob o fundamento de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo XXXV da CR/88, o que impediria a resolução de controvérsias pela via privada. Desta feita, o instituto foi alvo de questionamentos quanto à constitucionalidade de sua implementação em território brasileiro,

¹ <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/TRATADOS%20DE%20FIXAÇÃO%20DE%20LIMITES.pdf>, acesso em 3 de abril de 2019.

dado que a sua adoção representaria, em tese, desobediência ao direito fundamental de acesso à Justiça. Felizmente, os tribunais pátrios, debruçando-se cuidadosamente sobre a questão, encontraram a solução adequada, cancelando a adoção da arbitragem para solução de disputas de caráter patrimonial e disponível.

No ano de 2001, o STF declarou a constitucionalidade do mecanismo arbitral no Brasil, adotando entendimento no sentido de que a arbitragem não representa afronta ao direito fundamental de acesso à Justiça, mas sim mera faculdade que as partes têm optando pela renúncia, casuística e expressa, àquele direito, em favor de um meio mais eficaz de resolução da disputa, nos casos de disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.²

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), que nesse ano de 2019 completa 30 anos de existência, afigurando-se como o verdadeiro Tribunal da Cidadania, cioso do mecanismo moderno e eficaz de solução de conflitos, sempre adotou postura favorável ao movimento de fortalecimento e efetivação da arbitragem como método alternativo de solução de controvérsias no país. A garantia à efetividade da previsão contratual de arbitragem, obrigando a submissão de qualquer litígio decorrente da celebração do contrato a um tribunal arbitral, é preceito que permeia a jurisprudência da Corte Superior desde o advento da lei de arbitragem brasileira, como se verifica na nova edição do *Jurisprudência em Teses*,³ divulgada pela sua Secretaria de Jurisprudência, no tópico 1: *A convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, uma*

2 O julgamento ocorreu no dia 12 de dezembro de 2001, a partir de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE n. 5.206). “O presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio Mello, após o término do julgamento, comentou a decisão dizendo esperar que seja dada confiança ao instituto da arbitragem e, a exemplo do que ocorreu em outros países, que essa prática “pegue no Brasil também.” Segundo ele, presume-se uma atuação de boa-fé por parte dos árbitros, que devem ser credenciados para tanto” (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198&caixaBusca=N>, acesso em 7 de abril de 2019).

3 Edição n. 122: Da Arbitragem, divulgada em 5 de abril de 2019.

vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definido ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal.

Contudo, em que pese a pacificação da questão atinente à adoção da arbitragem por entes privados, o tema da arbitrabilidade em direito público, envolvendo, portanto, entes da administração pública brasileira, surgiu em razão da ausência de qualquer dispositivo na lei de arbitragem brasileira prevendo expressamente esta possibilidade.⁴ A questão tornava-se controversa ao se deparar, de um lado, com a necessária disponibilidade dos direitos envolvidos em arbitragens e o caráter sigiloso de seu procedimento, e, de outro, com a alegada indisponibilidade dos direitos e bens por parte da administração pública e a obrigatoriedade de obediência ao princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos.

A divergência encontrou solução com o advento da Lei nº 13.129/2015, que, ao inserir os parágrafos 1º e 2º ao art. nº 1 da Lei de Arbitragem Brasileira,⁵ conferiu arbitrabilidade subjetiva aos entes público,⁶ bem como aclarou a controvérsia atinente ao sigilo, ao estabelecer a obrigatoriedade da publicidade dos procedimentos arbitrais em que figure como parte a administração pública brasileira.⁷ Por fim, tendo em vista o princípio da legalida-

4 Alguns dispositivos legais já previam a adoção da arbitragem pela administração pública brasileira, a exemplo da Lei 8987/95, sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos e da lei 11.079/04, sobre licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas. No entanto, pela falta de segurança jurídica envolvida no tema, a discussão permanecia viva em sede doutrinária.

5 "Art. 1º. (...). §1º: A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. §2º: A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações".

6 Jurisprudência em Teses (Arbitragem), do Superior Tribunal de Justiça, n. 13: Não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, para resolução de conflitos relacionados a direitos disponíveis.

7 Art. 1º. (...). §3º: A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade".

de, a solução impressa pela lei também harmonizou a controvérsia, ao vedar a solução arbitral por equidade.

O caminho para a adoção da arbitragem em direito público restou, portanto, definitivamente aberto no Brasil, o que demandava, contudo, o seu fortalecimento prático e teórico. A I Jornada de *Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios* realizada nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, em Brasília, no Distrito Federal, sob a coordenação-geral do ministro Luis Felipe Salomão, alcançou tal objetivo, reunindo a doutrina nacional especializada, contribuindo, por meio dos enunciados de nº 2, 4, 11 e 13 para a maior segurança jurídica e aperfeiçoamento do instituto.⁸

Mesmo com o advento da nova lei, ainda permanece certa dúvida quanto à (in)disponibilidade dos bens e direitos públicos. Nos parece correto o entendimento de Eduardo Talamini, defendendo com precisão e clareza, no capítulo 2 do presente livro, que toda demanda de direito público passível de ser resolvida pelos entes da administração pública, sem que haja a necessária intervenção do Poder Judiciário, poderá, conseqüentemente, ser resolvida, de maneira mais célere e eficaz, pela arbitragem.

Interessante inovação legislativa, também ocorrida no Brasil, foi a inserção dos dispositivos autorizadores da arbitragem pela administração pública pela Lei nº 13.448/2017, que, em seu art. nº 15, III, possibilita a inclusão de compromisso arbitral no termo aditivo ao contrato de parceria firmado por órgão público ou entidade pública competente e, em seu art. nº 31, autoriza expressamente

8 Enunciados aprovados: Arbitragem - nº 2: "Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral"; (...) nº 4: "Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, §3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro"; (...) nº 11: "Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas; (...) nº 13: "Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I - ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas".

que os contratos públicos firmados nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal possam conter compromisso arbitral. Entendemos que os aludidos dispositivos reforçam o crescente conforto que já vinha sendo conferido ao administrador público brasileiro para se valer do mecanismo arbitral como forma de resolução de controvérsias surgidas em contratos firmados por entes públicos.

Afinal, ao se considerar o atual modelo de Estado regulador, previsto pela Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como os contornos em que se esquadrinha a atuação do administrador público, percebe-se que o princípio da eficiência administrativa perpassa por todas as diretrizes de ação definidas constitucionalmente e fundamenta toda a sistemática de intervenção do estado na economia.

Assim sendo, possibilitar ao ente público valer-se de procedimento mais célere e adequado para o deslinde de controvérsias cada vez mais complexas, que, ao seu turno, demandam soluções especializadas, torna-se importante para que o administrador público possa atuar efetivamente com vistas ao interesse público. *Contrario sensu*, imputar a este a obrigação de submeter-se à morosa solução judiciária de conflitos envolvendo direito público seria o mesmo que optar por solução que não atendesse ao princípio da eficiência na administração pública, em prejuízo, afinal, da própria consecução do interesse público que legitima sua atuação. Ressalte-se que a morosidade ainda gera insegurança jurídica, com impacto negativo na economia brasileira, afastando investimentos nacionais e estrangeiros.

O cenário atual é de otimismo pela doutrina e pelos tribunais pátrios, ao acolherem a arbitragem mesmo em sede de direito público, possibilitando ao moderno Estado regulador brasileiro atuar eficientemente com vistas à consecução do interesse público primário.

O Brasil seguiu a tendência que já vinha se consolidando em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a exemplo do ocorrido em Portugal, onde a Constituição já continha autorização expressa à escolha de tribunais arbitrais (Constituição Portuguesa, art. 209º, nº 2) ao que se seguiu a edição da Lei nº 63/2011,⁹ em linha com entendimentos chancelados pelo Supremo Tribunal Administrativo. O Estado Português igualmente permite que contendas de natureza tributária envolvendo entes administrativos possam ser solucionadas por tribunais arbitrais,¹⁰ na forma bem pontuada por Tânia Carvalhais Pereira e Nuno Villa-Lobos, na *Apresentação da Arbitragem em Direito Público em Portugal*, da presente obra coletiva.

No Brasil, esta última questão vem sendo ainda alvo de debates, notadamente em relação à alegada indisponibilidade e patrimonialidade das matérias tributárias. O fato da autoridade tributária poder reconhecer de ofício ou pela via do processo administrativo fiscal a constituição do crédito tributário, sem a intervenção do Poder Judiciário, é argumento suficiente para caracterização da sua arbitrabilidade objetiva. A disponibilidade do crédito tributário é um mito já ultrapassado, como se depreende na possibilidade de sua anistia, remissão, parcelamento e toda a sorte de mecanismos administrativos de revisão do lançamento tributário. Todavia, Tathiane Piscitelli expõe, no capítulo 4 do livro ora apresentado, sob o título *Arbitragem Tributária no Brasil*, como a evolução ainda é lenta sob o tema, apesar de nos parecer estarmos diante de um dos mecanismos de extrema eficácia para o desenvolvimento econômico brasileiro, com a celeridade, transparência e previsibilidade do direito tributário que se poderá alcançar com a arbitragem nesse campo.

9 Artigo 1º, 5: "O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizadas por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado"

10 O Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), instituição privada fundada por associações sindicais e patronais é autorizado, desde 2011, a dirimir conflitos de natureza fiscal (Decreto-Lei nº 10/2011).

É certo que, além desta, muitas outras questões, decorrentes da possibilidade de adoção da arbitragem em direito público, ainda carecerão de pacificação e de maiores estudos, como a escolha das instituições arbitrais, a possibilidade de arbitragens *ad hoc*, os critérios de escolha dos árbitros e os custos envolvidos em procedimentos desta natureza. Em virtude da inexistência atual de lei determinando a submissão de arbitragens envolvendo entes públicos brasileiros a determinada instituição ou a alguma espécie de procedimento arbitral específico, indaga-se se os critérios de escolha e de procedimento não devem ser idênticos àqueles aplicáveis às arbitragens por entes privados.¹¹

Comprovando todo o percurso evolutivo da arbitragem em direito público no Brasil, recente caso arbitral, instaurado em 2015, envolvendo, de um lado, a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) e, de outro, o Grupo Libra, pôs fim ao imbróglio que já vinha se arrastando no Judiciário desde 1998, quando o grupo venceu licitação para exploração do terminal T-35 do Porto de Santos, em São Paulo, e deixou de arcar com os valores integrais das tarifas portuárias previstas em contrato, sob a alegação de que a CODESP havia entregado estrutura diversa da acordada. Por unanimidade, em julgamento célere, eficaz e técnico, o tribunal arbitral, em favor da administração pública, entendeu não haver justa causa para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo o grupo arcar com os valores já previamente definidos no contrato, além de correção monetária, juros e multa prevista por inadimplência.

O caso bem ilustra como o Brasil, apesar de ainda se demonstrar jovem em arbitragens envolvendo a administração pública, já deu provas de sua célere evolução no tratamento do tema,

¹¹ Neste sentido posiciona-se o Professor Claudio Finkelstein, em artigo publicado pela Revista Comercialista. V. 7, n. 17, ano 2017. p. 13.

apresentando-se efetivamente preparado, técnica e juridicamente, para lidar com arbitragens desta natureza, contribuindo, em última análise, para a sua inserção como agente econômico global, no atual cenário mundial de integração entre os Estados, oferecendo segurança jurídica, previsibilidade e estrutura adequada para aqueles que queiram se valer da já consagrada forma alternativa de resolução de controvérsias em território brasileiro.

Márcio Souza Guimarães

PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

CAPÍTULO 1

ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA ARBITRAGEM EM DIREITO PÚBLICO

CARLOS BLANCO DE MORAIS

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA



CARLOS BLANCO DE MORAIS

Licenciado, mestre e doutor em direito pela Universidade de Lisboa. Foi consultor principal para os assuntos constitucionais da Presidência da República. É professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa (FDUL), presidente do Departamento de Ciências Jurídico-Políticas e coordenador científico do Centro de Investigação de Direito Público, ambos da FDUL.

CARLOS BLANCO DE MORAIS

PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS DA ARBITRAGEM NECESSÁRIA EM PORTUGAL

Na ordem jurídica portuguesa, a arbitragem necessária envolve a obrigatoriedade de os litigantes submeterem o litígio não a tribunais estaduais, mas a instâncias arbitrais previamente constituídas para o efeito (arbitragem institucionalizada) ou a instâncias ad hoc, em que cada parte indica um árbitro, sendo o árbitro presidente em regra cooptado. Com esta via arbitral o Estado pretende e descongestionar os tribunais estaduais em relação a uma massa processual geradora de sobrecargas.

ADMISSIBILIDADE CONSTITUCIONAL

A admissibilidade da arbitragem necessária não é pacífica na doutrina. Alguns jus-privatistas criticam a sua existência que consideram uma intromissão excessiva do Estado na esfera das relações entre privados, e uma restrição à autonomia privada, inibida de solucionar um conflito com recurso aos tribunais estaduais ou a instâncias arbitrais voluntárias.

Outros autores, no universo do Direito Público, admitindo em tese a figura, advertiram que nos tribunais arbitrais necessários os litigantes “ficam impedidos de recorrer diretamente aos tribunais ordinários normalmente competentes, podendo pôr em

causa não apenas o acesso aos tribunais (...) mas o princípio da igualdade”.¹

A querela sobre a sua constitucionalidade foi, contudo, superada. A Constituição originária foi modificada de forma a incluir os tribunais arbitrais entre as diversas categorias de tribunais.² E o Tribunal Constitucional (TC) reconhece³ que a Constituição “não distingue, expressamente, entre tribunais arbitrais voluntários e tribunais arbitrais necessários”.

Outro problema distinto diz respeito a especiais garantias legais que devem rodear uma arbitragem que, por ser tornada obrigatória, comprime ou restringe os direitos dos cidadãos no acesso aos tribunais estaduais. E sobre a insuficiência dessas garantias o TC tem sido especialmente exigente seguindo a apreensões de Canotilho.

CRIAÇÃO LEGAL

O simples ato de criação de um tribunal arbitral necessário integra a reserva de lei parlamentar ou pode ser regido por decreto-lei não autorizado do governo? Atentando no teor literal da alínea p) do n° 1 do art. n° 165 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que integra a matéria de reserva parlamentar em matéria da organização judicial, nem o ato de “criação” de um tribunal (ordinário ou arbitral) figura no preceito constitucional, nem a noção de criação integra os conceitos de “organização” e “competência” dos tribunais, os quais respeitam à reserva parlamentar.⁴ A jurisprudência constitucional dividiu-se no início sobre a matéria em duas correntes: i) Teoria gradualista: o acórdão n° 33/87, o qual precisa que a reserva de lei parlamentar só opera quanto aos tribunais arbitrais necessários sempre que essa legislação afete a definição da competência dos tribunais

¹ Moreira, Gomes Canotilho-Vital. “Constituição da República Portuguesa”, Anotada, II, 2010, p. 551.

² N° 2 do art. n° 209.

³ Acórdão n° 52/92.

⁴ Como questão problemática vide Gomes Canotilho-Vital Moreira “Constituição (...)” op. cit, p. 322.

“(...) naquele nível ou grau em que ela entra na reserva parlamentar”. Admite o Tribunal, graus diferentes de afetação da competência parlamentar em que, alguns deles, de caráter menor, não invadem a reserva parlamentar; ii) Teoria expansiva: Em sentido diverso, acórdão nº 114/96, que entende que a submissão de litígio a via arbitral necessária integra sempre a reserva de lei parlamentar pois um tribunal arbitral comprime sempre a competência de um tribunal estadual.

O TC acabou sufragar segunda tese por um excesso de cautela. Mal quanto a nós.⁵ Existe uma diferença entre um decreto-lei do Governo não autorizado que imponha uma via arbitral necessária, o que parece admissível e um decreto-lei não autorizado que não só imponha essa via, mas determine também as normas de competência do tribunal arbitral bem como as regras de organização e processo, o que seria inconstitucional por invadir o núcleo da reserva de lei parlamentar sobre a organização dos tribunais.

RESTRIÇÃO DO RECURSO DE DECISÕES DAS ARBITRAIS NECESSÁRIAS PARA OS TRIBUNAIS ESTADUAIS

Aquando da criação do Tribunal Arbitral do desporto (TAD), o Presidente da República impugnou a lei correspondente junto do TC, pela circunstância de não prever recurso das decisões por ele proferidas para os tribunais estaduais.⁶ Ora, o TC, no acórdão nº 230/2013 considerou que “a imposição legal de uma jurisdição arbitral em litígios que relevam do exercício de poderes de autoridade com a proibição de acesso mediato a um tribunal estadual, reduz o nível de proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos”. A proibição de recurso para um tribunal estadual, viola o direito de acesso aos tribunais.⁷ Esse juízo surge reforçado quando, se reduzem as de imparcialidade

5 Morais, Carlos Blanco de. “Apontamento sobre a Submissão de Litígios à Arbitragem Necessária”. Newsletter CAAD, nº 1, 2013, pp. 12 e seg.

6 Por curiosidade, estivemos envolvidos nessas impugnações na qualidade de consultor para os assuntos constitucionais do Presidente da República.

7 N° 1 do art. nº 20 da CRP.

dos árbitros e se limita o poder de livre designação dos árbitros pelas partes. Aí não é possível pretender que uma instância arbitral ofereça a garantia de uma decisão equivalente à dos tribunais administrativos.

O Governo reformulou o diploma e passou a admitir recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo das decisões do TAD quando esteja em causa uma questão de relevância jurídica ou social fundamental. Uma vez mais o Presidente impugnou e o TC considerou as normas impugnadas de novo inválidas, na medida em que permitem o recurso para um tribunal estadual apenas em casos excepcionais, violando o direito de acesso aos tribunais e da tutela jurisdicional efetiva em articulação com o princípio da proporcionalidade. A arbitragem necessária exige acesso aos tribunais estaduais mediante um tipo de recurso adequado que assegure uma tutela plena de direitos.⁸ O caso da inconstitucionalidade do TAD serviu de precedente contra tentações de descongestionar os tribunais à custa de uma privatização forçada da função jurisdicional que crie desigualdades no acesso efetivo à justiça e em que a celeridade se processe à custa das garantias contenciosas dos cidadãos.

PRAZOS EXÍGUOS RESTRITIVOS DO ACESSO À JUSTIÇA E AOS TRIBUNAIS

Uma empresa titular da propriedade industrial patenteada de um medicamento de referência não interpôs, no prazo de 30 dias,⁹ uma ação de invocação da mesma propriedade contra uma empresa de medicamentos genéricos que tinha requerido a atribuição de autorizações de comercialização (AIM), ao Regulador de Medicamentos (Infarmed) para a produção e comercialização de genéricos contendo essa substância ativa.

A demandante recorreu ao TC e alegou que a inobservância de um prazo de caducidade muito curto e ligado à perda do direito de ação junto de qualquer tipo de jurisdição (arbitral ou judicial)

8 Cf. Medeiros, Rui. "Arbitragem Necessária e Constituição", Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra, 2015, pp. 1301 e seg.

9 N.º 1 do art. n.º 3 da lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro.

para a defesa do direito de propriedade patenteada geraria um direito real mutilado.

Criou-se a possibilidade de o titular da patente poder ser privado do direito exclusivo de explorar a sua propriedade e de se remunerar, legitimamente, em face do investimento feito na investigação e na produção do medicamento. Haveria desafeção parcial do gozo do direito de propriedade centrado num prazo exíguo, fora dos pressupostos da expropriação e da justa indemnização. A norma violaria, em síntese, o princípio da proporcionalidade mediante uma restrição injustificada aos direitos de acesso aos tribunais e de propriedade industrial.

O TC aceitou a argumentação no acórdão n° 123/2015 e no acórdão n° 200/2016. O mesmo Tribunal salientou que, ainda que a patente subsista, os seus efeitos, do ponto de vista da sua tutela face à entrada no mercado de medicamentos genéricos, ficariam ‘paralisados’ pela impossibilidade de reação jurisdicional após transcurso de um prazo exíguo. E esta não deixa igualmente de afrontar o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva para defesa dos direitos patenteados. Violar-se-ia uma tutela jurisdicional efetiva e, por essa via, o próprio direito de propriedade. Prazos arbitrários não serão admissíveis se deles decorrer desproteção contenciosa de direitos fundamentais.

PROIBIÇÃO DE INDEFESA

No acórdão n° 251/2017, a norma impugnada prende-se com a controversa inadmissibilidade de defesa por exceção pelas empresas de medicamentos genéricos perante o tribunal arbitral necessário, através da invocação da nulidade da patente do medicamento de referência.

A norma em crise determina que em arbitragem necessária se vede à parte defesa por exceção, mediante invocação da invalidade de Patente Europeia, com meros efeitos inter partes, mesmo quando não lhe reste outra possibilidade de defesa. É um tema em que a doutrina e jurisprudência estão divididas. No

caso em presença está em causa a específica dimensão do direito à tutela jurisdicional efetiva, designada por “proibição de indefesa”.

Este princípio tem sido caracterizado pelo TC como a proibição da “privação ou limitação do direito de defesa do particular perante os órgãos judiciais, junto dos quais se discutem questões que lhe dizem respeito”.¹⁰ No acórdão n.º 353/08, o mesmo Tribunal entendeu o contraditório o direito de ser ouvido em juízo, do qual retira uma proibição da limitação intolerável do direito de defesa do cidadão.

Um setor considera que não existe proibição de indefesa porque a empresa de genéricos, pese o facto de não poder invocar a nulidade de patente por exceção no TA pode, sempre, por via abstracta, requerer essa nulidade num tribunal especialmente competente, que é o Tribunal da Propriedade Industrial (TPI), que profere decisões com efeitos erga omnes. Ao invés, se o tribunal arbitral pudesse decidir a exceção inter partes e julgar a patente inválida, os genéricos seriam comercializados pela contraparte e as garantias de exploração plena da patente ficariam em causa.

Outro setor sustenta que a impossibilidade de defesa por exceção viola a proibição de indefesa, pois o tempo em que o TPI se pronunciaria seria muito elevado e as suas decisões de invalidade teriam eficácia ex tunc, ressalvando, contudo, os efeitos de decisões jurisdicionais transitadas em julgado.

O TC aderiu a este segundo entendimento. Para o TC, o recurso à ação de anulação da patente como única via de contestar a validade da patente pode deixar o requerente de AIM sem possibilidade de defesa contra uma patente inválida no âmbito de uma arbitragem. Tal significaria que estaria obrigado a interpor a ação de anulação ainda antes de ser eventualmente demandado numa ação arbitral, o que o coloca na situação de estar vinculado a uma defesa por antecipação.

10 Acórdão n.º 278/98.

A restrição seria segundo o TC adequada e talvez necessária, mas não teria justa medida. Seria excessivo forçar o requerente da AIM a ter que recorrer ao TPI - para ali requerer a declaração de invalidade de uma Patente, com efeitos erga omnes, quando pode apenas invocar a sua invalidade, inter partes, para efeitos exclusivos de se defender do pedido de condenação que lhe foi especificamente dirigido.

Esta decisão levanta dúvida contra a sua fundamentação, a qual contraria um acórdão do STJ.

1º A norma é adequada e necessária, mas soçobra num mero juízo incerto de ponderação que dá um excesso de discricionariedade ao juiz.

2º O TC prefere correr o risco de uma defesa por exceção proferida um tribunal arbitral, com menor taxa de imparcialidade que o TPI e deixar um genérico entrar no mercado contra uma patente válida, sacrificando o direito de propriedade, do que admitir a via de recurso ao TPI que torna o processo arbitral menos célere. Ao invés do TAD, a celeridade prevaleceu, aqui, sobre o direito de propriedade.

Só que na ponderação, feita o maior peso dado à solução da invalidade da proibição da defesa por exceção não convence. A ponderação exige evidência e não há um critério de evidência que fundamente a falta de garantias de defesa. Como admite o tribunal, a empresa de genérico pode recorrer ex ante ao TPI para invalidar a patente e pode requerer no TA a suspensão do processo até que o TPI se pronuncie sobre a validade. E ainda existe recurso final da decisão do TA. Há restrições à defesa, mas a sua desproporção não é evidente para sustentar a inconstitucionalidade da norma por violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

OBSERVAÇÕES FINAIS

A obrigatoriedade de os particulares submeterem certos litígios à arbitragem necessária visa descongestionar os tribunais estaduais e favorecer decisões céleres em matérias de relevo económico.

O carácter obrigatório da arbitragem tem levado o TC a exigir garantias especiais na proteção de direitos das partes. Salienta-se a reserva de lei de submissão da via arbitral e regime de arbitragem; a obrigatoriedade de recurso ordinário da decisão estadual com garantias plenas; tais como a proibição de requisitos processuais que limitam a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos (como prazos exíguos) e a proibição da defesa por exceção.

O Tribunal não é linear no balanceamento entre o peso do direito de propriedade e o imperativo de celeridade: nas decisões relativas ao TAD sacrificou a celeridade ao direito de acesso aos tribunais; já no caso do acórdão nº 251/2017 em matéria de medicamentos fez prevalecer a celeridade sobre o Direito de Propriedade.

Nuns casos faz prevalecer, nos medicamentos, o direito de propriedade sobre a iniciativa privada e noutros, a iniciativa privada¹¹ sobre a propriedade.¹²

A fundamentação do acórdão nº 251/2017 causa perplexidades sobre o emprego da ponderação, o qual exige evidência e esta não existe. Na Alemanha, com o esmaecimento da construção de Alexy na Justiça Constitucional, raros são os casos em que lei adequadas e necessárias caem na base de um simples juízo de ponderação.

11 Acórdão nº 123/2015.

12 Acórdão nº 251/2017.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

Licenciado em direito pela Escola de Direito do Porto, da Universidade Católica Portuguesa, mestre e doutor pela mesma instituição. É membro do Comitê de Peritos de Direito Administrativo do Conselho da Europa e membro eleito pela Assembleia da República do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Também é secretário da Associação Portuguesa de Direito do Urbanismo, consultor do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, membro do Conselho de Redação da revista *Cadernos de Justiça Administrativa*, professor convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A ARBITRAGEM DE DIREITO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL

Se é verdade que é, desde há muito, pacífico, no ordenamento jurídico português, o entendimento de que se podem constituir Tribunais Arbitrais para dirimir litígios de Direito Administrativo, até tempos muito recentes - mais precisamente, até a entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), em 1 de janeiro de 2004 -, a constituição de tais tribunais só era admitida para dirimir litígios respeitantes à interpretação, validade ou execução de contratos administrativos, ou à responsabilidade civil por danos causados pela Administração no âmbito da sua atividade de gestão pública,¹ desde que ficasse de fora a emissão de pronúncias sobre questões de legalidade de atos administrativos, ainda que praticados no âmbito de relações contratuais.²

1 Cfr. CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo, vol. II, 10. ed. (reimpressão), Coimbra, 1986, pp. 1285-1286; CORREIA, Sérvulo. "A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos", in Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, 1994, pp. 233 segs.

2 Na verdade, o domínio do exercício de poderes de definição jurídica unilateral da Administração era tradicionalmente subtraído à arbitragem, entendendo-se que a fiscalização da legalidade dos atos de autoridade da Administração era uma prerrogativa reservada aos tribunais estaduais, a quem deveria pertencer, em regime de monopólio, o poder de proceder à anulação dos atos administrativos ilegais. Por conseguinte, mesmo a doutrina mais aberta, embora admitisse que a invalidade desses atos pudesse ser incidentalmente verificada, para efeitos indenizatórios, pelo tribunal arbitral, excluía que esse tribunal a pudesse reconhecer e declarar. A título principal: cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo, vol. II, 1. ed., Coimbra, 2001, pp. 656-657; CORREIA, Sérvulo. op. cit., p. 233; CAUPERS, João. "A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares", Cadernos de Justiça Administrativa, n. 18, pp. 5-6.

O pressuposto da solução radicava no clássico entendimento de Marcello Caetano, segundo o qual o contencioso administrativo compreenderia duas dimensões: o contencioso administrativo por natureza, que tinha por objeto a fiscalização da legalidade dos atos de autoridade da Administração e, por essa razão, não podia deixar de estar reservado à competência dos Tribunais Administrativos, e o contencioso administrativo por atribuição, que tinha por objeto os litígios respeitantes aos contratos e à responsabilidade civil extracontratual da Administração que não envolvessem a fiscalização da legalidade de atos de autoridade da Administração, cuja submissão à jurisdição dos Tribunais Administrativos já não resultaria da natureza das coisas, mas dependeria de uma opção contingente do legislador.

Era com base nessa contraposição que, durante o Estado Novo, estabelecia-se entre nós, no seio do contencioso administrativo, a contraposição entre o recurso contencioso e o chamado contencioso das ações sobre contratos e responsabilidade civil extracontratual da Administração, nos termos da qual o recurso contencioso era o meio processual que tinha por objeto a fiscalização da legalidade dos atos de autoridade da Administração e, por isso, obedecia a modelos de tramitação regulados por normas próprias do contencioso administrativo, ao passo que as ações relativas aos litígios respeitantes aos contratos e à responsabilidade civil extracontratual da Administração que não envolviam a fiscalização da legalidade de atos de autoridade da Administração eram qualificadas como “ações”, porque seguiam a tramitação do processo declarativo comum regulado no Código de Processo Civil. Foi à luz desta contraposição que, ainda no CPTA, na sua redação originária, procedeu-se à divisão em dois grandes ramos das formas do processo administrativo: a ação administrativa especial, sucessora do recurso contencioso, e a ação administrativa comum, sucessora do contencioso das ações.

Ora, só a essa luz se compreendia que, ao contrário do que sucedia no Direito francês e, de um modo geral, nos outros ordenamentos jurídicos dotados de um Direito Administrativo de matriz francesa, entre nós se aceitasse pacificamente, durante o Estado Novo,

a possibilidade de arbitragem sobre litígios respeitantes aos contratos e à responsabilidade civil extracontratual da Administração, sem a imposição de condicionalismos de qualquer espécie. Como esses litígios não versavam sobre o núcleo duro do Direito Administrativo, respeitante ao exercício do Poder pela Administração, que estava retirado da disponibilidade desta, entendia-se que não se colocavam, em relação a eles, quaisquer exigências que os diferenciasses de puros litígios de direito privado: como pertenciam a um domínio de livre disponibilidade da Administração, que só por opção contingente do legislador estava atribuído à competência dos Tribunais Administrativos, não repugnava que a Administração pudesse submeter livremente esses litígios ao julgamento de árbitros e que estes pudessem dirimir esses litígios com o mesmo enquadramento com que o fariam em relação a litígios de direito privado: com a confidencialidade própria da arbitragem de negócios, podendo decidir segundo a equidade e tramitar o processo segundo regras a estabelecer sem restrições ou condicionalismos, contando, se necessário, com a aplicação subsidiária do processo civil.

A evocação, nesse contexto, desse dado só aparentemente histórico – porque, a nosso ver, recheado de implicações, no momento presente, para o objeto desta análise – foi-nos suscitada pela recente leitura de um conseguido texto doutrinal, em que se procede a uma síntese do atual estado da discussão sobre a arbitragem de Direito Administrativo no ordenamento jurídico francês.³ Cumpre notar que, no Direito francês, nunca se estabeleceu qualquer contraposição entre contencioso administrativo por natureza e contencioso administrativo por atribuição – pelo contrário: sempre se entendeu que a apreciação dos litígios sobre atos de gestão pública da Administração fosse no domínio dos contratos administrativos, como da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, estando reservada, por direito próprio, à competência dos Tribunais Administrativos, no âmbito de processos cuja tramitação devia ser objeto de regras próprias.

3 () Referimo-nos ao texto de Philippe Yolka, “Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs”, inserido na obra coletiva de GONOD, Pascal; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe. *Traité de Droit Administratif*, tomo 2, Paris, 2011, pp. 608 segs.

É nesse contexto que se inscreve o referido texto, que, como foi dito, sintetiza o atual estado da discussão sobre a arbitragem administrativa, do qual nos permitimos transcrever um excerto.

Diz-se, na verdade, nesse texto, que, no que toca aos atos de gestão pública (principalmente, o contencioso dos contratos), há três posições. Numa primeira abordagem (a dos especialistas da arbitragem, reunidos no seio do comité francês da arbitragem), a abertura à Administração não deve em nenhum caso ser acompanhada de regras específicas, sob pena de desnaturar o direito da arbitragem [...] Numa segunda perspectiva, o direito comum da arbitragem deve intervir nas suas grandes linhas; no entanto, certas disposições merecem ser afastadas, porque não são aplicáveis tais quais (a título de exemplo, aquela que prevê a competência do presidente do tribunal de grande instância como juiz de apoio: art. 1459 C. pr. civ.). Numa terceira óptica, a proteção das pessoas públicas e dos interesses gerais que elas têm a cargo justifica a criação de um regime ad hoc, de uma autêntica arbitragem administrativa separada do direito ordinário da arbitragem (no que diz respeito às regras tanto materiais como processuais).

O autor retira desse estado de coisas a seguinte conclusão, que nos parece muito significativa: “Assim parece ressurgir uma problemática de um grande classicismo, sobre o fundo da autonomia ou heteronomia do direito administrativo: aquela que reenvia à dialética entre adoção e adaptação dos instrumentos do direito privado”.⁴ Esse ponto merece ser devidamente assinalado, porque se reveste, a nosso ver, de crucial importância para o objeto da presente análise.

Com efeito, é referido no texto em referência que os ditos “especialistas da arbitragem, reunidos no seio do comité francês da arbitragem”, defendem a ideia de que “a arbitragem escapa à dualidade público/privado”. Não haveria, assim, arbitragem de direito privado, nem arbitragem de direito público, mas apenas arbitragem – e daí a perspectiva de que a arbitragem que envolvesse a Administração “não deve[ria] em nenhum caso ser acm-

4 Cfr. YOLKA, Philippe. op. cit., pp. 621-622.

panhada de regras específicas, sob pena de desnaturar o direito da arbitragem”.

Cumprе reconhecer que esse entendimento radical hoje se encontra liminarmente afastado no ordenamento jurídico português, como evidenciam os regimes que, por um lado, o CPTA estabelece, para a arbitragem de Direito Administrativo, nos artigos 180º e seguintes, e, pelo outro, o decreto-lei nº 10/2011, de 20 de janeiro, estabelece para a arbitragem de Direito Tributário.

No que diz respeito à arbitragem de Direito Administrativo, que aqui nos ocupa, parece poder, assim, dizer-se que hoje prevalece, entre nós, o segundo dos entendimentos que, no referido texto, é identificado no Direito francês: o entendimento intermédio, segundo o qual o direito comum da arbitragem é aplicável “nas suas grandes linhas” à arbitragem de Direito Administrativo, sem prejuízo a algumas das suas disposições deverem ser afastadas. Assim, o CPTA começou logo, na sua redação originária, por consagrar a competência dos Tribunais Centrais Administrativos, e não dos Tribunais da Relação, para as impugnações e os recursos das decisões arbitrais de Direito Administrativo – solução hoje, aliás, incorporada no artigo 59º da própria Lei de Arbitragem Voluntária (LAV).

A recente revisão do CPTA veio, entretanto, a alargar o âmbito das disposições que, naquele diploma, disciplinam, de modo específico, a arbitragem de Direito Administrativo, procurando dar resposta a exigências próprias que, nesse domínio, de modo particular, colocam-se, designadamente no que diz respeito ao afastamento do julgamento segundo a equidade dos litígios sobre questões de legalidade e à imposição da obrigatoriedade da publicidade das decisões (cfr. artigos 185º, nº 2, e 185º-B do CPTA).⁵ À medida, no entanto, que mais passos são dados no sentido do reconhecimento da necessidade de soluções normativas específicas para a arbitragem de Direito Administrativo, mais se vai, a

5 Sobre as implicações da revisão do CPTA nesta matéria, cfr., por todos, QUADROS, Fausto de. “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, e ALMEIDA, Mário Aroso de. “Arbitragem e Tribunais Administrativos”, ambos publicados na Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação n.º 7 (2014), a pp. 7 e segs. e 47 segs., respetivamente.

nosso ver, tornando claro que é necessário dar novos passos: os passos necessários para se chegar à consagração de um regime próprio, que, tal como já sucede com a arbitragem de Direito Tributário, proceda a um enquadramento normativo devidamente estruturado, em todos os seus aspetos, da arbitragem de Direito Administrativo.⁶

Regressando ao panorama traçado de início da arbitragem de Direito Administrativo, tal como ela era entendida e praticada durante o Estado Novo, importa sublinhar que o que, entretanto, mudou não foi só o alargamento do âmbito da arbitrabilidade aos litígios sobre atos de autoridade da Administração – muito mais do que isso: foi o reconhecimento de que, no âmbito do Direito Administrativo, não há que distinguir entre domínios de primeira e domínios de segunda, de maior e menor vinculação aos princípios do direito público, de disponibilidade e indisponibilidade por parte da Administração: os litígios sobre contratos administrativos são litígios de Direito Administrativo como quaisquer outros, conformados por regras e princípios de Direito Administrativo, que nada justifica ou legitima que sejam assimilados, para qualquer efeito, aos litígios de direito privado.⁷ Como foi atrás assinado, joga-se, na verdade, neste plano a questão da autonomia do Direito Administrativo e das razões que a justificam e sustentam. Essas razões prendem-se, como é sabido, à relevância pública das matérias sobre que versa esse ramo do Direito: numa síntese muito simplificadora, ao interesse público de que se reveste a gestão de recursos públicos para a satisfação de necessidades públicas. Isso se coloca em todos os domínios do Direito Administrativo, a começar pelo domínio dos contratos administrativos, cujo regime tem vindo, aliás, a evoluir entre nós, ao longo dos últimos anos, num sentido de cada vez maior acentuação dos traços de direito

6 Para a circunstanciada exposição desta posição, cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*, 3. ed., Coimbra, 2017, pp. 525 segs.; “Apresentação” in GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (coord.). *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, 2015, pp. 9 segs.; e “Arbitragem de Direito Administrativo: que lições retirar do CPTA?”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (coord.). *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2018, pp. 13 segs.

7 Para mais desenvolvimentos, cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, 2012, pp. 12 segs.

público que o caracterizam.⁸ Ora, sucede que, a exemplo do que se passa em muitos outros países, não só na Europa, mas também um pouco por todo o mundo, os litígios que, no plano do direito substantivo, estão submetidos ao Direito Administrativo também estão submetidos, no nosso ordenamento jurídico, a uma jurisdição específica, dotada de um corpo de juízes imbuídos da racionalidade própria que lhes advém da especialização nesse ramo do direito e regida, no plano processual, por um corpo de regras também dotadas de uma racionalidade própria, decorrente das especificidades que envolvem a aplicação do Direito Administrativo.

Ora, não é por acaso que, em praticamente todos os ordenamentos jurídicos dotados de um Direito Administrativo de matriz francesa, a autonomia desse ramo é acompanhada da existência de um corpo de juízes especializados na sua aplicação e da consequente autonomia de um corpo próprio de regras disciplinadoras dos correspondentes processos. A História evidencia a relevância que a autonomização do contencioso administrativo assumiu no processo de formação do próprio Direito Administrativo.⁹

No texto doutrinal francês a que atrás nos referimos, é assinalado, de modo pertinente, o quanto é falacioso “o postulado, um tanto ingénuo, de uma neutralidade das técnicas processuais sobre o direito material aplicável”. O autor acrescenta:

"Todo o empreendimento de extensão da arbitragem ao sector administrativo assenta no credo de que a operação seria neutra, quanto às regras de fundo. Ora, a ideia de que a arbitragem não afetaria a aplicação do direito administrativo é menos evidente do que parece: a importação de um mecanismo que releva, culturalmente, do comércio privado, traz consigo um efeito de arrastamento e um potencial de privatização da regra de direito. A privatização dos processos traz consigo - quer se queira quer não

⁸ Sobre este ponto, cfr., por último, ALMEIDA, Mário Aroso de. O problema do contrato administrativo, Coimbra, 2018, pp. 29-31.

⁹ Cfr., por todos, AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo, vol. I, 4. ed., Coimbra, 2015, pp. 142 segs.

- a do direito aplicável.¹⁰ Na verdade, são evidentes os riscos que envolve a atribuição da incumbência de dirimir litígios de Direito Administrativo a árbitros que podem não ser - e frequentemente não são - especialistas em Direito Administrativo; não estão, por definição, integrados, como os juízes administrativos, num corpo estruturado, imbuído de uma racionalidade própria; não contam com uma jurisprudência arbitral devidamente publicitada e acessível que lhes forneça referências quanto à orientação seguida na apreciação de casos análogos e proferem decisões tendencialmente irrecorríveis. O primeiro desses riscos é o de esses árbitros, em domínios com evidente afinidade com o Direito privado, como o dos contratos administrativos, não decidirem os litígios que são chamados a julgar na escrupulosa observância das normas e dos princípios que, nessa matéria, diferenciam o Direito Administrativo do direito privado."

A nosso ver, a substituição dos tribunais estaduais por Tribunais Arbitrais para a resolução jurisdicional de litígios de Direito Administrativo só deve ser admitida, numa ordem jurídico-constitucional como a nossa, no pressuposto de que esses Tribunais Arbitrais são Tribunais Administrativos Arbitrais, isto é, Tribunais Arbitrais especializados na aplicação do Direito Administrativo, que procedem a essa aplicação em condições paralelas àquelas em que, no seu lugar, procederiam os Tribunais Administrativos estaduais.¹¹ A questão não se coloca, a nosso ver, apenas nos novos domínios em que a arbitragem de Direito Administrativo se estende à fiscalização da legalidade de atos de autoridade da Administração, mas também em domínios como o dos contratos administrativos - cuja arbitragem, aliás, não se cinge à apreciação de questões de interpretação, invalidade e execução dos contratos, mas também aos cada vez mais frequentes atos administrativos conformadores

10 Cfr. YOLKA, Philippe. op. cit., p. 623.

11 É, na verdade, nessa perspectiva que, no plano constitucional, parece-nos dever ser conjugada a previsão da possibilidade da existência de Tribunais Arbitrais (artigo 209º, nº 2) com a reserva de jurisdição atribuída aos Tribunais Administrativos e fiscais para dirimir os litígios de natureza administrativa e fiscal (art. 212º, nº 3), para o efeito de se dever entender que "tribunais administrativos, em Portugal, não são, pois, apenas os tribunais permanentes do Estado, como tais previstos na lei, mas são também os tribunais (administrativos) arbitrais que venham a ser constituídos para dirimir litígios jurídico-administrativos". cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. Manual de Processo Administrativo, pp. 510-511.

da relação contratual.¹² Como foi referido, a recente revisão do CPTA já se orientou, ainda que em escassa medida, no sentido de acentuar a administratividade da arbitragem de Direito Administrativo, ao afastar a possibilidade do julgamento segundo a equidade dos litígios sobre questões de legalidade e impor a obrigatoriedade da publicidade das decisões arbitrais de Direito Administrativo. Como, no entanto, temos vindo a assinalar, esse foi só, ainda, um pequeno passo, afigurando-se necessário avançar para a consagração de um regime próprio que proceda, como foi dito anteriormente, a um enquadramento normativo devidamente estruturado, em todos os seus aspetos, da arbitragem de Direito Administrativo.

Em nossa opinião, esse regime pode, em grande medida, inspirar-se naquele que o decreto-lei nº 10/2011 estabelece para a arbitragem de Direito Tributário. Sem prejuízo de poderem ser consagradas soluções diferentes em alguns aspetos, esse diploma cobre, em todo o caso, os principais aspetos de regime que, a nosso ver, carecem de ser regulados.

Em primeiro lugar, a consagração da regra de que a arbitragem de Direito Administrativo só pode ter lugar no âmbito de centros de arbitragem institucionalizada. O desafortunado art. 476º do Código dos Contratos Públicos consagrou um conjunto de soluções alegadamente dirigidas a promover a resolução alternativa de litígios de Direito Administrativo em matéria contratual e pré-contratual, com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados.¹³ Trata-se, no entanto, de um regime, a nosso ver, inconsistente, porque não coloca a questão nos termos em que nos parece que ela deveria ser colocada: com efeito, o recurso à arbitragem institucionalizada para dirimir litígios de Direito Administrativo não deve, quanto a nós, depender da adequação para

¹² Sobre esse ponto, cfr., por todos, ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 5. ed., Coimbra, 2018, pp. 481 segs., com indicação de outras referências.

¹³ Sobre o regime em causa e suas motivações, vejam-se, entre tantos outros surgidos, os textos publicados no nº 3 da brochura de Arbitragem Administrativa do CAAD, de 2017, em grande medida dedicada ao tema, que inclui um texto do Secretário de Estado das Infraestruturas, Guilherme Waldemar de Oliveira Martins, responsável político pela solução, assim como os textos publicados na já citada obra coletiva coordenada por GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo. *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2018, pp. 217 segs.

o efeito das regras que os próprios centros de arbitragem tiverem estabelecido segundo os seus próprios critérios, mas deve ser o legislador a conformar essas regras, de modo a assegurar que o recurso à arbitragem institucionalizada é possível e efetivo.

Como foi dito, o nosso entendimento é o de que deve ser consagrada a regra de que a arbitragem de Direito Administrativo só pode ter lugar no âmbito de centros de arbitragem institucionalizada e de que a resolução de litígios de Direito Administrativo deve poder estar ao acesso de qualquer centro de arbitragem institucionalizado que se proponha realizá-la. No entanto, a certificação para o efeito de qualquer centro deve depender do preenchimento de um conjunto de requisitos que permitam assegurar não só as condições de representatividade e idoneidade impostas pela lei geral, mas também o preenchimento de exigências específicas de outra natureza, designadamente de especialização, experiência e competência técnica dos árbitros a integrarem as listas. A garantia do preenchimento desse tipo de exigência há de pressupor, entretanto, a instituição de mecanismos de acompanhamento e controle permanente dessa dimensão do funcionamento dos centros, a cargo de uma estrutura reguladora independente do Governo.¹⁴ Por outro lado, o legislador deve, a nosso ver, consagrar um regime normativo conformador da arbitragem de Direito Administrativo a desenvolver nesses centros, que, desse modo, deve ficar subtraído à disponibilidade dos próprios centros. Tal como sucede com o regime legal disciplinador da arbitragem de Direito Tributário, esse regime deve regular o estatuto dos árbitros, definindo os requisitos de que deve depender a sua designação e os impedimentos e deveres a que eles devem estar sujeitos,¹⁵ além de dever conter um conjunto de normas sobre o processo arbitral, assim como sobre a decisão arbitral e as formas de impugnação e de recurso às quais ela pode ser submetida.

14 Nessa mesma linha que temos vindo a defender, cfr. PEDRO, Ricardo. "Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?", in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (coord.). *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2018, pp. 40 segs.

15 Cfr., a propósito, PEDRO, Ricardo. "Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de Direito Administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efetividade e as dúvidas...", in *Estudos jurídicos em comemoração do centenário da AAFDL*, vol. I, Lisboa, 2018, pp. 133-135.

O tema da impugnação das decisões arbitrais de Direito Administrativo tem merecido particular atenção da doutrina,¹⁶ afigurando-se hoje clara a insuficiência da remissão que, nessa matéria, o art. 185º-A do CPTA se limita a fazer para a LAV. Carece, por isso, de ser objeto de regulação própria, que, a nosso ver, deveria consagrar:

a) a possibilidade da dedução de pedidos de anulação das decisões arbitrais, nos termos gerais previstos no artigo 46º da LAV;

b) a possibilidade da interposição de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem normas cuja constitucionalidade tenha sido suscitada no processo, a exemplo do previsto no artigo 25º, nº 1, do decreto-lei nº 10/2011, para a arbitragem de Direito Tributário;

c) a possibilidade da interposição de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo com fundamento em oposição, com o mesmo fundamento de direito, com acórdão proferido por um Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo, a exemplo do previsto no art. 25º, nº 2, do decreto-lei nº 10/2011, para a arbitragem de Direito Tributário;

d) a possibilidade da interposição de recurso de apelação para o Tribunal Central Administrativo competente, no caso de as partes terem previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem, tal como previsto no art. 39º, nº 4, da LAV.

Também tem vindo, entretanto, a ser reconhecida a insuficiência da remissão genérica, que, no que diz respeito à constituição e ao funcionamento dos Tribunais Arbitrais, o nº 1 do art. 181º do CPTA faz para a LAV.¹⁷ Desde logo, no que se prende ao regi-

16 Sobre o tema, cfr., por todos, PEDRO, Ricardo. "Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de Direito Administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efetividade e as dúvidas...", pp. 139-141; RAMOS, Vasco Moura. "Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?", na mesma obra, as pp. 195 segs., e "Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de atos administrativos", in GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (coord.), Arbitragem e Direito Público, Lisboa, 2015, pp. 239 segs.

17 Cfr., por todos, PEDRO, Ricardo. "Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de Direito Administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efetividade e as dúvidas...", pp. 133 segs.; RAMOS, Vasco Moura. "Algumas considerações sobre a arbitragem de

me aplicável à decisão arbitral – como já foi referido, o art. 185º-B do CPTA passou a consagrar, com a revisão de 2015, a regra da publicidade das decisões arbitrais de Direito Administrativo. No entanto, esse regime ainda não foi devidamente implementado pelo Ministério da Justiça. Afigurar-se-ia, entretanto, equacionar a consagração da regra de que os efeitos das decisões arbitrais de Direito Administrativo ficassem condicionados à publicação das decisões na base de dados prevista no referido art. 185º-B, assegurando ao sistema a informação da data da sua publicação, a partir da qual se iniciaria o prazo para o respetivo trânsito em julgado, obviamente depois de assegurada a notificação às partes.¹⁸

Falta, por outro lado, a consagração de uma regra que imponha, em termos absolutos, o dever de fundamentação das decisões arbitrais de Direito Administrativo, afastando a possibilidade de as partes dispensarem essa exigência, que é admitida pelo nº 3 do art. 42º da LAV.¹⁹ Também falta estender a regra da publicidade às audiências e ao processo em geral, como, a nosso ver, impõe-se no processo administrativo.

Uma palavra deve ser dita, entretanto, a propósito do regime aplicável ao processo arbitral propriamente dito.

No domínio da arbitragem de Direito Tributário, o decreto-lei nº 10/2011 estabelece, no art. 29º, que são de aplicação subsidiária ao processo arbitral tributário, de acordo com a natureza dos casos omissos, as normas de natureza procedimental ou processual dos códigos e das demais normas tributárias, as normas sobre organização e funcionamento da administração tributária, as normas sobre organização e processo nos Tribunais Administrativos e Tributários, o Código do Procedimento Administrativo e o Cód-

litígios respeitantes à validade de atos administrativos”, pp. 281 segs.

18 Sugestão avançada por NEVES, Paulo Dias. “Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (coord.), *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2018, p. 127.

19 Cfr., a propósito, CORREIA, Sérvulo. “A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo”, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, 2014, p. 718; PEDRO, Ricardo. “Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de Direito Administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efetividade e as dúvidas...”, pp. 135-136.

go de Processo Civil.

Pela nossa parte, não vemos inconveniente em que o regime disciplinador da arbitragem de Direito Administrativo assuma, em primeira linha, a aplicabilidade da LAV. A regra deve ser, pois, à partida, aquela que se encontra consagrada no n.º 3 do art. 30.º da LAV: o tribunal arbitral deve poder “conduzir a arbitragem do modo que considerar adequado, definindo as regras processuais que entender adequadas”. Contudo, num sentido mais incisivo do que aquele que resulta desse preceito, faz sentido que se consagre a regra de que, no preenchimento de eventuais lacunas, a aplicação da lei processual administrativa prevaleça sobre a do processo civil. Caberá, entretanto, ao referido regime consagrar as regras de carácter imperativo que o legislador considere que, pela sua relevância pública, devem sobrepor-se à liberdade de conformação processual dos árbitros.

Estes dois aspetos revestem-se de grande importância, na medida em que devem ser, a nosso ver, assumido que, tal como os processos administrativos que correm termos nos tribunais estaduais, também os processos arbitrais de Direito Administrativo são processos administrativos, em relação aos quais se colocam as mesmas necessidades que justificam as particularidades em que o regime processual administrativo se diferencia do regime processual civil.²⁰

Uma questão que, a esse propósito, tem vindo a ser crescentemente colocada na doutrina é a do papel a desempenhar nesse contexto pelo Ministério Público,²¹ com reflexo em recente anteprojeto de alteração do CPTA, que foi submetido a discussão pública.

20 () Assinalando devidamente este ponto, cfr. RAMOS, Vasco Moura. “Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de atos administrativos”, pp. 281 segs.

21 () Sobre o tema, cfr., por todos, PEDRO, Ricardo. “Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de Direito Administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efetividade e as dúvidas...”, pp. 136 segs.; NEVES, Paulo Dias. “Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público”, pp. 105 segs.; RAMOS, Vasco Moura. “Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de atos administrativos”, pp. 270 segs.

Como o Ministério Público só tem representação nos tribunais estaduais, e não nos Tribunais Arbitrais, pode pensar-se, de um modo um tanto simplista, que o Ministério Público não pode, por definição, desempenhar qualquer papel no domínio da arbitragem. Essa solução resolve, no entanto, com um argumento meramente formal, de natureza organizatória, uma questão de natureza substantiva: saber se os valores que estão subjacentes às soluções normativas que conferem um relevante papel ao Ministério Público no âmbito dos processos que correm termos nos Tribunais Administrativos estaduais não exigem que ele desempenhe papel de idêntica natureza nos Tribunais Administrativos Arbitrais – por outro lado, partindo, indevidamente, do paradigma da arbitragem ad hoc.²² Com efeito, a institucionalização da arbitragem administrativa possibilita a institucionalização de mecanismos de representação do Ministério Público nos centros de arbitragem, em moldes compatíveis com o exercício das funções que lhes correspondem nos tribunais estaduais.²³ A questão coloca-se em dois planos: no plano da possibilidade de intervenção do Ministério Público no decurso dos processos em que não é parte, prevista no art. 85º do CPTA, e no da possibilidade que ao Ministério Público é reconhecida pelo nº 1 do art. 141º do CPTA, de interpor recurso ordinário das decisões jurisdicionais proferidas nos processos em que não é parte, com fundamento na violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais.

A nosso ver, em qualquer desses planos, pode ser assegurado, em relação aos processos arbitrais, o exercício, pelo Ministério Público, dos mesmos poderes que lhe correspondem em relação aos processos que correm termos nos tribunais estaduais. Na medida em que a institucionalização da arbitragem de Direito Administrativo possibilite, como foi dito, a representação do Ministério Público junto dos centros de arbitragem, será possível estender o regime do art. 85º do CPTA à arbitragem de Direito Administrativo, sem as dificuldades operacionais que, de outro modo, se colocariam.

22 () Cfr. as referências a respeito em NEVES, Paulo Dias. "Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público", pp. 108-109.

23 () Nesta linha, cfr. PEDRO, Ricardo. "Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?", pp. 31-32.

Por outro lado, deve ser, em nossa opinião, reconhecida legitimidade ao Ministério Público para interpor recurso:

- a) para o Tribunal Constitucional, das decisões arbitrais que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem normas cuja constitucionalidade tenha sido suscitada no processo, assim como para interpor recurso;
- b) para o Supremo Tribunal Administrativo, de quaisquer decisões arbitrais, com fundamento em oposição, com o mesmo fundamento de direito, com acórdão proferido por um Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo;
- c) para o Tribunal Central Administrativo, das decisões arbitrais que sejam contrárias à ordem pública ou impliquem violação de lei expressa.

Para o efeito, deverá ser, assim, determinado que as decisões arbitrais que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem normas cuja constitucionalidade tenha sido suscitada no processo sejam notificadas ao representante do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional, bem como que todas as decisões arbitrais de Direito Administrativo sejam notificadas ao representante do Ministério Público junto do Tribunal Central Administrativo do local em que se situa a sede da arbitragem – ou, em alternativa, no caso de ser assegurada a representação do Ministério Público junto dos próprios centros de arbitragem, nos termos atrás sugeridos, ao representante do Ministério Público junto do centro de arbitragem no âmbito do qual a decisão arbitral foi proferida.

CAPÍTULO 2

NOVAS FRONTEIRAS DA ARBITRAGEM EM DIREITO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL E NO BRASIL

LUÍSA FERNANDES

SELMA LEMES

CARLOS FORBES E RAQUEL MARANGON

EDUARDO TALAMINI

NUNO PEREIRA ANDRÉ



LUÍSA FERNANDES

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Lisboa. Atualmente, trabalha na Secretaria Geral do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil e é diretora de relações internacionais do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo.

LUÍSA FERNANDES

AVANÇOS E DESAFIOS DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A VISÃO COMPARATIVA PORTUGAL-BRASIL

Me proponho a fazer, ao longo deste artigo, uma reflexão sobre as novas fronteiras e desafios que a Arbitragem Administrativa enfrenta, numa perspectiva comparada, em Portugal e no Brasil. Traçar um panorama comparativo sobre o instituto de Arbitragem Administrativa nos dois países é fundamental para melhor entender e equacionar a evolução do fenómeno em si mesmo junto da comunidade arbitral lusófona. Os paradigmas de Arbitragem Administrativa não podem ser compreendidos de forma isolada, mas sim de forma progressivamente globalizada. Torna-se, assim, necessário abrir o diálogo transnacional que permita a oportunidade de auscultar e exportar técnicas e procedimentos jurídicos que ajudarão a pensar melhor a utilidade e eficiência do instituto da Arbitragem Administrativa.

A Arbitragem Administrativa é hoje uma realidade em Portugal e no Brasil, não apenas pelo avanço legislativo e doutrinário vivido em cada um dos países, como também pela superação da inicial resistência da doutrina no emprego da arbitragem na resolução de controvérsias administrativas. A Arbitragem Administrativa responde atualmente a um Direito Administrativo globalizado.

O crescente uso da Arbitragem nos dois países demonstra, de forma inequívoca, a credibilidade e segurança jurídica alcançadas com o amadurecimento do instituto.

A Arbitragem Administrativa constitui um mecanismo de resolução de conflitos administrativos mais célere, ágil, eficiente, com menor custo que, por sua vez, incentiva e dinamiza o investimento privado, fomentando uma maior concorrência na contratação pública.

Ao longo de vários anos, ela foi vista com alguma hesitação e resistência atualmente superadas graças a uma mudança de paradigma que conta com uma Administração Pública inovadora, muito mais cooperante com o setor privado e focada em uma gestão mais eficiente, econômica e célere.

Em ambos os países se reconhece um admirável caminho progressivo da Arbitragem Administrativa, ainda que, a meu ver, a duas velocidades. Cada um dos países vive um momento distinto nessa caminhada.

PORTUGAL

Nos últimos anos, Portugal, um dos países de tradição romano-germânica mais favoráveis à arbitrabilidade de contendas com a Administração Pública,¹ tem sido reconhecido, pela comunidade arbitral internacional, como um verdadeiro case study em matéria de Arbitragem Administrativa e Tributária, servindo de modelo de inspiração a várias jurisdições. Portugal é hoje um dos poucos países do mundo a permitir que disputas laborais (contra o Estado) e tributárias sejam dirimidas em tribunais arbitrais.² O Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) está autorizado, desde 2009, a dirimir conflitos relativos a empregos e contratos públicos e, desde 2011, a resolver contendas fiscais.³

1 Accioly, João Pedro. "Arbitragem e Administração Pública: um panorama global". Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-Universidade De São Paulo - USP. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/viewFile/138002/137640> > Acessado em 11 jul. 2018.

2 Figueiras, Cláudia Sofia Melo. Decreto-Lei n° 10, de 20 de janeiro de 2011. Em sede doutrinária, 2013, pp. 81-102. Figueiras, Cláudia Sofia Melo. "Arbitragem: a descoberta de um novo paradigma de justiça tributária?". Fonseca, Isabel Celeste (Coord). "A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios", 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 81-102.

3 Disponível em: < <https://www.caad.org.pt/caad/estatutos> >

A Constituição da República Portuguesa (CRP/76) previu expressamente no seu art. n° 209 n° 2 a instituição de Tribunais Arbitrais.⁴

O legislador administrativo português caminhou no sentido de uma mudança de paradigma, tendo sido reconhecido o caráter inovador da legislação portuguesa em matéria de Arbitragem Administrativa ao passar a admitir, em 2002, a arbitrabilidade de atos administrativos (ainda que, nesse momento, fosse vedada aos Tribunais Arbitrais a apreciação da validade dos mesmos).⁵ Posteriormente, em 2015, a Reforma do Código de Procedimento dos Tribunais Administrativos (CPTA) trouxe alterações relevantes no âmbito da extensão da arbitrabilidade das relações jurídico-administrativas,⁶ passando desde então a se admitir a arbitrabilidade da validade dos atos administrativos, porém sendo vedada a possibilidade do Tribunal Arbitral apreciar a conveniência e a oportunidade dos mesmos.

Com efeito, foram vários os fenômenos financeiros recentes em Portugal que contribuíram igualmente para ampliar o âmbito da arbitrabilidade administrativa. Por um lado, a abertura do setor público à colaboração do setor privado na realização de obra pública e na prestação de serviços públicos e, por outro lado, a intervenção das entidades financiadoras de projetos.⁷

Contudo, superados vários dogmas do passado e depois de alcançada a maturidade do instituto, a Arbitragem Administrativa em Portugal, atualmente reconhecida como pioneira e inovadora, enfrenta, agora, novos desafios propostos pelas recentes inova-

4 Cf. art. n° 209, n° 2 CRP/76: 2. "Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz".

5 Barrocas, Manuel. Notas sobre a Arbitragem Administrativa no Direito Português. Outubro, 2017.

6 Observe-se a nova redação do art. n° 180, do CPTA: "1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional".

7 Barrocas, Manuel. Notas sobre a Arbitragem Administrativa no Direito Português. Outubro, 2017.

ções legislativas trazidas pelo novo Código de Contratação Pública (CCP), as quais vieram introduzir novas reflexões e suscitar inquietudes no procedimento arbitral administrativo.

A revisão do CCP pretendeu transpor Diretivas Comunitárias,⁸ simplificando, flexibilizando e aperfeiçoando as regras da contratação pública de modo a assegurar transparência e eficiência da boa gestão pública. Deste modo, o regime dos contratos públicos é alargado para abranger mais formas de cooperação entre entes públicos e privados.

Deste modo, entrou em vigor no passado dia 1 de janeiro de 2018, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 30 de agosto, que veio introduzir modificações ao CCP consagrando expressamente no seu art. n.º 476 a faculdade de uso de meios de resolução alternativa de conflitos, promovendo em especial a arbitragem como mecanismo de resolução de disputas em litígios no âmbito dos contratos públicos, em especial a arbitragem institucionalizada, quer na fase de formação, quer na fase da execução do contrato.

A submissão de litígios à arbitragem não institucionalizada fica sujeita a diversos limites, só sendo permitida quando se verifique que a elevada complexidade das questões jurídicas envolvidas, o elevado valor económico das questões a resolver ou a inexistência de centro de arbitragem competente na matéria, aconselhem essa modalidade de arbitragem. O art. n.º 476 está circunscrito aos contratos aos quais é aplicável o CCP, pelo que os contratos que se encontrem excluídos do âmbito da aplicação do CCP apenas poderão ser submetidos ao regime geral da arbitragem previsto no CPTA.

A Arbitragem prevista no art. n.º 476⁹ do CCP parece revestir natu-

⁸ O CCP, aprovado em 2008, sofreu uma grande alteração em 2017, tendo por base transpor as três Diretivas Europeias de Contratação: (i) Diretiva n.º 2014/23/EU (Contratos de Concessão); (ii) Diretiva n.º 2014/24/EU (Contratos Públicos em geral); (iii) n.º 2014/55/EU (Faturação Eletrônica nos Contratos Públicos).

⁹ Cf. art. n.º 476 do CCP: 1 - O recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios é permitido, nos termos da lei, para a resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o presente Código. 2 - Quando opte pela sujeição dos litígios a arbitragem, a entidade adjudicante prevê obrigatoriamente: a) A aceitação, por parte de todos os interessados, candidatos e concorrentes, da jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado competente para o julgamento de questões relativas ao procedimento de

reza voluntária. A vinculação à arbitragem depende da aceitação, por parte dos interessados ou dos cocontratantes, da remissão do litígio para a jurisdição arbitral bem como da aceitação do centro de arbitragem institucionalizado a que se pretende atribuir a competência.

O uso da arbitragem apenas se torna possível em matéria de contratos públicos quando todos os possíveis interessados possam participar no processo arbitral. Contudo, o art. n.º 476 do CCP prevê, ainda, a possibilidade de recurso das decisões arbitrais quando o litígio respeite a contratos públicos de valor superior a 500 mil euros, com efeito devolutivo. Esta previsão de recurso para o tribunal estadual nos litígios que impliquem um maior valor, constitui uma exceção ao regime-regra previsto pela Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa que prevê o princípio da irrecorribilidade da decisão arbitral.¹⁰

A previsão impede a rápida estabilização decisória, submetendo

formação de contrato, de acordo com o modelo previsto no anexo xii ao presente Código, do qual faz parte integrante, a incluir no programa do procedimento; b) A necessidade de aceitação, por parte do cocontratante, da jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato, de acordo com o modelo previsto no anexo xii, a incluir no caderno de encargos e no contrato; c) O modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar, por remissão para as normas do regulamento do centro de arbitragem institucionalizado competente, de acordo com o modelo previsto no anexo xii. 3 - A resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais arbitrais não integrados em centros de arbitragem institucionalizados só pode ser determinada numa das seguintes situações: a) Quando, face à elevada complexidade das questões jurídicas ou técnicas envolvidas, ao elevado valor económico das questões a resolver, ou à inexistência de centro de arbitragem institucionalizado competente na matéria, seja aconselhável a submissão de eventuais litígios à jurisdição de tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado; b) Quando o processo arbitral previsto nos regulamentos do respetivo centro de arbitragem institucionalizado não se conforme com o regime de urgência previsto no Código do Processo nos Tribunais Administrativos para os contratos por ele abrangidos; c) Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência uma resolução mais morosa do litígio; d) Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência um custo mais elevado para as entidades adjudicantes ou contraentes públicos. 4 - Se se optar pela submissão de litígio a tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado, a entidade contratante deve elaborar uma avaliação de impacto dos custos que tal opção importa, designadamente quanto aos honorários de árbitros e advogados, taxas, custas e outras despesas. 5 - Nos litígios de valor superior a € 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo.

10 Conforme resulta da do art. n.º 46.1 da atual Lei de Arbitragem Voluntária (Pedido de anulação): "Salvo se as partes tiverem acordado em sentido diferente, ao abrigo do n.º 4 do artigo 39.º, a impugnação de uma sentença arbitral perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação, nos termos do disposto no presente artigo". Art. 39.4 da Lei de Arbitragem Voluntária (Direito aplicável, recurso à equidade; irrecorribilidade da decisão): "A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável".

as decisões a um controle judicial de mérito, o que não se coaduna com a essência do instituto. Ela merece uma reflexão especial, pois parece restringir a autonomia da arbitragem no julgamento definitivo dos litígios de natureza administrativa naquelas condições, que é o regime-regra previsto na Lei de Arbitragem Voluntária bem como na CRP/76 que, desde o ano 2000, reconhece e equipara os Tribunais Arbitrais aos Tribunais Judiciais.¹¹

A possibilidade de recurso das sentenças arbitrais para os tribunais administrativos¹² vem contrariar a lógica da justiça arbitral. A possibilidade de recurso, agora consagrada no CCP, vem matar uma das razões de ser da arbitragem, isto é, a celeridade. A rapidez da decisão arbitral fica absolutamente posta em causa, bem como a especialidade e a habilitação técnica do julgador arbitral.¹³

Por outro lado do ponto de vista prático, colocam-se várias questões ainda sem resposta: (i) os juízes generalistas, que não tem conhecimento específico de determinados setores em discussão, irão rever as decisões arbitrais proferidas por árbitros especialistas? (ii) Como contornar a contradição de julgados?¹⁴ Será admitido na arbitragem administrativa um recurso de decisão arbitral quando existir contradição com a jurisprudência do Tribunal Administrativo? (iii) Como assegurar a celeridade da revisão da decisão arbitral perante o congestionamento dos Tribunais Administrativos e Fiscais?

11 Accioly, João Pedro. "Arbitragem e Administração Pública: um panorama global". Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-Universidade De São Paulo - USP. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/viewFile/138002/137640> > Acesso em 11 jul. 2018

12 Em Portugal existe a dualidade de jurisdição, comum e administrativa, ao contrário do Brasil, cujo sistema é de jurisdição única. Nos termos do art. n° 1/1 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF): "Os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios compreendidos pelo âmbito de jurisdição previsto no artigo 4.º deste Estatuto". Por sua vez, o art. n° 4º do ETAF dispõe sobre a competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal para apreciação de litígios que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações administrativas e fiscais.

13 Cabral, Margarida Olazabal. "A Arbitragem no Projeto de Revisão do CPTA". Julgar, n° 26, 2015. Coimbra Editora. p. 115.

14 A admissibilidade dos recursos por oposição de acórdãos, tendo em conta o regime previsto nos artigos n° 27, alínea b) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), n° 284 do CPPT e n° 152 do CPTA, depende de (i) existir contradição entre o acórdão recorrido e o acórdão invocado como fundamento sobre a mesma questão fundamental de direito e (ii) a decisão impugnada não estar em sintonia com a jurisprudência mais recentemente consolidada do Supremo Tribunal Administrativo.

O recurso da decisão arbitral proposto pelo art. nº 476/5 introduz, sem dúvida, uma enorme desvantagem prática entorpecendo a justiça arbitral com expedientes dilatatórios vários.

BRASIL

Deixando a realidade portuguesa e entrando agora a analisar, de forma resumida, o estado atual do instituto da Arbitragem Administrativa no Brasil.

Nos últimos anos assistimos, no Brasil, a uma crescente litigiosidade do Estado que é, segundo um estudo promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o maior litigante em processos judiciais. Cerca de 51% das ações judiciais se relacionam com o setor público.¹⁵ A morosidade do Judiciário brasileiro tornou-se uma realidade comum enraizada.

O instituto da Arbitragem, em geral, vem crescendo no Brasil e amadurecendo de forma progressiva.

Apesar da sua ampla utilização no meio empresarial, houve momentos de resistência em aceitar a participação da Administração em procedimentos arbitrais. Durante vários anos foram travadas várias batalhas judiciais para determinar se o conflito envolvendo a administração poderia ou não ser submetido à arbitragem. A questão do uso da arbitragem pela Administração Pública já foi controversa no passado. Hoje, existe uma maior aceitação do instituto, porém ainda com algumas renitências de alguns órgãos públicos quanto à Arbitragem Administrativa, em razão do desconhecimento e da falta de regulamentação quanto à sua implantação.

Em 2015, a lei nº 13129¹⁶ representou um grande avanço no tema da Arbitragem Administrativa. Esta reforma da Lei de Arbitragem¹⁷ pretendeu fortalecer o uso da arbitragem nos conflitos da Administração Pública. O art. 1º nº 1 da lei nº 13.129/2015 veio

15 Mation, Eliane e Gisele. "Arbitragem e Administração Pública: novos desafios". Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-administracao-publica-novos-desafios-21072015> > Acessado em: 11 jul. 2018.

16 De ora em diante lei nº 13.129/2015.

17 Lei nº 9.307/1996.

finalmente autorizar, de forma expressa, o uso da arbitragem pela Administração Pública direta ou indireta¹⁸ para dirimir apenas conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.¹⁹

Esta lei veio finalmente pôr fim à controvérsia a respeito da previsão da utilização da arbitragem pela Administração Pública, muito embora antes desta lei já existisse legislação específica prevendo o uso de mecanismos privados de resolução de litígios, como por exemplo áreas de telecomunicações, transportes marítimos, fluviiais e energia elétrica.²⁰

Hoje dúvidas não restam que a Administração Pública ao realizar um acordo ou transação está autorizada a celebrar a convenção de arbitragem nos casos em que o conflito envolva a discussão de direitos patrimoniais disponíveis.

Segundo a lei nº 13.129/2015, as arbitragens que tenham como parte a Administração Pública passarão a observar algumas premissas básicas como condição de validade do procedimento de resolução de conflitos. A lei impôs que as arbitragens envolvendo a Administração Pública respeitassem o princípio da publicidade. Existem vários desafios que se colocam para conhecer a extensão e a intensidade da publicidade de processos arbitrais envolvendo o poder público.

O princípio da publicidade veio conferir maior transparência aos procedimentos arbitrais. Porém, e apesar da reforma introduzida pela lei nº 13.129/2015, surgem, na prática, dúvidas interpretativas sobre como viabilizar o princípio da publicidade de proce-

18 Lei nº 9.307/96, art. nº 1: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

19 A Arbitragem tem um limite de atuação podendo ser somente utilizada quando estiver em causa a discussão de direitos ou bens disponíveis. São possíveis de arbitrar as causas que versem sobre matérias em relação as quais o Estado não crie uma reserva específica.

20 A ausência de previsão expressa da Lei de Arbitragem Brasileira não inviabilizou a utilização da arbitragem como mecanismo de resolução de disputa. No campo das contratações estatais sempre contou com a maior aceitação da doutrina e da jurisprudência. A Arbitragem em contratos administrativos já contava com a previsão em diplomas legais específicos (art. nº 5, parágrafo único, da lei nº 5.662/1971, art. nº 5 e nº 23, da lei nº 8.987/1995, art. nº 93, inciso XV, da lei nº 9.472/1997, art. nº 43, inciso X, da lei nº 9.478/1977, art. nº 35, inciso XVI da lei nº 10.233/2001, art. nº 11, inciso III da lei nº 11.079/2004).

dimentos arbitrais envolvendo a Administração. Como deve a Administração Pública escolher a câmara arbitral? Como deve a Administração escolher o Árbitro, cumprindo, escrupulosamente, com o princípio da legalidade prosseguindo o interesse público?

Aqui creio ser interessante explicar o *modus operandi* que foi adotado pelo Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP-P),²¹ no que se refere à administração de procedimentos arbitrais na área pública. Na verdade, 13 anos antes da entrada em vigor da lei nº 13.129/2015, o CAESP, na qualidade de instituição arbitral, já administrava os primeiros procedimentos arbitrais na Área Pública no Estado de São Paulo, garantindo, já nessa época, o cumprimento da publicidade dos procedimentos arbitrais no estrito cumprimento do art. nº 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.²² O CAESP publicitava, de forma sucinta, os procedimentos arbitrais no Diário Oficial da União como mecanismo de divulgação da existência de procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública.

No que se refere à escolha da instituição arbitral por parte da Administração, existem ainda muitas dúvidas relativas à sua implementação, como deve a Administração Pública Brasileira proceder quanto à escolha da Câmara Arbitral, é preciso licitar ou não?²³

Por último, uma outra questão que tem sido levantada pelos usuários da arbitragem administrativa e com alguma preocupação é a falta da execução espontânea ou forçada do laudo arbitral pela

21 CAESP foi fundado em 1998 por Cássio Ferreira Netto e Ana Claudia Pastore, com o objetivo de atuar na área trabalhista. Após o ano 2000, com convênio assinado com a Associação Brasileira de Franchising (ABF), passou a atuar somente na área cível com ênfase em franquias. A partir de 2002, com convênio assinado com a Empresa Metropolitana de Transporte Urbano (EMTU) e Secretaria de Transporte Metropolitano do Estado de São Paulo passou a administrar vários procedimentos na Área Pública. Quem são as partes nos procedimentos na área pública: Empresas Públicas do Estado de São Paulo, Concessionárias, Autarquias Públicas de Serviços de Água e Esgoto, Agências Reguladoras de Serviços Públicos, Entes Privados e Públicos.

22 Cf. art. nº 37, "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

23 No passado dia 19 de fevereiro do corrente ano, o Governador do Estado do Rio de Janeiro veio regulamentar a adoção da arbitragem nos conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas Entidades. Nesse Decreto são previstos critérios sobre a publicidade dos atos do procedimento arbitral ressaltando hipóteses de sigilo, segredo de justiça e segredo industrial e prevendo que a audiência arbitral respeite o princípio da privacidade.

Administração Pública quando é parte vencida. De que vale a celeridade do procedimento arbitral se depois o laudo arbitral não é cumprido de nenhuma forma usando a Administração de expedientes dilatatórios para não cumprir as sentenças em que foi condenada? Da perspectiva do agente privado não basta a obtenção da sentença contra o Estado, é preciso que ela seja efetiva e cumprida aproximando a iniciativa privada da pública.²⁴

No Brasil, vigora, desde sempre, o princípio da irrecorribilidade da decisão arbitral, pelo que todas as decisões arbitrais nunca se sujeitarão ao controle jurisdicional estadual no que se refere ao mérito da causa. A sentença arbitral produz entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário. A sentença arbitral condenatória é título executivo judicial. A lei nº 9.307/1996 não admite recurso em nenhuma hipótese. Só é possível impugnar decisão arbitral por meio de ação de nulidade nos casos previstos no nº 3 do art. nº 33 da lei nº 9.307/1996.²⁵

CONCLUSÃO

A adoção do instituto da arbitragem pela Administração Pública se deveu, em ambos os países, aos mesmos fatores, são eles: (i) a crise do Poder Judiciário; (ii) a necessidade de obter segurança jurídica; (iii) o custo de oportunidade e atração dos investimentos; (iv) a complexidade técnica dos novos negócios jurídicos celebrados com a Administração.²⁶

A Administração Pública, em cada um dos países, pretendia a celeridade e a qualidade técnica das decisões, a atração de investimentos face à garantia jurídica do processo de decisão. Verificou-se, nos últimos anos, uma mudança de paradigmática da forma de atuação da própria Administração Pública na solução dos conflitos, tendo adotado novos padrões de organização administrativa.

²⁴ Carvalho, Eliane e Mation, Gisele. "Arbitragem e Administração Pública: novos desafios". Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-administracao-publica-novos-desafios-21072015>> Acessado em: 11 jul. 2018.

²⁵ No Brasil, há muito que foi abandonada a homologação judicial obrigatória do laudo arbitral.

²⁶ Gomes, Frederico Barbosa. "Arbitragem e Administração Pública: Experiências atuais". Apresentação do tema.

A lei nº 13.129/2015 introduziu importantes modificações na lei nº 9.307/1996, vindo se alinhar com a proposta de reforma do estado de modo a alcançar a eficiência da gestão pública que o princípio constitucional trazido pela emenda constitucional nº 19/98.²⁷ A positivação da admissibilidade da arbitragem envolvendo o ente público foi sem dúvida um importante avanço, mas depende de aprofundamento e vivência prática. Porém, não constitui, ainda, instrumento suficiente para a regulação da arbitragem na esfera pública. O maior desafio atual é, sem dúvida, delimitar a arbitrabilidade objetiva. Seria efetivamente oportuno clarificar o dispositivo legal, delimitando de uma vez por todas o âmbito da arbitrabilidade objetiva em disputas envolvendo entes públicos, ampliando o espectro de modo a que seja arbitrável qualquer controvérsia com a Administração. Mesmo com estas previsões legais surgem discussões sobre os limites da arbitragem na Administração Pública bem como sobre a sua operabilidade na prática.

Urge, assim, definir de uma vez por todas o que pode ou não se arbitrar, conferindo-se, desse modo, mais segurança jurídica para os usuários de arbitragem administrativa.

Ao contrário de Portugal, no Brasil a legislação não avançou muito no que toca à arbitrabilidade objetiva, deixando muitas dúvidas interpretativas sobre as matérias que poderão ou não ser submetidas ao juízo arbitral.

De um lado temos, em Portugal, uma Arbitragem Administrativa inovadora, consolidada, mas que enfrenta agora algumas inquietudes, por conta das recentes alterações introduzidas pelo Código da Contratação Pública que podem entorpecer a justiça arbitral e, por outro lado, no Brasil, a positivação da admissibilidade da arbitragem envolvendo entes públicos foi, sem dúvida, um importante avanço, porém depende agora de aprofundamento e de vivência prática.

27 Cf. Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>> Acessado em: 11 jul. 2018.

A Arbitragem Administrativa no Brasil precisaria, todavia, definir e ampliar o âmbito de arbitrabilidade objetiva prevista na lei, que conta, ainda, com alguma renitência por parte de alguns órgãos públicos, em grande parte devido à falta de regulamentação quanto à operacionalidade dos procedimentos de arbitragem administrativa.

Dúvidas não restam que o uso da arbitragem pela Administração Pública constitui em ambos os países um relevante instrumento para a melhoria da gestão pública, para garantia de segurança jurídica e, bem assim, para a efetividade da eficiência administrativa.



SELMA LEMES

É mestre e doutora pela Universidade de São Paulo. Integrou a Comissão Relatora da Lei de Arbitragem e foi membro brasileiro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Atualmente, é professora de Arbitragem e advogada.

SELMA LEMES

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

A Arbitragem é uma forma extrajudicial de solução de controvérsias referentes a direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes, pessoas capazes, elegem um terceiro independente e imparcial - o árbitro -, para dirimir a controvérsia. Nessa definição, estão presentes três conceitos importantes do Direito da Arbitragem:¹ (a) arbitrabilidade subjetiva - quem pode se submeter à arbitragem? Pessoas capazes de contratar; (b) arbitrabilidade objetiva - o que pode ser submetido à decisão de árbitros? Matérias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis; e (c) o árbitro - quem pode ser nomeado árbitro? Pessoas físicas que sejam independentes e imparciais e que tenham a confiança das partes (art. 13 da lei nº 9.307/96, Lei de Arbitragem - LA).

A LA foi alterada em 2015 pela lei nº 13.129/2015, que aprimorou seu texto, incluindo a previsão expressa sobre a arbitragem na Administração Pública.²

Analisaremos a participação da Administração Pública direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e indireta (socieda-

1 O Direito da Arbitragem é identificado como sendo um ramo didático para estudo, com conjunto temático próprio e cuja metodologia de apresentação, por conveniência tem a finalidade de realçar suas peculiaridades, sem a intenção de dar-lhe autonomia disciplinar.

2 LEMES, Selma Ferreira. Anotações sobre a nova lei de arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação - RArb. 47:37/44 out./dez., 2015.

de de economia mista, empresa pública, autarquia e fundações) em arbitragens, no tempo; o passado, com a história da arbitragem nos contratos de concessão na época imperial; o presente, em que se verifica uma maior participação da Administração Pública em arbitragens, decorrentes dos contratos de concessões, Parcerias Público-Privadas (PPP) e as recentes disposições sobre Parcerias Públicas de Investimentos (PPI); por fim, o futuro, verificando as tendências e a evolução do tema nessa área.

HISTÓRIA DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATOS DE CONCESSÃO

A arbitragem está diretamente vinculada ao início das primeiras concessões públicas ocorridas na época imperial, nos contratos firmados pelas províncias e pelo governo-geral do Império a partir de 1850, referentes às construções de estradas de ferro, transporte fluvial e marítimo, serviços de iluminação pública etc. O decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880, na cláusula XXXV, previu a solução de divergências por árbitros nos contratos de concessões de estradas de ferro, lembrando que a arbitragem estava prevista na Constituição Imperial de 1824.³

Derivou de um contrato de concessão, firmado em 1856, para construção, uso e custeio da estrada de ferro Santos-Jundiaí, uma das mais conhecidas (e longas) arbitragens envolvendo a Administração Pública (no caso, a União). Foi por ocasião da encampação em 1946, decorridos 90 anos da concessão, que se instaurou controvérsia sobre a propriedade dos bens imóveis lindeiros à ferrovia, se estes estariam incluídos na concessão ou se eram de propriedade do concessionário. Instaurou-se ampla discussão, e, em 1955, por sugestão do Consultor-geral da República Themístocles Cavalcanti, em brilhante parecer, este recomendou que a matéria fosse dirimida por arbitragem.⁴ No entanto, após o laudo

3 A arbitragem sempre esteve presente em nossa legislação, desde as Ordenações Filipinas de 1603. Na historiografia brasileira, são brilhantes os ensinamentos de Rui Barbosa e Mendes Pimentel a respeito, especialmente quanto à arbitrabilidade subjetiva. Cf. LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública, Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin. 2007, pp. 118/123.

4 “[A]dministração realiza muito melhor os seus fins e sua tarefa convocando as partes, que com elas contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato, perante o juízo arbitral do

arbitral ter sido expedido, a União, em demanda judicial, questiona a ocorrência da verificação da prescrição, invocando o Decreto nº 22.910/32 (prescrição em 5 anos). A alegada prescrição foi afastada pelo Tribunal Regional Federal, abrindo página importante para a arbitragem, pois, ao interpretar o art. 172 do Código Civil (CC) de 1916, esclareceu, que com o juízo arbitral, estaria interrompida a prescrição, visto que, no disposto no art. 172 do CC, "ato judicial" significava "ato de julgar".⁵

Houve a necessidade de se superar obstáculos interpretativos (alguns equivocados), que impediam a aceitação e aplicação da arbitragem na área pública, pois por analogia, por exemplo, confundiam o compromisso arbitral com a transação e o mandato (entendendo que a Administração Pública não podia ceder sua função administrativa ao árbitro).⁶

Importa observar que foram raros os textos legais exigindo autorização expressa para a Administração Pública dispor da arbitragem, sendo de registro somente o Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal de 1910. A única proibição que existia para a União era sobre matéria fiscal (DL 960/38). Pontes de Miranda, ao analisar a questão, observou que, se houvesse autorização legal, a matéria fiscal poderia ser submetida à arbitragem.⁷

Foi com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no denominado caso Lage que se firmou o entendimento quanto à arbitrabilidade subjetiva, no sentido de que a capacidade para

que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário, ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo." (CAVALCANTI, Themístocles B."Concessão de Serviço Público. Encampação. Juízo arbitral", RDA, 45:517, jul./set., 1956).

5 Uma das alterações verificadas na lei nº 9.307/26, em 2015, foi justamente incluir a previsão de que a prescrição estará interrompida, a partir da data do requerimento de arbitragem (art. 19, § 2º).

6 No nosso livro *Arbitragem na Administração Pública...* p. 70, analisamos os equívocos de interpretação efetuados com os diversos conceitos jurídicos.

7 É de se notar a atualidade do tema da arbitragem na área tributária, momento em que se discute o projeto de lei sobre transação tributária e arbitragem. Dignos de relevo são os trabalhos do professor da Universidade de São Paulo Heleno Torres e os diversos estudos e trabalhos acadêmicos. Cf GIANNETTI, Leonardo Varella, *Arbitragem no Direito Tributário: Possibilidade e Procedimentos. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2017* (inédito) e ESCOBAR, Marcelo Ricardo, *Arbitragem Tributária no Brasil. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, 311 p.*. É interessante verificar a regulação da matéria no Direito Português em: <www.caad.pt>.

firmar cláusula compromissória era matéria de direito civil.⁸ Conforme acentua José Carlos de Magalhães, “a capacidade de se comprometer é matéria de direito civil, não se podendo negar ao Estado brasileiro sua legitimidade em ajustar convenção de arbitragem, como reconhecido pela já citada decisão do Supremo Tribunal Federal.”⁹ Nesse sentido, o caput do art. 1º da lei nº 9.3017/96, estipula: “As pessoas capazes de contratar...”. Portanto, mais uma vez se referendava a desnecessidade de lei específica para a Administração Pública dirimir conflitos patrimoniais disponíveis por arbitragem.

Foi com a reforma operada na Lei de Arbitragem em 2015, pela Lei nº 13.129, que foram incluídos os parágrafos 1º e 2º no art. 1º para textualmente ser disposto que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Apesar de desnecessária, a medida foi pedagógica. A previsão expressa na Lei de Arbitragem passou a estar em sintonia com as leis especiais que regulam as Concessões de Obras e Serviços Públicos (lei nº 8.987/95 c/ as alterações efetuada pelas Leis nºs 9.648/98 e Lei nº 11.196/2005, art. 11,III), as PPPs (lei nº 11.079/2004, alterada pela Lei nº 12.776/2012) e as PPIs (lei nº 13.488/2017), abordadas logo mais.

A previsão legal expressa também trouxe conforto ao administrador público, evitando ingerências e dúvidas quanto ao seu proceder, especialmente considerando a legislação referente à responsabilidade dos agentes públicos. Outro ponto positivo da inserção expressa da arbitragem nos contratos com a Administração Pública é contribuir para afastar toda a problemática gerada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que empreendia interpretação restritiva ao uso da arbitragem pela Administração Pública.¹⁰ Em 1999, o célebre precedente originado do Tribunal

8 Agravo de Instrumento nº 52.181/GB RTJ 68/382.

9 MAGALHÃES, José Carlos de. “Do Estado na Arbitragem Privada”, *Arbitragem Comercial*, MAGALHAES, José Carlos de e BAPTISTA, Luiz Olavo, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, pp. 69-84. e *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 86:139, abr./jun., 1985.

10 Com a Lei Geral das Concessões, o TCU passou a admitir, com reservas, a previsão da arbitragem nos contratos públicos, desde que as matérias submetidas aos árbitros “não ofendam ao princípio da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público” (TCU, Processo TC nº

de Justiça do Distrito Federal obstaculizou a proibição gerada pelo TCU em um contrato que dispunha sobre a adaptação e a ampliação da Estação de Tratamento de Esgotos de Brasília.

O Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal salientou que

"...para sua consecução havia o fornecimento de diversos bens, prestações de obras civis, serviços de montagens eletromecânicas, etc. No caso, havendo dúvidas atinentes a tais disposições, podem perfeitamente ser solucionadas ante o juízo arbitral, tudo visando a eficiente consecução do objeto contratado."¹¹

Ao relatar o Mandado de Segurança, a então desembargadora Fátima Nancy Andrighii pontificou que ...pelo art. 54 da Lei n. 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios do direito privado o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais. Cabe à Administração Pública cumprir as normas e condições constantes do Edital de Concorrência, ao qual está vinculada."¹²

CAMINHOS PARA A NOVA VISÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE

Em uma nova edição de seu livro *Tratado de Derecho Administrativo*, em 1998, o administrativista argentino Agustín Gordillo pontuou: "Não incluir a arbitragem nos contratos de

006.0986/93-2, Relator Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão nº 188/95, Plenário. DOU 22.05.95, p. 277). A interpretação do TCU era incerta. Veja-se a respeito CARVALHO, André. TCU limita a arbitragem e dá um passo e meio para trás. Consultor Jurídico, 23.10.2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-23/andre-carvalho-tcu-limita-uso-arbitragem-passo-meio>>. Posteriormente, no caso de sociedades de economia mista, o TCU flexibilizou a vedação e passou a admitir a previsão de arbitragem, desde que justificada e levando em consideração as práticas do mercado em questão e também para matérias técnicas (Plenário, Acórdão 2.145/2013). Um fator que contribuiu também para a mudança de entendimento do TCU foi a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em importantes precedentes, manifestou-se favorável à arbitragem, tal como no MS. 11.308-DF.

¹¹ Julgamento do Mandado de Segurança nº 1998002003066-9, em 18.05.99 (DJ 18.05.99). v.u., Conselho Especial do TJDF.

¹² Excertos do referido acórdão encontram-se publicados na Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 8, abr./jun. 2000, pp. 358-365. Cf VALENÇA FILHO, Cláudio. "Arbitragem e Contratos Administrativos", comentários ao citado acórdão, na mesma obra. pp. 365-373.

infraestrutura (complexos e de longa duração) piora o preço dos ofertantes, pois é muito mais caro ter que provisionar juízos que levam décadas. Este é um custo que paga a Administração e a sociedade.”¹³

Com essa percepção de que a arbitragem integra a equação econômico-financeira do contrato administrativo e que a cláusula de arbitragem, além de ser uma forma de solucionar conflitos (cláusula jurídica), é também uma cláusula econômica do contrato,¹⁴ suscitou-se alteração significativa no modo de conceber a utilização da arbitragem nos contratos públicos, pois, em nome dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (artigos 37 e 70 da Constituição Federal), a arbitragem não poderia e não deveria ser negligenciada. Os reflexos financeiros da cláusula compromissória nos contratos de Concessão, de PPPs e de PPIs, impuseram sua utilização.¹⁵ Mais: a bem da adequada conceituação, esses contratos são atípicos, pois são também contratos de financiamento de obras de infraestruturas, tais como aeroportos, rodovias, pontes, estradas de ferro, hidrelétricas, portos etc., visto que o Estado não dispõe de numerário para executar essas obras. A engenharia financeira que se encontra por trás desses contratos demonstra, como dito, serem estes verdadeiros contratos de financiamento, com diversos agentes envolvidos (bancos, seguradoras etc.). O agente privado não é apenas o concessionário que executa a obra de engenharia, por exemplo, mas o financiador do Estado, seu parceiro e investidor.

É importante observar que a mudança de paradigma do papel da Administração Pública, ou seja, deixar de ser um agente

13 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Diké, 1998, pp. XI-22.

14 A questão deve ser estudada sob a ótica da Análise Econômica do Direito, especialmente no que concerne aos custos de transação. Cf TIMM, Luciano Benetti, “A Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009, pp. 17-40, e nosso “Arbitragem e Administração Pública, Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica”, capítulo 9.

15 Outro fator importante a considerar é que a inclusão da cláusula compromissória nos contratos de concessões, PPPs e PPIs, devido aos seus reflexos financeiros, passou a ser exigência das agências de fomento internacionais, tal como o Banco Mundial. Com essa recomendação, a cláusula compromissória passou a ser estudada e analisada pela Administração Pública e, a partir daí, passou a ser prevista nos contratos administrativos. Exemplo típico é o contrato da linha amarela do metrô de São Paulo.

empresário e passar a ser um agente regulador e fomentador de desenvolvimento, tem suas origens na década de 1980 do século passado, na Inglaterra, berço das PPPs. No Brasil, essa evolução chegou com as reformas empreendidas na Constituição Federal de 1988, por meio das Emendas Constitucionais nº 05 a 09 de 1995. No Chile, o grande impulso do desenvolvimento de obras de infraestrutura se deu já a partir de 1981, com a Lei de Concessão de Obras Públicas.¹⁶

Essas mudanças vieram acompanhadas de alterações nas normas infraconstitucionais, dando início à Administração Pública Consensual, com viés mais empresarial, aplicando-se as regras contratuais que priorizam o equilíbrio de interesses, mas continuando a Administração Pública a dispor das denominadas cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos.

O princípio da eficiência¹⁷ (e da economicidade), antes comentado, faz com que tenhamos um novo olhar para a atuação da Administração Pública. Nessa linha, dois pontos são importantes, tal como adverte o jurista português J. J. Gomes Canotilho. O primeiro é que “o princípio da eficiência da administração ergue-se a princípio constitutivo do princípio da legalidade”.¹⁸ O segundo é que a Administração Pública deve pautar-se por objetivos, quando assevera as relações da Lei com a Administração. Nesse novo desenho, a “lei deixa de ter em primeira linha uma função de ordem ou delimitação, para determinar principalmente medidas de conformação social e direcção econômica”.¹⁹

No que concerne aos conflitos gerados nos contratos, a inserção da cláusula compromissória, em razão de sua caracterização intrínseca - a consensualidade -, faz com que as divergências

16 A latere, digno de nota, no contexto chileno, é o princípio constitucional da *servicialidad* do Estado, no sentido de que o Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum, para o qual deve construir e criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um da comunidade nacional sua maior realização espiritual e material possível, com pleno respeito aos direitos e às garantias constitucionais. Cf nosso “Arbitragem na Administração Pública ...”, capítulo 11.

17 O art. 3º, inciso II, da lei nº 13334/2016 (PPI), esclarece que, na implementação da PPI, serão observados os seguintes princípios: “legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal”.

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 4ª ed., [1997], p. 713.

19 *Op. cit.*, p. 721.

existentes sejam solucionadas em benefício do objetivo do contrato. Ademais, a celeridade e a especialidade contribuem para diminuir o grau de litigiosidade entre as partes. É nesse sentido, também, que se mostra oportuno prever as demais formas adequadas de solução de conflitos, tais como a mediação e os Comitês Técnicos de Solução de Divergências (Dispute Boards).

O Direito Administrativo Consensual e a nova forma de conceber a função estatal como gestora e reguladora de atividade econômica, no sentido de contar com o setor privado para desenvolver obras de infraestrutura é aferível no art. 1º da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, que institui o programa de PPIs, cuja finalidade é a “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (art. 1º). O art. 2º, inciso V, esclarece que são objetivos das PPIs “fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidade estatais de regulação”.²⁰

Do objetivo de “assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia mínima de intervenção nos negócios e investimentos” (art. 2º, inciso IV) decorre a necessidade de a Administração Pública ser firme no cumprimento do disposto nos contratos a serem pactuados, no sentido de que a garantia jurídica gerada se estenda também à arbitragem, seja na modalidade de cláusula compromissória, seja quando firmar compromisso arbitral. A Administração Pública não poderá criar empecilhos para a instauração da arbitragem e, quando tiver que exarar decisão a respeito, deve ser célere, pois prolongar decisões que lhe competem, além de ir de encontro ao princípio da eficiência (e da prontidão), contribui, do ponto de vista prático, em muitos

20 Lei nº 13.334/2016: “Art. 2º: São objetivos do PPI: I - ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País; II - garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas; III - promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e V - fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação. Art. 3º: Na implementação do PPI serão observados os seguintes princípios: I - estabilidade das políticas públicas de infraestrutura; II - legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e III - garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos”.

casos, para gerar imensos passivos para o setor público, onerando, com isso, toda a sociedade e, principalmente, colocando-se de costas para o princípio da economicidade.²¹

A recente lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos na lei nº 13.434/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, em evolução aos textos anteriores, passou a definir as matérias de direito disponíveis a serem submetidas à arbitragem (arbitrabilidade objetiva):²²

"Art. 31 (...) § 4º: Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

§ 5º: Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei."

No caso de relicitação, de acordo com o art. 15 da citada lei, a disposição da arbitragem e dos demais métodos adequados de solução de conflitos (mediação, dispute boards etc.) passou a ser

21 Esses comentários estão vinculados ao disposto no art. 31 da lei nº 13.448/2017, a ser abordado em seguida.

22 À guisa de ilustração, o contrato de PPP paulista de São Lourenço da SABESP define que serão submetidas à arbitragem as seguintes questões: (i) reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no Contrato de Concessão; (ii) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes; (iii) cálculo e aplicação do reajuste previsto no Contrato de Concessão; (iv) acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no Contrato de Concessão; (v) valor da indenização no caso de extinção do Contrato de Concessão; e (vi) inconformismo de qualquer das partes com a decisão da Comissão Técnica. (JUNQUEIRA, André Rodrigues, OLIVEIRA Mariana Beatriz T. e SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de Solução de Controvérsias em Contratos de Parcerias Público-Privadas: Estudo de Casos e Proposta de Redação. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Parcerias Público-Privadas, 77/78, jan./dez. 2013, pp. 303-304).

considerada obrigatória,²³ ou seja, são cláusulas essenciais dos contratos, o que é inédito em termos de contrato administrativo:

"Art. 15: A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei."

Todavia, o legislador poderia ter utilizado o conceito correto, pois não se trata de "compromisso arbitral", mas de estipular a "cláusula compromissória", pois ainda não existe conflito (artigos 3º e 9º da Lei de Arbitragem).

O caput do art. 31 estipula:

"As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei, após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (grifo acrescentados)"

É nesse ponto que se invoca a necessidade de a Administração Pública ser célere na tomada de decisões, em decorrência dos princípios que regem as PPIs, especialmente o da eficiência e o

23 Interessante e peculiar interpretação do art. 31 da lei nº 13.448/2017 foi efetuada por Cesar Pereira, no sentido de que a arbitragem nele regulada se estende aos demais contratos no setor (que não sejam PPIs), mesmo que não exista cláusula compromissória estipulada no contrato ou em aditivo contratual. O referido autor entende que o disposto no caput do art. 31 não está vinculado ao seu parágrafo primeiro, que menciona a existência de aditivo ao contrato (§ 1º - Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo). Seria a denominada Oferta de Arbitragem, ou seja, é plenamente vinculante para a Administração Pública, nos setores regulados na citada lei, bastando que o particular assim o decida. Para tanto, seriam acionados os dispositivos dos artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem, que prevêem a operacionalização da cláusula arbitral vazia (se for o caso). Cf. PEREIRA, Cesar. Inovações na arbitragem: aeroportos, rodovias e ferrovias. JOTA. 21.07.2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/coluna-do-justen/inovacoes-na-arbitragem-aeroportos-rodovias-e-ferrovias-21072017>>.

da segurança jurídica acima mencionados. Esses princípios se complementam com os princípios da boa-fé e das expectativas legítimas das partes, decorrentes dos contratos firmados sob a égide da lei nº 13.448/2017. Reitere-se que a Administração Pública deverá ser eficiente e precisa, no momento em que a controvérsia for posta pelo particular, com a prontidão razoável, exarar decisão definitiva a respeito, ou seja, aceitar a objeção do parceiro privado ou a rejeitar, e, ato contínuo, considerar o conflito instaurado, pois o caput do art. 31 somente autoriza a instauração da arbitragem ou a submissão aos demais métodos adequados de solução de conflitos a partir do momento em que a autoridade competente exarar decisão definitiva a respeito.²⁴

Com a participação crescente da Administração Pública direta e indireta em procedimentos arbitrais,²⁵ surgiu a necessidade de se atentar às peculiaridades da área administrativa, tais como a publicidade a ser observada na arbitragem (art. 2º, § 3º da LA,), como indicar árbitros, bem como, se optarem pela arbitragem institucional, como indicar câmaras de arbitragem, e, quanto às custas da arbitragem, como proceder.

Na linha de auxiliar a operacionalização da arbitragem na área pública, a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 22 e 23 de agosto de 2016, em Brasília/DF, aprovou quatro enunciados sobre a arbitragem com a Administração Pública, sendo que algumas das questões acima mencionadas foram abordadas e servem como um bom norte a ser seguido.²⁶

O primeiro deles refere-se à cláusula compromissória: “Enuncia-

24 Anote-se que, durante a tramitação, no Congresso Nacional, da MP 752, de 24 de novembro de 2016, que se transformou na lei nº 13.448/2017, houve intensa movimentação da comunidade arbitral brasileira, no sentido de ser retirado o art. 31 (na MP, art. 25) na referida condição – foi, inclusive, sugerido que se colocasse um prazo para a autoridade administrativa se manifestar.

25 Os precedentes do STJ definidores da arbitragem na Administração Pública foram os seguintes: Resp. 612.439-RS, de 2005, MS 011.308-DF, de 2008 e Resp. 904.813, de 2011.

26 Cf nosso artigo Incentivos à arbitragem na administração pública, Valor Econômico, 05 set. 2016. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosArbitragemnaAdministra%C3%A7%C3%A3oP%C3%BAblica%20-2016.pdf>>.

do 2 – Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral.”²⁷

O segundo é o enunciado que aborda a questão da publicidade: “Enunciado 4 – Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro”. A questão da publicidade em arbitragens com a Administração Pública já era analisada mesmo antes de existir a previsão expressa na LA, pois o princípio constitucional da publicidade, disposto no art. 37 da Constituição Federal, já impunha essa obrigação.²⁸ As partes na arbitragem podem dispor sobre quais documentos devem ser divulgados, preservando-se a confidencialidade inerente à atividade comercial.²⁹ Um bom parâmetro é o disposto na Lei de Acesso à Informação (lei nº 12.527/2011). É importante notar, tal como esclarecido no Enunciado 4, que a obrigação de prestar informações é da parte pública na arbitragem e que as audiências e os debates durante o procedimentos arbitral continuam a respeitar a confidencialidade do procedimento, salvo disposto de outra forma pelos árbitros e pelas partes.³⁰

O terceiro é o enunciado que traz luz à questão da proibição da Administração Pública de se submeter à arbitragem por equidade (art. 2º, § 3º, da LA). O enunciado esclarece que a Adminis-

27 Referida disposição está em linha com a jurisprudência do STJ (Resp. 1.389.763, de 12 nov. 2013 Relatora Ministra Nancy Andrighi)

28 LEMES, Selma F. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos. Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? RDM 134: 148/163, abr./jun, 2004. Também disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>.

29 No âmbito dos contratos públicos na União Européia a Diretiva da UE 2004/18-31.03.2014, dispôs: “Sem prejuízo do disposto na presente diretiva, nomeadamente no que se refere às obrigações relativas à publicidade de contratos adjudicados e à informação dos candidatos e dos proponentes previstas no n. 4 do artigo 35 e no artigo 41, e nos termos do direito nacional a que está sujeita a entidade adjudicante, esta não deve divulgar as informações que lhe tenham sido comunicadas pelos operadores econômicos que estes tiverem indicado serem confidenciais. Estas informações incluem, nomeadamente, os segredos técnicos ou comerciais e os aspectos confidenciais das propostas.” (grifo acrescentado)

30 À guisa de ilustração, saliente-se que o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) emitiu a Resolução nº 15/2016 dispondo sobre a publicidade de arbitragens com a Administração Pública direta (<<http://www.ccbc.org.br/Materia/1569/resolucao-administrativa-n%C2%BA-152016>>). No mesmo site, pode-se conhecer as arbitragens em curso com a Administração Direta no CAM-CCBC: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1616/arbitragens-com-a-administracao-publica-direta>>.

tração Pública pode aceitar as regras internacionais de comércio e os usos e costumes internacionais em setores autorregulados, nos quais vigoram essas regras (soft law), quando inerentes à sua atividade.³¹ Assim, foi esclarecido no “Enunciado 11 – Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas”.

Por fim, o quarto enunciado elucida as questões referentes à arbitralidade objetiva (matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis): “Enunciado 13 – Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II – à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas”.

Quanto aos custos antecipatórios da arbitragem e à indicação das câmaras de arbitragem, a Lei das PPIs, por exemplo, estabeleceu que os adiantamentos dos custos serão arcados pela parte privada.³² Não nos parece adequado transferir o ônus dos custos antecipados do procedimento ao parceiro privado, pois a Administração Pública deve contingenciar verbas para possível arbitragem desde quando assina os contratos. Imagina-se a hipótese de a Administração Pública solicitar a realização de uma perícia custosa e esta ter que ser assumida pelo parceiro privado que não a solicitou. Efetivamente não faz sentido.

O outro ponto refere-se ao credenciamento de Câmaras Arbitrais, que será regulado pelo Poder Executivo, no que concerne aos contratos firmados no âmbito das PPIs (art. 31, § 5º).

Quanto à indicação de árbitros, deve-se seguir o que está adequadamente regulado no capítulo III da LA.³³ O árbitro não é um

31 Por ocasião da tramitação do projeto de lei que alterou a lei nº 9.307/96 e que redundou na lei nº 13.129/2015, causou-nos apreensão a vedação de utilização da equidade, especialmente em razão das sociedades de economia mista e empresas públicas brasileiras que atuam em mercado autorregulados no exterior. Cf nosso artigo Por que criar amarras à arbitragem?, Valor Econômico, 15 ago. 2014. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf>>.

32 Note-se que disposição idêntica está regulada na Lei Mineira de Arbitragem (lei nº 19.477/2011).

33 Quanto à independência e imparcialidade do árbitro, cf. nosso Árbitro, Conflito de

prestador de serviços para a Administração Pública; portanto, não há que se falar em procedimento licitatório para indicar árbitro. O árbitro exerce jurisdição (é juiz de fato e de direito, como dispõe o art. 18 da LA) e, ao assumir seu mister, ele o faz em prol da solução do conflito, devendo decidir a questão de acordo com o seu convencimento racional motivado, com imparcialidade e independência (art. 21, § 2º, da LA). O árbitro ou o Tribunal Arbitral são árbitros das partes e não atuam a favor ou prestam um serviço para a Administração Pública. Os árbitros, reiteramos, exercem jurisdição.

OS PRÓXIMOS PASSOS A SEREM CONSIDERADOS NA ÁREA DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No futuro, talvez seja possível evoluir para se alargar o âmbito de abrangência do conceito de arbitrabilidade objetiva para todas as áreas de aplicação da arbitragem, tal como se verifica no direito comparado,³⁴ adotando não mais o conceito vinculado ao interesse disponível, mas somente utilizando o critério de patrimonialidade. O legislador infraconstitucional poderia assim dispor.

Aliás, não constituiria nenhuma novidade no ordenamento pátrio, pois o art. 852 do Código Civil,³⁵ que trata do compromisso arbitral, menciona que somente as questões referentes à patrimonialidade podem ser dirimidas por arbitragem. Essa pequena alteração auxiliaria, inclusive, a Administração Pública a instituir, por lei própria, a arbitragem na área tributária, que muito poderia contribuir para diminuir o imenso contingente de demandas que sobrelotam as varas de execuções fiscais, tal como praticado em Portugal.

Interesses e o Contrato de Investidura. In: 20 Anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio Muniz, CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2017, pp. 271-290.

34 Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária de 2011.

35 Art. 852: É vedado o compromisso arbitral para solucionar questões de estado, de direito de família e de outros que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Também seria possível pensar em diminuir as potestades (prerrogativas) públicas, priorizando o equilíbrio contratual. Outro ponto seria alargar os poderes dos árbitros, inclusive para julgar recursos quanto às multas impostas pela Administração Pública. Enfim, são matérias de *lege ferenda*, que dependem unicamente da conveniência da sociedade e de políticas públicas, bem como da Administração Pública, em equilibrar, o máximo possível, a relação contratual de certos tipos de contratos públicos, especialmente investimentos em infraestrutura e que, pela envergadura e valores envolvidos, demandam, cada vez mais, conceder simetria nas operações e equiparar-se ao setor privado, com as cautelas inerentes à Administração Pública.

A arbitragem é uma via de mão dupla, sendo de registro que pode interessar à Administração Pública, no caso de relicitações, zerar passivos para, livre de questionamentos do antigo parceiro, efetuar uma nova licitação de PPI. Por meio da arbitragem e com o devido contraditório, poderá estabelecer as indenizações a serem pagas ao particular, evitando a judicialização de litígios que podem durar décadas e obstaculizar a realização do projeto antigo interrompido.

Não podemos finalizar sem antes trazer alguns dados estatísticos colhidos em seis câmaras de arbitragens brasileiras (AMCHAM, CAM-CCBC, CAM/CIESP/FIESP, CAM-BOVESPA, CAM/FGV e CAMARB) para informar que, em 2015, do total de arbitragens em curso nas citadas Câmaras, 4% representavam arbitragens com a Administração Pública direta e indireta. Em 2016, essas Câmaras processavam 55 arbitragens com o setor público de um total de 609 casos em andamento, representando, portanto, 9% do movimento dessas Câmaras. Em 2015, os valores envolvidos em arbitragens eram de R\$ 10 bilhões e, em 2016, foram R\$ 24 bilhões. Os valores mais do que dobraram, e isso se deve, especialmente, às arbitragens com a Administração Pública.³⁶

³⁶ Pesquisa Arbitragem em Valores e Números - 2017. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf>.

Uma observação final quanto aos profissionais que atuam em arbitragem: é surpreendente verificar, nesses quase 21 anos de vigência da Lei de Arbitragem, como a comunidade jurídica brasileira respondeu rapidamente à demanda existente e se aprimorou na prestação desses serviços advocatícios. Hoje, os advogados brasileiros estão capacitados a atuar em arbitragens domésticas e internacionais do mais alto nível. Vislumbramos que, em pouco tempo, o setor público também estará plenamente apto para atuar em arbitragens, haja vista os esforços verificados junto às Escolas das Procuradorias Estaduais e nas Escolas da Advocacia-Geral da União. Observe-se que, no caso das sociedades de economia mista, que atuam em áreas internacionais, a utilização da arbitragem é prática assimilada.

A arbitragem envolve uma mudança de mentalidade dos agentes públicos, que devem se pautar pela solução célere do conflito em favor do interesse público envolvido, que é, preponderantemente, propiciar à sociedade estruturas adequadas em aeroportos, rodovias e ferrovias, e fornecer serviços públicos de qualidade.

Os contratos de Concessão, PPP e PPI são de longa duração, e a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos contribuem para a pacificação contratual, permitindo que questões complexas sejam resolvidas por especialistas - tudo na linha da denominada Administração Pública Consensual,³⁷ pautada por resultados.

Finalizando, é importante fazer eco das palavras de José Luís Esquível em estudo específico sobre os contratos administrativos e a arbitragem :

"No último quartel do século XX, o Estado Pós-Social, traz consigo uma Administração Pública que opta pela concertação e pela cooperação com a sociedade civil, para conseguir dar satisfação a um interesse público cada vez mais diversificado e planejado, cabendo ao contrato administrativo um papel reforçado na dinâmica que caracteriza a atividade administrativa."³⁸

³⁷ Cf. MOREIRA NETO, Diogo F. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed., 2002, pp. 37-48.

³⁸ José Luís ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 19/20.



CARLOS FORBES

Mestre em direito processual civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e bacharel em direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. É diretor do Comitê Brasileiro de Arbitragem, membro da Associação de Advogados de São Paulo, e advogado.

RAQUEL MARAGON

Bacharel em direito pela PUC-Minas e membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

CARLOS FORBES E RAQUEL MARAGON

A ARBITRAGEM INSTITUCIONAL NO BRASIL NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS

A arbitragem, método adequado para solução extrajudicial de determinados litígios, indubitavelmente ocupa espaço de relevo no cenário jurídico internacional. No ordenamento jurídico brasileiro, não é diferente. O instituto foi delineado por meio da lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, tendo por base princípios constitucionais, leis e convenções internacionais.

A Lei Brasileira de Arbitragem (LAB) contemplou vários dos princípios norteadores do sistema jurídico brasileiro, tais quais o da autonomia da vontade, boa-fé, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes, livre convicção do árbitro, dentre outros. Ademais, como condição geral, a lei limitou o uso da arbitragem a direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas capazes de contratar.

Nessa linha, é importante considerar que as leis e convenções internacionais assumiram uma posição importante na gênese da LAB. A lei modelo da United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), que objetiva harmonizar as legislações internas, forneceu muitos dos paradigmas incorporados pela lei brasileira. Dentre eles, é importante mencionar que a diretriz sobre a revelação prévia do árbitro de quaisquer fatos que gerem

dúvidas às partes sobre a independência e imparcialidade dos árbitros encontra guarida no art. 14º da LAB. O procedimento para indicação de árbitros está presente no art. 13º da LAB, e os princípios da cláusula compromissória autónoma e da competência-competência estão contemplados no art. 8º, parágrafo único.

Não obstante, a solidez da lei foi promulgada em 2015 pela lei n.º 13.129, que trouxe importantes mudanças no já existente preceito legal, uma vez que alterou dispositivos, ampliou o âmbito de aplicação do método e solidificou discussões académicas e jurisprudenciais a respeito da utilização da arbitragem.

A partir dessas premissas, o presente artigo pretende analisar a evolução do instituto da arbitragem no Brasil, estudando a institucionalização do método e analisando os desafios oriundos das exigências mercadológicas.

A ARBITRAGEM INSTITUCIONAL NO BRASIL - BREVE HISTÓRICO

Antes mesmo da promulgação da LAB, o instituto da arbitragem já era utilizado no cenário nacional, seja com o Estado brasileiro na posição de ente soberano, seja nas relações internacionais bilaterais e no direito positivo interno.

No que tange ao direito positivo, identifica-se o instituto desde a Constituição do Império de 1824, que admitia o uso da arbitragem na solução das disputas entre nacionais e estrangeiros. Posteriormente, o método se fez presente em outros preceitos legais, tais como a Resolução de 26 julho de 1831, que admitia a arbitragem para conflitos originados de contratos de seguros; a lei nº 108, de 11 de outubro de 1837, que definia a arbitragem para as locações de serviços; o Código Comercial de 1850; o Código Civil de 1916; e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973.

Diante do cenário de existência e utilização do método, no ano de 1979, um grupo de advogados paulistanos e professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com o apoio da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, fundou o primeiro centro de solução de disputas extrajudiciais do Brasil, o atualmente

denominado Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). A ausência de lei específica e o desconhecimento do método pelos operadores do direito dificultaram as atividades do centro de arbitragem, que foram esparsas nos primeiros anos de funcionamento. De toda sorte, o Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC, lançado em 1979, é o primeiro regulamento institucional brasileiro, servindo, anos depois, como referência para as demais instituições que foram criadas.

Foi com a promulgação da LAB, no ano de 1996, e, principalmente, com a confirmação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal¹ que a arbitragem ganhou força diante da segurança jurídica recém-adquirida. Os advogados passaram a se interessar pela arbitragem, especializando-se e adotando cláusulas compromissórias eficazes e que garantiam os requisitos da celeridade, tecnicidade e segurança, exigidos pela prática jurídica internacional moderna - e assim é que, desde a sua fundação, o CAM-CCBC passou a fornecer os parâmetros para a análise da evolução da arbitragem institucional no Brasil.

Entre os anos 1979 e 2017, o CAM-CCBC administrou 880 procedimentos arbitrais, alcançando um valor superior a US\$ 18 bilhões em disputa. As matérias discutidas giraram em torno das áreas do direito societário, da construção civil e energia, dos contratos internacionais, da propriedade intelectual e do fornecimento de bens e serviços.

Durante esse tempo, o CAM-CCBC, visando ao constante aprimoramento e à atualização das suas regras, com a adoção das melhores práticas e atendimento às exigências do mercado, editou o atual regulamento, de 2012, e fez publicar uma série de resoluções, dando ainda maior segurança aos procedimentos que administra.²

A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM

1 Homologação de Sentença Estrangeira - SE n° 5.206, julgada em 12 de dezembro de 2001.

2 Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1064/resolu%C3%A7%C3%B5es>>.

No ano de 2015, foi promulgada a lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, alterando e revogando alguns dispositivos da LAB, com o intuito de

“ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral”.

Entende-se que as principais modificações preservaram a estrutura e a essência da lei de 1996, pois a experiência dos usuários, a familiaridade com as melhores práticas adotadas pelos centros de arbitragem nacionais e o maior domínio adquirido pelos tribunais brasileiros nos últimos anos permitiram que o Congresso Nacional identificasse e tratasse das questões que apenas necessitavam de ajuste.

Dentre as alterações, citam-se como exemplos: (i) a criação da carta arbitral,³ que consiste em um instrumento de cooperação entre o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário; (ii) a formalização da competência do Superior Tribunal de Justiça para homologação ou denegação de sentença arbitral estrangeira, nos ditames da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004; (iii) a inclusão de um capítulo específico sobre tutelas cautelares e de urgência; e (iv) a expressa autorização para que a Administração Pública direta e indireta utilize a arbitragem para dirimir litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ARBITRAGEM

Na revisão da Lei de Arbitragem, destaca-se a confirmação da possibilidade de a administração pública, direta e indireta, utilizar a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos patrimoniais disponíveis, conforme agora previsto no § 1º do art. 1º da LAB.

³ (...) a carta arbitral é um instrumento que confere maior eficiência a este método adequado de solução de conflitos, permitindo que o árbitro exerça o seu múnus de forma ainda mais segura e eficaz, com a devida cooperação do juiz estatal. (CARMONA; MARTINS; LEMES, 2017, p. 535).

Não obstante a jurisprudência já admitir a possibilidade de a Administração Pública indireta participar de arbitragens, a nova lei sacramentou o entendimento de que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e até mesmo o governo brasileiro podem ser partes em procedimentos arbitrais. Tal previsão encerrou um longo período de incertezas e deu início a uma nova fase de desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

Todavia, faz-se necessário destacar a reserva feita no § 3º do art. 1º da LAB, na medida em que veda a possibilidade da arbitragem ser decidida *ex aequo et bono* e em que se exige o respeito ao princípio da publicidade.

Importante citar que o CAM-CCBC, já antevendo a cada vez maior participação da administração pública em arbitragem, fez publicar a Resolução nº 9/2014, informando a correta interpretação do regulamento em procedimentos arbitrais que envolvem a Administração Pública brasileira.

A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM INSTITUCIONAL BRASILEIRA

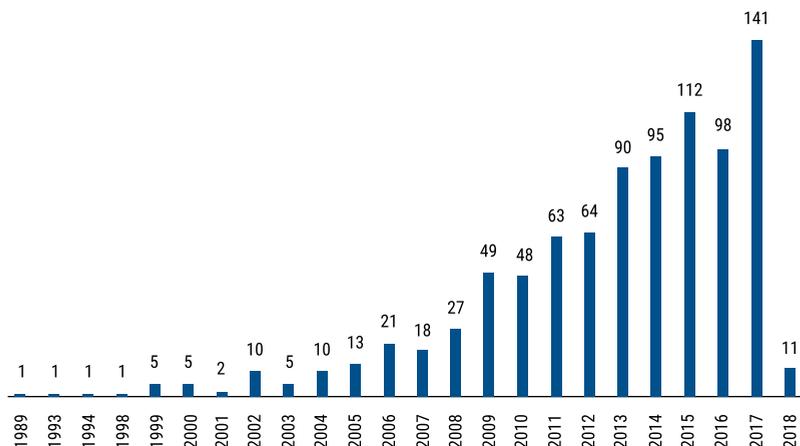
A partir da análise da “Pesquisa: Arbitragem em Números e Valores”, publicada pela Dra. Selma Ferreira Lemes em abril de 2017, que estudou a evolução da arbitragem em seis Câmaras de Arbitragem brasileiras em um período de sete anos, constata-se relevante o aumento dos números, inclusive com a efetiva participação de entes da administração pública.⁴ Diante de tal averiguação, é importante analisar as estatísticas publicadas pelo CAM-CCBC, encontrando importantes indicadores da arbitragem institucional brasileira.

Desde a fundação da instituição, o CAM-CCBC apresentou crescente número de procedimentos arbitrais iniciados a cada ano:

Atualizado em 28 de fevereiro de 2018 - Fonte: CAM-CCBC

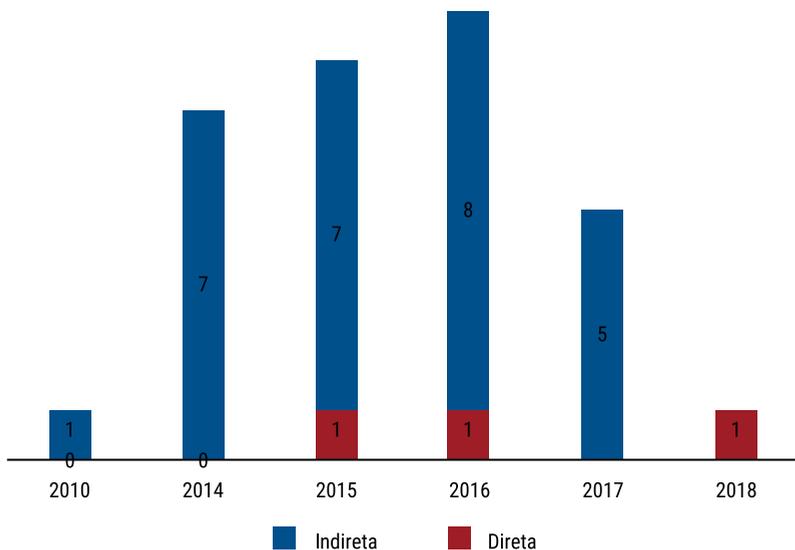
⁴ Esse percentual provavelmente tenderá a subir nos próximos anos, haja vista a previsão expressa na Lei de Arbitragem (lei nº 9.307/96, alterada pela lei nº 13.129/2015) da previsão da arbitragem com a Administração Pública nos contratos de PPP, concessões em geral e a Parceria Pública de Investimento - PPI (lei nº 13.334/2016 e MP nº 752/2016). (LEMES, 2017, p. 3).

Arbitragens iniciadas por ano



Dentre os 722 procedimentos arbitrais instaurados entre janeiro de 2010 e fevereiro de 2018, destacam-se 31 que envolveram entes da administração pública, sendo que, em relação a 28 deles, a Administração Pública indireta figurou como parte, ao passo que a direta compôs a lide processual arbitral em três casos.

Arbitragens com a administração pública direta e indireta



Atualizado em 28 de fevereiro de 2018 - Fonte: CAM-CCBC

Ademais, conforme previamente mencionado neste trabalho, outra significativa mudança que emergiu a partir da reforma da lei diz respeito à previsão do princípio da publicidade nas arbitragens que envolvem entes da administração pública.

Nessa linha, partindo-se da premissa de que a publicidade está categoricamente prevista em lei e que nela não há critérios objetivos para sua efetivação, questionava-se em qual medida se daria o acesso às informações do procedimento. Seria permitido a eventuais interessados o acompanhamento de audiências? Seria possível a consulta aos autos ou a publicação de notas sobre os procedimentos em veículos de grande circulação? Considerando tais questionamentos e visando a atender à necessidade da publicidade, o CAM-CCBC publicou a Resolução Administrativa nº 15/2016,⁵ definindo que, em procedimentos arbitrais que envolvem União, Estados ou Municípios, somente as informações sobre existência do procedimento arbitral, o nome das partes e a data do requerimento estariam disponibilizadas em seu sítio da Internet. O acesso a todas as demais informações e aos documentos devem ser estabelecidas pelas partes no Termo de Arbitragem, uma vez que o comando legal a elas se dirige.

OS DESAFIOS IMPOSTOS À EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

É indisputável que a arbitragem tem evoluído. De utilização praticamente restrita à Europa, passou a ser encarada como método adequado de solução de disputas comerciais pelos anglo-americanos, seguida da difusão nos países em desenvolvimento e em outras regiões do planeta. Em razão do crescente número de casos e operadores especializados – partes, advogados, árbitros e peritos – vindos de diversas formações jurídicas, é cada vez maior a influência de uma cultura jurídica na outra.

Não é diferente no caso do Brasil. A influência das experiências de outros ordenamentos contribuiu e ainda contribui para a evolução e o aprimoramento do método pela comunidade jurídica nacional. A presença regulada da Administração Pública nas arbi-

⁵ Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1569/resolucao-administrativa-n%C2%BA-152016>>.

tragens comerciais, a inclusão da arbitragem como método para resolução de conflitos entre empregado e empregador originada da reforma trabalhista⁶ e a crescente do third-party funding são exemplos de situações que emergiram diante da necessidade de sofisticação da técnica em relação às exigências do mercado internacional. Nesse particular, vale mencionar que o CAM-CCBC também expediu a Resolução Administrativa nº 18/2016, com o objetivo de informar e orientar as partes e os árbitros sobre como abordar a existência de financiamento de terceiros em procedimentos que administra.

Todavia, diferentemente de Portugal, no cenário brasileiro ainda se discute a possibilidade da arbitragem como meio de solução de conflitos em matéria tributária. Isso se deve ao fato de a estrutura normativa tributária estar delineada no próprio texto constitucional, e as normas gerais de direito tributário estarem delimitadas em lei complementar, ou seja, por meio do Código Tributário Nacional. Desse modo, é natural que grande parte das questões de direito tributário sejam respondidas em um longo período, haja vista que são levadas para a apreciação do Supremo Tribunal Federal, que é a corte constitucional brasileira.

Aliado a esse fator, em linhas gerais, registra-se que existem duas vias de acesso ao contencioso brasileiro: o processo administrativo e o judicial. Via de regra, a discussão sobre o lançamento de um crédito tributário se dá em tribunais administrativos, e após uma decisão desfavorável nessa sede é que o contribuinte leva o conflito à apreciação do Poder Judiciário. Portanto, é nesse contexto que a análise da adoção da arbitragem tributária se dá no Brasil.

Diante desse cenário, diversos argumentos favoráveis e desfavoráveis são apontados pela Academia e pelos praticantes da arbitragem no Brasil. Como entraves, ventilam-se a necessidade de alteração do Código Tributário Nacional e da Lei Brasileira de Arbitragem, ao passo que a adoção de um sistema “multiportas” é vista por muitos como uma opção viável à maior celeridade e especialidade das decisões de natureza tributária.

6 BRASIL, lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Nesse sentido, entende-se que, diante da supressão dos paradigmas anteriores à reforma da lei de arbitragem comercial e da exitosa experiência portuguesa com a arbitragem fiscal, o Brasil tem um cenário favorável ao desenvolvimento da arbitragem em matéria tributária. Contudo, sabe-se que muitos desafios serão enfrentados pela Administração Pública, pelo sujeito passivo da relação tributária e pelos centros de arbitragem brasileiros.

Por fim, mas não menos importante, cabe dizer que há uma constante preocupação dos arbitralistas brasileiros com as diversas iniciativas legislativas que pretendem, nem sempre da melhor maneira, alterar a sistemática existente. O instituto da arbitragem no Brasil, se não é perfeito, representa uma efetiva conquista, que, exatamente por ter sido exitosa, deve ser preservada. Qualquer alteração só pode ser feita mediante extremo cuidado, não colocando a perder tudo o que foi conquistado, tal como a comissão formada no Senado Federal, que controlou e efetivou a revisão legislativa de 2015.



EDUARDO TALAMINI

Livre-docente, doutor e mestre pela Universidade de São Paulo. É professor de Direito Processual Civil e Arbitragem na Universidade Federal do Paraná e advogado.

EDUARDO TALAMINI

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

São várias as normas no direito brasileiro que preveem o cabimento de arbitragem para conflitos que envolvem entes da Administração Pública. Além das previsões em específicas leis setoriais (como no caso do petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, v.g. – lei nº 9.478/1997, art. 43, IX; lei nº 12.351/2010, art. 29, XVIII), os estatutos gerais das parcerias público-privadas (art. 11, III, lei nº 11.079/2004) e das concessões (lei nº 8.987/1995, art. 23-A, acrescido pela lei nº 11.196/2005) também autorizaram o emprego da via arbitral. Mais do que isso, a Lei de Arbitragem (lei nº 9.307/1996) foi reformada para prever expressamente que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º, acrescido pela lei nº 13.129/2015). Depois disso, a arbitrabilidade de conflitos que envolvam a Administração tornou a ser afirmada no âmbito dos conflitos societários das empresas estatais (lei nº 13.303/2016, art. 12, parágrafo único) e relativamente a contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal (lei nº 13.448/2017, artigos 15, III, e 31).

A despeito disso, as disputas a respeito da arbitrabilidade dos conflitos dos entes administrativos, ainda que tenham sido, em

boa medida, superadas, não cessaram por completo.¹ O nó górdio permanece sendo a “indisponibilidade” dos direitos da Administração Pública. Em nome dela (que não é mais do que uma das facetas do discurso – pouco preciso e muito discutível em seus termos – da “indisponibilidade do interesse público”), ora se preconiza a limitação drástica da incidência da arbitragem,² ora se afirma a própria inconstitucionalidade dessas normas.³

Assim, cabe o exame do tema, ainda que sumário, para evidenciar que: (a) as regras gerais sobre arbitragem já bastariam para autorizar seu emprego em casos que envolvem a Administração

1 É amplíssima a doutrina afirmativa do cabimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública – ainda que os fundamentos adotados variem intensamente, a ponto, por vezes, de restringir-se a arbitralidade objetiva a limites tímidos e, como se vê a seguir, injustificáveis. Além dos textos adiante citados, podem ser referidos, entre muitos outros: TÁCITO, Caio. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 210, 1997; DALLARI, Adilson. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, vol. 13, 1996; GRAU, Eros Roberto. Da arbitralidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, vol. 18, 2002; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 209, 1997; WALD, Arnaldo. Arbitragem em contrato administrativo. *Valor Econômico*, 15 de maio de 2012; CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52 e seguintes; GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 233, 2003; VALENÇA FILHO, Clavio. Arbitragem e contratos administrativos. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, vol. 8, 2000; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem do professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004; PINTO, José Emilio Nunes. A arbitralidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, vol. 1, 2004; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 2, 2004; LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007; SUNDFELD, Carlos Ari; CAMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 248, 2008; CALMON, Eliana. A arbitragem e o Poder Público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 24, 2010; TIBURCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 9, 2006, e A arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 18, 2010; TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, vol. 29, 2011; SALLES, Carlos Alberto. Arbitragem em contratos administrativos. *Revista de Janeiro: Forense*, 2011; FILHO, Romeu Felipe Bacellar. O Direito Administrativo, a arbitragem e a mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 32, 2012; RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, vol. 3, 2013; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 12.12.11.7, p. 642 e seguintes. Vejam-se ainda os textos de diversos autores reunidos em PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

2 Veja-se, por exemplo, a decisão proferida em primeiro grau de jurisdição no caso “ANP X Petrobrás – Campos de Lula e Cernambi” (TRF2, autos de Ação Anulatória 0005966-81.2014.4.02.5101, j. 13.05.2015).

3 É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 734).

Pública; (b) são constitucionais as normas que explicitam tal possibilidade; (c) o alcance dessas normas é amplo, equiparando-se, no geral, aos limites postos aos sujeitos privados. Depois, cumpre tratar de peculiaridades que cercam a arbitragem de que participam entes públicos:

“DISPONIBILIDADE” COMO PRESSUPOSTO OBJETIVO DA ARBITRAGEM

A expressão “direito (in)disponível” comporta, entre vários,⁴ dois significados relevantes e inconfundíveis – aliás, mais do que uma simples diferença de acepções, o objeto sobre o qual recai o atributo da “(in)disponibilidade” é diverso em um caso e outro.

“Indisponibilidade” como impossibilidade de renúncia ao direito material

Em um primeiro sentido, a “indisponibilidade” retrata a pura e simples impossibilidade de renúncia a determinado direito material. Nessa acepção, afirma-se que o direito é “indisponível” quando o seu titular não puder abdicar dele como e quando bem entender. Não pode dispor negocialmente sobre ele de modo livre; não pode simplesmente doá-lo, abrir mão dele.

No âmbito das relações patrimoniais privadas, em regra, os direitos materiais são disponíveis. Assim, e em princípio, o particular pode dar a um bem de sua propriedade o destino que melhor lhe aprouver. Pode doá-lo. Pode até mesmo destruí-lo – respeitadas as normas de segurança e salubridade públicas. Enfim, pode simplesmente abrir mão do direito que tem sobre tal bem, independentemente de qualquer contrapartida.⁵

A Administração Pública, por sua vez, titulariza posições jurídicas que são, em grande medida, “indisponíveis”, na acepção ora destacada. Isso é decorrência direta do princípio constitucional repu-

4 Sobre o caráter polissêmico do termo “(in)disponibilidade”, veja-se OLIVERO, Luciano. *L’indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*; Turim: Giappichelli, 2008, n. 1.1, pp. 17 ss.

5 Não se ignora haver, na ordem jurídica contemporânea, marcante funcionalização da propriedade privada (CF, artigos 5º, XXIII; 170, III; 182, § 2º; 184; 185, parágrafo único) – que repercutirá sobre a disponibilidade desse direito, limitando-a em alguma medida (p. ex., considerem-se os parâmetros impostos pelo art. 186 da CF ao uso da propriedade rural). De qualquer modo, permanece o elemento nuclear da disponibilidade, que permite a renúncia ao direito.

blicano: se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem particular seu. Mais ainda: existem valores, atividades, bens públicos que são inalienáveis em qualquer hipótese. Então, no que tange ao núcleo fundamental de tarefas, funções e bens essencialmente públicos, não há espaço para atos de disposição.⁶

De qualquer modo, é desnecessário aqui qualquer aprofundamento da questão, porque, como se verá adiante, não é a “indisponibilidade” em tal acepção o parâmetro para cabimento da arbitragem.

“Indisponibilidade” como impossibilidade de submissão espontânea à razão alheia (indisponibilidade da intervenção judicial)

Em uma segunda acepção, “indisponibilidade” consiste na impossibilidade de o sujeito, constatando que não detém razão em determinado conflito, curvar-se à pretensão alheia que é fundada, procedente. Vale dizer, proíbe-se o próprio reconhecimento espontâneo e extrajudicial de que não se tem razão e impõe-se como necessário e imprescindível o concurso da jurisdição estatal – apenas a esta caberá dizer quem tem razão.

Essa situação pode ser melhor designada como indisponibilidade ou “necessariedade da intervenção judicial”.

6 A indisponibilidade dos bens públicos, mesmo na acepção ora destacada, comporta gradações. Há atividades e bens que, em vista de sua absoluta essência pública, não podem ser abdicados em hipótese nenhuma (ex.: não se concebe que o Poder Público possa renunciar ao seu poder de legislar ou à sua titularidade do poder de polícia). Já em outros casos, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais justificam que, observadas determinadas condições, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações desse bem “indisponível”. Assim, a potestade tributária é indisponível, mas é possível lei autorizando a remissão, a anistia, do crédito fiscal. Na mesma linha, há, na esfera federal, autorizações legais bastante amplas e genéricas para a realização de acordos processuais, inclusive com renúncia a direitos (Lei nº 9.469/1997, art. 1º; Lei nº 10.259/2001, art. 3º c/c art. 10). De resto, e uma vez observado o devido processo administrativo e a devida contrapartida remuneratória, inúmeros bens jurídicos da Administração são suscetíveis de disposição contratual (o instituto do contrato administrativo tem sede constitucional: art. 37, XXI, CF – além das diversas disposições constitucionais que aludem ao contrato administrativo de concessão).

Excepcionalidade da hipótese

São excepcionais as situações de direito material para as quais o processo judicial é verdadeiramente indispensável.

O exemplo normalmente lembrado é o da perseguição penal. Vigoram o princípio da necessidade do processo penal e da indisponibilidade da defesa técnica. Por mais que o acusado esteja convencido de que é culpado e deve ser punido, é indispensável um processo judicial para tanto. Ainda que o acusado não queira defender-se, ser-lhe-á providenciado um defensor. Nesses casos, não há como solucionar-se a lide senão com a intervenção do juiz estatal. É a isso que se referem os processualistas penais quando aludem à “indisponibilidade da liberdade no processo penal”.⁷

No âmbito civil, são raras as hipóteses em que isso ocorre. Como exemplos, podem ser citadas determinadas situações que envolvem o estado das pessoas, tais como a separação judicial e o divórcio, quando o casal tem filhos menores ou incapazes; a falência e a insolvência. É o que se passa também com o regime sancionatório da improbidade administrativa (lei nº 8.249/1992)⁸ e com a decretação de invalidade de registros públicos (lei nº 6.017/1973, artigos 214, §1º, e 216). Nesses casos, a ação judicial é necessária; o processo judicial é indispensável. Não basta a própria parte reconhecer que não tem razão, que deve, que é culpada... Apenas uma sentença judicial poderá produzir o resultado devido.

Mas trata-se de circunstância excepcional. A garantia de acesso ao Judiciário não pode ser transformada em obrigatoriedade de acesso. Vigora, nesse sentido, o princípio geral da disponibilidade.⁹

7 Como escreve Aury Lopes Jr. (*Direito processual penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. 1, n. 6, p. 7): “Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*)”.

8 “Quando se pretende a caracterização de ato de improbidade previsto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas além da demissão, a investigação deve ser judicial” (STJ, 3ª Seção, MS 15.054/DF, j. 25.05.2011, com unanimidade quanto ao ponto).

9 Como escreveu Roberto Bacellar, “o Poder Judiciário” deve ser compreendido como “órgão oficial disponível”: “as pessoas sempre puderam resolver seus conflitos pessoalmente, por meios consensuais extrajudiciais e até com a eleição de terceiro não integrante dos quadros da magistratura” (Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. 3, n. 3.1, p. 51-52).

Sua não incidência, em regra, nas relações de direito público

A “indisponibilidade” – nesse segundo sentido, de necessidade da intervenção judicial – é excepcional mesmo no âmbito do direito público. Os entes da Administração Pública podem e devem resolver seus conflitos com terceiros sem terem de recorrer ao Judiciário. Os mesmos vetores constitucionais que ao Poder Público e aos seus entes descentralizados impõem o princípio da “indisponibilidade” na primeira acepção acima indicada (irrenunciabilidade de um direito existente) igualmente lhe impõem o dever geral de resolver seus conflitos extrajudicialmente. Vale dizer: também para a Administração Pública, a regra é a “disponibilidade”, no segundo sentido aqui exposto (possibilidade de solução de conflitos sem a intervenção do juiz estatal).

A Administração Pública, ao constatar que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade (CF, artigos 5º, II, e 37, caput). Em regra, tal submissão independe da instauração de processo judicial. Trata-se de imposição inerente à própria relação material de direito público: se o Estado constata que o particular tem um determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento a esse direito. Do mesmo modo, se o Estado verifica que não existe o direito ou poder que pretendia exercer em face do particular, cumpre-lhe abster-se de fazê-lo, sem que precise receber uma ordem judicial para tanto. A não necessidade da intervenção judicial nos litígios públicos deriva também do princípio constitucional da moralidade (CF, artigos 5º, LXXIII, e 37, caput e § 4º). Há a imposição de que a Administração Pública paute suas condutas de acordo com o princípio da boa-fé. Se a Administração constata que a posição jurídica do particular é correta, não lhe é dado valer-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se ao cumprimento do dever dali extraível.

Por outro lado, o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, na primeira acepção antes vista, tampouco desautoriza a constatação ora feita. A Administração Pública não está dispondo, “abrindo mão”, de um bem público quando dá cumprimento a direito alheio – e isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se

não há direito em favor da Administração, não há que se falar na existência de um bem público.

Evidentemente, o reconhecimento da razão do particular precisará dar-se mediante devido processo administrativo; o cumprimento do dever junto ao particular precisará ser deferido pela autoridade administrativa competente, e assim por diante. Mas o fundamental é que é possível – mais do que possível, é dever da Administração – cumprir direitos alheios ou abdicar de pretensões infundadas quando constatado que não tem razão.

Enfim, os conflitos envolvendo o Poder Público, em regra, podem e devem ser resolvidos sem a intervenção do Poder Judiciário.¹⁰

Indisponibilidade do direito material versus indisponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional estatal

Como indicado, a rigor, a diferença entre as duas hipóteses ora destacadas não reside propriamente na diversidade de acepções do vocábulo “(in)disponibilidade”, considerado em si mesmo. Antes, ela concerne ao objeto sobre o qual recai a indisponibilidade em um caso e em outro.

Em ambas as hipóteses, o termo “indisponibilidade” pode ser compreendido como impossibilidade de renúncia, abdicção, a uma posição jurídica. Todavia, no primeiro caso (item 3.1.1, acima), a indisponibilidade incide sobre o próprio direito material. O sujeito abre mão do direito material de que é titular. Na segunda hipótese, o atributo da indisponibilidade concerne ao direito à proteção judiciária. As partes envolvidas no conflito (notadamente aquela que não tem razão) abdicam a possibilidade de submeter o litígio ao Poder Judiciário. Aquele que não tem razão deixa de valer-se do direito à tutela da jurisdição estatal e, desde logo, curva-se à razão do adversário. A renúncia, nesse caso, nada tem a ver com o direito material – que eventualmente nem sequer existe –, mas com a pretensão de tutela judicial.¹¹

¹⁰ Exceções, impondo a necessidade da intervenção judicial nas relações de direito público (não criminais), são encontradas, por exemplo, no art. 95, I, da Constituição, e no já referido regime sancionatório por improbidade administrativa (artigos 12, parágrafo único, e 16, 18 e 20, entre outros, da lei nº 8.429/1992).

¹¹ A pretensão de tutela judicial não se confunde com a pretensão de direito material, que é

O critério para a definição da disponibilidade relevante para a arbitrabilidade objetiva

Diante dessa óbvia distinção, cumpre definir qual das duas hipóteses de indisponibilidade é relevante para a aferição do cabimento da arbitragem. A resposta depende da identificação da função e, conseqüentemente, da natureza da convenção arbitral. Qual o objeto da convenção arbitral: dispor sobre o próprio direito material ou sobre a pretensão de proteção judicial? Trata-se de um pacto de direito material ou processual?

Caso se repute que a convenção arbitral consiste em um ato de disposição sobre o próprio direito material, será imprescindível, para sua validade e eficácia, que o próprio direito material seja disponível. Caso se reconheça ser a convenção arbitral um pacto pelo qual se renuncia à submissão da causa ao Judiciário, a fim de submetê-lo a um método heterônomo privado, sem afetar o direito material, daí, então, impor-se-á a conclusão de que a pretensão de tutela judicial é que precisa ser disponível, e não o direito material.

Essas considerações, que beiram o truísmo, têm sido, todavia, constantemente ignoradas no trato do tema.

O objeto e a eficácia processual da convenção arbitral

O objeto - e o conseqüente efeito - principal da convenção de arbitragem tem natureza processual.

Ato de disposição de posições jurídico-processuais

Na convenção arbitral, os contratantes dispõem essencialmente sobre posições jurídico-processuais. Em regra, eles podem op-

o poder de exigir concretamente o cumprimento de um dever de cunho prestacional e está no plano substancial. Também é inconfundível com o direito genérico de acesso à Justiça, que é abstrato e totalmente incondicionado (mesmo quando o pedido não cumpre minimamente os pressupostos de admissibilidade, o jurisdicionado tem o direito de receber do juiz a decisão que não conheça de sua demanda). A pretensão de tutela judicial é submetida a pressupostos de admissibilidade e se refere a um bem de vida específico, em face do qual tais pressupostos são aferidos. Sobre o tema, veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2000, n. 429 ("Tutela jurisdicional"), pp. 820-823, vol. II; e LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile* tedesco. trad. Edoardo Ricci, da 9. ed. alemã, de 1959). Nápoles: Morano, 1962, n. 36, pp. 145-147.

tar por não provocar a jurisdição. Assim, podem igualmente, de modo consensual, encontrar outro modo de solução para o conflito, que lhes pareça mais adequado às peculiaridades concretas da situação litigiosa. Com isso, estão exercitando sua liberdade, sua autonomia, mas não porque pretendam abrir mão de seu (possível) direito material, e sim porque desejam um modo de solução alternativo ao judicial.¹² Pela convenção arbitral, as partes ajustam que não irão valer-se da via judicial para a solução de um conflito atual ou futuro relativo a determinado bem de vida ou a conjunto de bens de vida, optando por uma forma de tutela também heterônoma, mas alternativa à solução estatal. Portanto, pactuam que não exercerão a pretensão de obter proteção jurisdicional estatal no que concerne àquele objeto disputado. É desse direito, processual, que dispõem.¹³

Sob outra perspectiva: as partes excluem a competência (ou jurisdição) dos agentes e órgãos judiciários para a solução do mérito de um litígio, selecionando ou definindo critérios para selecionar outros julgadores.¹⁴

Em suma, esses efeitos são eminentemente processuais.¹⁵

12 Como precisamente observa ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO: "Não há, com efeito, qualquer analogia entre o contrato de transacção, em que as partes põem termo a um litígio mediante abandonos ou concessões recíprocas (o que implica que possam dispor dos direitos que daquela são objecto), e a convenção de arbitragem, mediante a qual as partes confiam a um decisor independente e imparcial, por elas directa ou indirectamente escolhido, a resolução de um litígio existente entre elas, de acordo com o direito ou com a equidade. Igualmente nenhuma analogia se pode estabelecer entre a renúncia a um direito (ou a desistência dele em juízo) e a submissão a decisão por árbitro das controvérsias, actuais ou futuras, àquele respeitantes" (Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa: intervenções. Coimbra: Almedina, 2011, n. 12, p. 26). Na mesma linha, POLCINI, Antonella Tartaglia. *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*. Nápoles: Scientifche Italiane, 2002, n. 26, p. 279.

13 "No compromisso (...) realiza-se uma disposição (ou melhor, uma peculiar modalidade de exercício) do direito processual à tutela jurisdicional e (uma particular expressão) da legitimidade para agir em defesa de um direito próprio" (BARLETTA, Antonino. La 'disponibilità' dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato. *Rivista di diritto processuale*, vol. 4, 2008, n. 5, p. 998, original em italiano).

14 Como nota EDOARDO RICCI, "evidente que a convenção de arbitragem é, ela mesma, convenção. Contudo, não é convenção sobre o objeto da lide, nem ato de disposição do direito controvertido: é convenção sobre objeto diferente, sobre a simples escolha do juiz" (Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares (in memoriam)*. São Paulo: Atlas, 2007, n. 2, p. 406).

15 Não se ignoram efeitos materiais que eventual e secundariamente podem advir da convenção arbitral, tais como a distribuição dos custos do processo arbitral, quando isso já foi estabelecido na convenção.

A convenção arbitral como negócio jurídico processual

Enfim, a convenção arbitral, em qualquer de suas modalidades, não é ato de disposição do direito material envolvido, mas ato de disposição da pretensão de tutela pelo Judiciário. Pode-se aludir a um negócio jurídico processual,¹⁶ em lugar da vetusta noção francesa de contrato de direito privado.

A qualificação do pacto de arbitragem como negócio processual pode até ser objeto de alguma controvérsia terminológica ou taxonômica, mas ninguém nega que sua eficácia preponderante é processual. Comumente, tal pactuação ocorre fora de um processo judicial – e, muitas vezes, antes mesmo de existir um litígio (cláusula compromissória). Para parte da doutrina, a circunstância de um ato ser praticado fora do processo é irrelevante para que ele possa ser classificado como processual: importa é que ele gere efeitos processuais (constituindo, extinguindo ou modificando direitos ou poderes processuais). Nessa perspectiva, a convenção arbitral, em qualquer hipótese, merece ser qualificada como negócio jurídico processual.¹⁷ Outra vertente, contudo, prefere qualificar como processual somente o ato jurídico que não apenas gera efeitos processuais, mas que também é praticado dentro do processo, pelos sujeitos do processo. Para esses doutrinadores, a convenção de arbitragem, excetuado o compromisso arbitral realizado em juízo (lei nº 9.307/1996, art. 9º, § 1º; lei nº 9.099/1995, art. 24), não poderia ser qualificada como um negócio processual. Contudo, o fundamental é que mesmo esses autores não negam que a convenção de arbitragem tem objeto e eficácia principal com natureza processual.¹⁸

16 É a concepção prevalecente na doutrina alemã (cf. LEIBLE, Stefan; LEHMANN, Matthias. El arbitraje en Alemania. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 162, 2008, n. 1.4, p. 31). Entre nós, veja-se GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedroso de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 1, p. 290-292, e n. 6.3, p. 298-299. Na Itália, confira-se BOVE, Mauro. *La giustizia privata*. Pádua: Cedam, 2009, cap. 2, n. 3, p. 33-36, e, muito antes, CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Pádua, Cedam, 1936, vol. II, n. 420, p. 78.

17 Essa era a concepção de CARNELUTTI (Ibidem). No Brasil, cf., v.g., MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, vol. II, n. 421, p. 231.

18 Veja-se, por exemplo, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. (trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco, da 4. ed. italiana, de 1980). Rio de Janeiro: Forense, 1985,

Idêntica consideração é aplicável à doutrina que modernamente permanece enfatizando o caráter contratual da convenção de arbitragem. A afirmação de que o compromisso constitui um contrato é invariavelmente acompanhada do reconhecimento de sua eficácia processual. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 tornou a ocupar-se do compromisso arbitral, mas em perspectiva absolutamente diversa da do diploma de 1916 (que, ainda contaminado pela concepção não autônoma do processo em face do direito material, equiparava o compromisso arbitral à transação). O Código atual foca apenas a inequívoca base negocial do instituto, incluindo-o entre as espécies de contrato (arts. 851 a 853). Não pretende atribuir-lhe eficácia de direito material – pelo contrário, remete a disciplina do instituto, quanto a todos os demais aspectos, à lei própria. Em suma, se a convenção contratual é um contrato, é um contrato eminentemente processual.¹⁹

A disponibilidade da pretensão à tutela judicial como elemento relevante para a arbitrabilidade

Uma vez reconhecido que a convenção arbitral constitui ato de disposição da pretensão à tutela judicial, e não ato de disposição do direito material, não pode haver dúvidas quanto a qual é a “(in) disponibilidade” relevante para a arbitrabilidade objetiva. O que necessita ser disponível é, precisamente, a posição jurídica que é objeto do ato de disposição. Portanto, é apenas a segunda aceção antes exposta de “indisponibilidade” – a indisponibilidade da pretensão de tutela judicial – que tem relevo para a aferição do cabimento da arbitragem. É a essa aceção de (in)disponibilidade que será referida, doravante neste parecer, como parâmetro

vol. I, n. 98, p. 221.

¹⁹ No dizer de Christian Larroumet, em ensaio dedicado ao “contrato de arbitragem internacional”: “O objetivo do acordo de arbitragem é excluir a competência dos juízes estatais, quaisquer que sejam esses juízes. Esse acordo é um contrato em virtude do qual as partes se comprometem reciprocamente, o que faz com que ele seja de natureza sinalagmática. Por isso, o acordo deveria observar os requisitos de validade dos contratos e produzir os efeitos desses. Todavia, é um contrato muito particular que tem como objeto um ato jurisdicional. Deste ponto de vista, se o acordo de arbitragem se aproxima a uma cláusula relativa a competência do juiz estatal na medida em que, como essa última, o acordo de arbitragem prepara um ato jurisdicional, o aspecto jurisdicional é distinto e muito mais completo, uma vez que as partes no acordo excluem a competência dos juízes estatais em favor da dos árbitros”. (A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía. In: ROMERO, Eduardo Silva; ESPINOSA, Fabricio Mantilla (coord.). Bogotá: Legis, 2005 (1. reimp., 2008), n. 2, p. 14). Ver também APRIGLIANO, Ricardo. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. Revista do Advogado (AASP), São Paulo, vol. 116, 2012, n. 1, p. 177.

de cabimento da arbitragem.

Cabe a arbitragem sempre que a pretensão à tutela judicial for disponível – vale dizer: sempre que a situação conflituosa puder ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o litígio entre as partes versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente por elas, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelos próprios litigantes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral, sob o pálio das garantias do devido processo.²⁰

Esse é o único significado racional da regra do art. 1º da lei nº 9.307/1996, quando alude ao cabimento da arbitragem “para dirimir direitos patrimoniais disponíveis”. Também é esse o sentido do § 1º do mesmo artigo, ao aludir ao emprego da arbitragem pela Administração Pública. Aliás, a norma do art. 852 do atual Código Civil foi mais clara, ao definir por exclusão o campo objetivo de aplicabilidade da arbitragem: ficam de fora as “questões de estado, de direito pessoal de família e (...) outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Obviamente, a expressão “questões de estado” nada tem a ver com “questões de direito público”. A referência é a status jurídico: estado familiar (status familiae), estado de cidadania (status civitatis) e o estado de liberdade (status libertatis) – salienta-se causas que se enquadram na acepção de “indisponibilidade” ora destacada, de necessidade de intervenção de um juiz estatal.

Em suma, a (in)disponibilidade do próprio direito material é irrelevante para a determinação do cabimento da arbitragem, em todo e qualquer caso. Se a convenção arbitral nada dispõe sobre o direito material, não há sentido em afirmar que o direito mate-

20 Como escreve JUAN MONTERO AROCA: “... não cabe arbitragem, e do mesmo modo sentença arbitral, quando uma consequência jurídica apenas pode ser obtida por meio de sentença [judicial]; ao passo que, se os particulares podem alcançar essa consequência por eles mesmos, nada impede que se alcance também por meio de arbitragem e de sentença arbitral. (...) Podem ser objeto de arbitragem as consequências jurídicas previstas nas leis que podem ser aplicadas pelos titulares das relações jurídicas” (Proceso (civil y penal) y garantía: el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad. Valência: Tirant Lo Blanch, 2006, cap. 10, p. 437. (Original em espanhol).

rial precisaria ser disponível para caber arbitragem.²¹

Nem se diga que a indisponibilidade do direito material teria importância remota ou mediata, no sentido de que repercutiria sobre o regime da pretensão de tutela judicial, fazendo-a também indisponível. Isso é desmentido pelos exemplos óbvios antes apresentados (nº 3.1.1 e 3.1.2). Não há essa correlação. Como nota Bedaque, os reflexos que a relação de direito material disponível pode produzir no processo “referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial”. Não há “vinculação” necessária entre a disponibilidade do direito material e a disponibilidade de direitos, faculdades e poderes processuais.²²

O princípio geral da arbitrabilidade dos litígios do Poder Público

Reitere-se que a indisponibilidade da pretensão de tutela judicial é excepcional inclusive no âmbito do direito administrativo. Tanto no direito público tanto quanto no direito privado, limita-se a casos específicos, tais como aqueles antes mencionados. O princípio geral é o de que o Poder Público tem o dever de cumprir obrigações e respeitar direitos alheios independentemente de intervenção jurisdicional. Não é demais repetir: apenas a (in) disponibilidade da pretensão de tutela judicial tem relevo para a aferição do cabimento da arbitragem.

O critério de arbitrabilidade objetiva para a Administração Pública

Assim, a Administração Pública pode pactuar a arbitragem – e, tendo-a pactuado, deve a ela submeter-se – sempre que a situação conflituosa for passível de solução que dispense a intervenção de um juiz estatal. Vale dizer: são arbitráveis todos aqueles

21 Como escreveu PAULA COSTA E SILVA, “não existe uma relação entre a disponibilidade do direito [matéria] e a arbitrabilidade” (Anulação e recursos da decisão arbitral, parte 1. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1992, t. III, p. 922, nota 799). Afinal, não há “ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e a influência da vontade das partes para a determinação dos juizes dos seus litígios” (VENTURA, Raul. *Convenção de arbitragem*, parte 1. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, t. II, n. 4.5.2, p. 321)

22 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 3.3.1, p. 91. Ainda antes, BARBOSA MOREIRA já havia atentado para esse aspecto (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, “O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, esp. n. 2-4, pp. 36-38).

casos em que, se constatasse que não tem razão, o Poder Público e seus entes descentralizados teriam o dever de desde logo curvar-se à razão do adversário sem ser necessário, para tanto, esperar um comando judicial.

Isso se aplica inclusive aos casos em que a Administração Pública pode propriamente transigir, mas não se restringe a esses casos. Aplica-se igualmente a todo e qualquer caso em que a Administração Pública possa e deva, desde logo, definir sua razão no caso concreto, sem ter de aguardar uma intervenção judiciária para fazê-lo. Por força da procedimentalização da atividade administrativa e da vigência da garantia do contraditório, a submissão à razão alheia é, em regra, antecedida de processo administrativo. Dessa forma, um dos parâmetros de cabimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública também pode ser expresso nos seguintes termos: em todas as situações para as quais o Poder Público possa desenvolver um processo administrativo para a solução do conflito, há de se admitir também o emprego da arbitragem. Afinal, o processo administrativo desenvolve-se com a potencialidade de dar razão à Administração ou ao particular – hipótese essa em que a Administração se curvará à pretensão fundada da parte contrária ou cessará prontamente o exercício de sua própria pretensão infundada. Sob esse aspecto, o cabimento de processo administrativo está indissociavelmente ligado à desnecessidade de intervenção judicial, ou seja, à disponibilidade de pretensão de tutela judiciária. Reitere-se: se é desnecessária a intervenção do juiz estatal, é sempre possível a arbitragem.

Irrelevância da indisponibilidade dos bens públicos

Por todas essas razões, confirma-se que a indisponibilidade dos bens públicos (i.e., a irrenunciabilidade de direitos materiais da Administração Pública) não interfere minimamente sobre a admissão da arbitragem. Como o primeiro autor deste texto teve a oportunidade de observar anteriormente,

"a arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao ca-

ra-ou-coroa nem à roleta-russa. Está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com as garantias do *due process of law* e, sob esse específico aspecto, controlável pelo Judiciário. Portanto, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito material que eventualmente existe. Apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão. Mas isso também ocorre quando a solução é obtida diretamente pelas partes sem ingressar em Juízo - o que, reitero-se, é em regra possível também nas relações de direito público."²³

Em termos ainda mais precisos, Antonella Polcini afirma que "a decisão da controvérsia será sempre um ato que escapa da autonomia das partes, recaindo na esfera valorativa do juiz terceiro, parcial, independente". Vincula-se a esse aspecto a "exigência do pleno respeito às garantias fundamentais (...) sob pena de nulidade da decisão final."²⁴

Evidentemente, existe a possibilidade de a Administração receber uma sentença arbitral que lhe seja desfavorável, mas tampouco nessa hipótese configura-se qualquer renúncia ou ato de disposição de direito material por parte da Administração. A derrota somente significará que ela não tinha razão quanto ao que pretendia. Então, não haverá nenhuma afronta ou menoscabo ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos, pela singela razão de que se terá apenas constatado que a Administração não possuía o direito material que imaginava possuir - ou seja, ela não estará dispondo de nenhum bem público, porque, pura e simplesmente, ela não é a titular do bem jurídico-material em disputa.

23 TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 4.6, p. 344. A Min. Eliana Calmon, em conferência a respeito do tema, teceu considerações bastante similares: "Ao optar pela arbitragem, o administrador público não mais está transigindo com interesse público ou abrindo mão dos interesses dos instrumentos de defesa do Estado. Está apenas optando por um meio de defesa. Um meio de defesa absolutamente legal e absolutamente consentâneo com a ordem jurídica" (*A arbitragem e o Poder Público*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 24, 2010, p. 13).

24 POLCINI, Antonella Tartaglia. *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*. Nápoles: Scientifiche Italiane, 2002, n. 23, p. 236.

Manifestações doutrinárias específicas

A concepção de “disponibilidade de direito” aqui exposta – que, em regra, não coincide precisamente nem mesmo com aquela da maioria dos doutrinadores brasileiros favoráveis à ampla arbitralidade dos litígios da Administração Pública (que invariavelmente desenvolvem formulações a partir da “(in)disponibilidade” do direito material) – tem sido defendida pelo primeiro signatário do presente ensaio, desde há muito,²⁵ e foi objeto de adesões doutrinárias recentes.²⁶

PATRIMONIALIDADE DAS PRETENSÕES

Além de disponíveis, as pretensões precisam ter caráter patrimonial para serem arbitráveis (lei nº 9.307, art. 1º; C. Civ., art. 852). Todavia, esse não é um requisito problemático – o requisito em questão põe-se em termos bastante amplos e flexíveis. O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.²⁷

25 TALAMINI, Eduardo. Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 119, 2005; *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, vol. 4, 2004, e *Direito processual concretizado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; e com o título Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 5, 2005; *Arbitragem e parceria público-privada (PPP)*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; A (in)disponibilidade do interesse público: decorrências processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 128, 2005; e no ainda inédito “Convenção arbitral como negócio jurídico processual: pressupostos objetivos e subjetivos (arbitralidade)”.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, n. 26, pp. 90-91; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, n. 2.7, p. 82 (v. também n. 2.2.2, pp. 68-70); WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPodivm, 2014, cap. 1, nota 8, p. 29; ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação*. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEZUZI, Renato Resende (coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 423 e 427; FRANZONI, Diego; DAVIDOFF, Fernanda. *Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 41, 2014, p. 225.

27 Sobre a noção de “patrimonialidade”, vide: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984, n. 5.5., p. 63-66; VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, vol. I, n. 21, pp. 102-107; e *Direito das obrigações: conceito, estrutura e funções da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidade das obrigações*. Rio

A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

O cabimento de arbitragem envolvendo o Poder Público - com a consequente legitimidade do ato legislativo que a previu - foi reconhecido pelo STF ainda na década de 1970, no "caso Laje". Admitiu-se a submissão da União Federal a processo arbitral em que se discutia a repercussão patrimonial de ato tipicamente estatal (indenização por desapropriação de imóvel).²⁸

No STJ, são reiteradas as decisões afirmando o cabimento da arbitragem para a solução de litígios da Administração Pública. Todas as decisões lá proferidas sobre a matéria são concordes nesse sentido. O "caso AES Uruguaiana x CEEE" ensejou dois acórdãos unânimes da 2ª Turma a esse respeito.²⁹ No "caso TMC", outros dois pronunciamentos unânimes no mesmo sentido foram proferidos pela 1ª Seção.³⁰ Por fim, mais recentemente, foi julgado, pela 3ª Turma, o "caso Compagás". Em tal acórdão, também unânime, reafirmou-se, agora já como orientação jurisprudencial e doutrinária consolidada, o cabimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Ademais, outras questões correlatas foram decididas, todas de modo favorável ao processo arbitral.³¹

Saliente-se que o "caso Compagás" já havia propiciado importante precedente da justiça estadual paranaense.³² Ainda antes, o TJDF, em acórdão relatado pela depois Ministra do STJ Nancy Andrighi, também havia afirmado o cabimento da arbitragem para

de Janeiro: Forense, 1977, vol. I, n. 28, pp. 90-94; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 10a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, vol. II, n. 126, p. 2-6; GOMES, Orlando. Obrigações. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, n. 12, p. 20-21; LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos (atual J. S. Santa Maria), 1989 vol. II, n. 10, p. 23-25; JUSTEN FILHO, Marçal. Sujeição passiva tributária. Belém: Cejup, 1986, n. 5, pp. 79-80.

28 STF, Tribunal Pleno, AI 52.191/GB, j. 14.11.1973 (disponível também em Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, vol. 68, p. 382).

29 STJ, 2ª Turma, REsp 612.439/RS, j. 25.10.2005; STJ, 2ª Turma, REsp 606.345/RS, j. 17.05.2007.

30 STJ, 1ª Seção, MS-AgRg 11.308/DF, j. 28.06.2006; STJ, 1ª Seção, MS 11.308/DF, j. 09.04.2008.

31 STJ, 3ª Turma, REsp 904.813/PR, j. 20.10.2011. Além da própria arbitrabilidade objetiva do litígio: (a) reconheceu-se a validade de compromisso arbitral, posterior ao contrato administrativo, instituidor de arbitragem ad hoc; (b) afirmou-se a suficiência de previsão genérica no compromisso que remetia à arbitragem todas as questões controvertidas pendentes entre as partes; (c) censurou-se severamente a Administração Pública por voltar-se contra a admissibilidade de arbitragem cuja convenção arbitral ela mesma propôs à parte adversária.

32 TAPR, 7ª Câmara Cível, AC 247.646-0, j. 11.02.2004.

dirimir divergências contratuais administrativas de cunho econômico, mesmo sem haver específica lei autorizadora.³³

DESNECESSIDADE DE PRÉVIA CLÁUSULA ARBITRAL

A Administração Pública pode, tanto quanto qualquer particular, pactuar a arbitragem em compromisso arbitral, já tomando em conta um específico litígio (lei nº 9.307/1996, artigos 3º e 9º a 11). Tratando-se de um conflito interno societário, é dispensável a prévia existência de cláusula arbitral no estatuto ou em outro ato constitutivo da estatal. Nos conflitos externos, decorrentes de contratos administrativos, é igualmente dispensável que a cláusula arbitral já constasse do contrato administrativo ou de sua minuta integrante do edital do processo licitatório. A não previsão no edital não obsta a posterior opção pela arbitragem. Sustentar o contrário implicaria confundir a esfera processual com a material. A arbitragem não constitui, em si mesma, uma vantagem material que precise estar previamente estipulada. Trata-se de mera submissão de um litígio contratual a uma forma legal de solução de conflitos – razão pela qual é dispensável sua previsão em edital.³⁴

PUBLICIDADE

Nos conflitos privados, entre particulares, é extremamente ampla a possibilidade de redução da publicidade no processo arbitral. Na esfera pública, é inviável restringir-se a publicidade por simples opção de vontade. A Administração Pública submete-se ao dever de publicidade (CF, art. 37, caput). Isso está refletido na exigência do § 3º do art. 2º da Lei de Arbitragem: arbitragem que envolva a Administração Pública não se submeterá à regra geral da confidencialidade que vige na arbitragem.

Ainda assim, é possível que a arbitragem envolvendo o ente público submeta-se a um regime de publicidade restrita. Isso dependerá dos fatores envolvidos no litígio (questões de seguran-

³³ TJDFT, Conselho Especial, MS 0003066-90.1998.807.0000, j. 18.05.1999 (disponível também em Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, vol. 8, 2000).

³⁴ Nesse sentido decidiram tanto o TAPR quanto o STJ, no “caso Compagás”, referido nas notas 31 e 32 acima.

ça, intimidade pessoal, propriedade intelectual etc.). As mesmas razões que justificariam a restrição da publicidade no processo judicial (CF, art. 5º, LX) autorizam-na no processo arbitral. O regime processual de publicidade restrita não constitui um sigilo absoluto que torne o processo insindicável. Fica assegurado o acesso aos dados processuais pelas partes e por seus representantes, pelos órgãos de controle da Administração Pública etc. Cada sujeito que tem acesso aos dados assume o dever de, ainda que os utilizando para os fins legalmente admissíveis, zelar para que se mantenha a restrição de publicidade – sob as penas da lei.

Por outro lado, nos casos em que prevaleça a diretriz de publicidade sem restrições na arbitragem, isso não significa um procedimento desenvolvido em sessões públicas e com seus atos sendo publicados em órgãos de imprensa oficial; apenas implica que o tribunal arbitral ou a Administração Pública não poderão recusar-se a prestar informações sobre a causa, quando instados por alguém que detenha legitimidade e interesse jurídico para tanto.

A Lei de Concessões (art. 23-A), a Lei de PPPs (art. 11, III) e a lei nº 13.448 (art. 31, § 3º) exigiram que a arbitragem se faça no idioma português. Ao que se infere, pretendeu-se, assim, ampliar a garantia de publicidade. Nos campos estritos em que incide, tal exigência não impede emprego simultâneo de outro(s) idioma(s), conforme o que venha a ser pactuado pelas partes. Seja como for, não há similar exigência nas regras gerais sobre arbitragem e Administração Pública. Portanto, fora daqueles campos estritos, é possível arbitragem em idioma estrangeiro.

LOCAL DA ARBITRAGEM

Também não existe, nas regras gerais da lei nº 9.307, a imposição de que a arbitragem seja sediada no Brasil.

Exigência nesse sentido põe-se exclusivamente para as arbitragens de conflitos decorrentes de contratos de concessão ou de PPP (lei nº 8.987, art. 23-A; lei nº 11.079/2004, art. 11, III; lei nº 13.448, art. 31, § 3º). Esse requisito, em si mesmo bastante criticável, não deve prevalecer, de qualquer modo, nos casos em que se

dispensa a observância do foro brasileiro para os litígios decorrentes de contratos administrativos submetidos à via judiciária (lei nº 8.666/1993, art. 32, § 6º, e art. 55, § 2º, parte final).³⁵

ARBITRAGEM AD HOC OU INSTITUCIONAL - À ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL E DOS ÁRBITROS

As normas sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública não exigem que o processo subordine-se a um órgão arbitral institucional. A arbitragem pode vir a ser não institucional (ad hoc), com os árbitros não sendo vinculados a nenhuma câmara de arbitragem ou entidade congênere e sem que sejam seguidas as regras ditas por tais instituições.

Contudo, isso não impede - e é altamente recomendável - o emprego da arbitragem institucional. A escolha de uma instituição arbitral com experiência e reputação tende a produzir resultados bastante positivos. A definição da instituição arbitral a atuar no caso concreto independe de processo licitatório. A atividade, por sua natureza peculiar, e sua inserção em negócio jurídico processual, é absolutamente incompatível com aquele mecanismo de seleção. Mesmo nos casos em que a Administração Pública previamente estabelece a cláusula arbitral à qual o particular apenas adere (ex.: previsão de arbitragem já na minuta do contrato que acompanha o edital de licitação), fica de todo descartada uma licitação específica para a definição da instituição de arbitragem. Por óbvio, não se trata de atividade que se possa desempenhar arbitrariamente. A escolha deve ser pautada em parâmetros objetivos e fundamentados, que visem ao melhor resultado para o processo arbitral. Seja como for, eventual falha nesse processo de escolha não poderá ser invocada, especialmente pela própria Administração Pública, para tentar invalidar o processo arbitral desenvolvido perante a câmara selecionada.

Frise-se que a instituição arbitral é inconfundível com os árbitros. A câmara apenas presta o serviço de administração do andamento do processo arbitral. Os árbitros, ao serem escolhidos e assu-

³⁵ Sobre o tema, v. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 10.1.

mirem o encargo, assumem função que, materialmente, é jurisdicional. Sua escolha segue parâmetros estabelecidos pela lei, a convenção arbitral e, a depender desta, o regramento da instituição arbitral. A escolha funda-se em relação de estrita “confiança” das partes (lei nº 9.307, art. 13, caput). Por isso, e com ainda maiores razões, descarta-se a exigência de qualquer processo seletivo das pessoas dos árbitros.³⁶

ARBITRAGEM DE DIREITO – EXCLUSÃO DA EQUIDADE

A arbitragem envolvendo entes da Administração Pública será sempre de direito (lei nº 9.307, art. 2º, § 3º). Fica excluída a arbitragem por equidade (em tese, possível em outros âmbitos – lei nº 9.307, art. 2º, caput). Isso deriva da submissão do Poder Público ao princípio da legalidade (CF, art. 37). Nesse ponto, sim, tem relevância a (in)disponibilidade do próprio direito material. A opção pela arbitragem por equidade pressupõe que o sujeito optante disponha das pretensões materiais envolvidas. Afinal, há a possibilidade de a solução por equidade ser diversa daquela que seria a solução de direito – de modo que o sujeito perderia algo a que, a rigor, ele teria direito. Isso é possível apenas relativamente a direitos materiais disponíveis.³⁷

³⁶ Sobre as questões postas nesse tópico, ver JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e arbitragem: vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. Disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20-%20MJF%20-%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20%C3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf>, acesso em 12/09/2016.

³⁷ Nesse mesmo sentido, RICCI, Edoardo. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares (in memoriam)*. São Paulo: Atlas, 2007, n. 2.

NUNO PEREIRA ANDRÉ

Pós-graduado em contratação pública pela Universidade Católica, em urbanismo, ordenamento do território, ambiente e turismo pela Faculdade de Direito de Lisboa, em direito penal económico e europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra, em gestão e direito das empresas pela Faculdade Nova de Lisboa, e licenciado em direito pela Universidade Lusíada de Lisboa. É advogado, assessor do Grupo Promotor Imobiliário e de Hotelaria e assessor em regime de avença ao CA das Sociedades Parvalorem, Parups e Parparticipadas (Imofundos e Banco Efisa), e árbitro do Centro de Arbitragem Administrativa.

NUNO PEREIRA ANDRÉ

RAZÃO DE ORDEM

A arbitragem, como forma de dar resposta ágil e eficiente às rápidas mudanças que ocorrem no mundo, tem vindo a crescer no nosso ordenamento e internacionalmente. Não lhe é alheia a crise e a multiplicidade de litígios dos últimos anos, ainda que, de acordo com dados recentes, já se note um decréscimo no número de processos e nomeações nos mais relevantes centros internacionais.¹ Um contributo forte à reflexão sobre a arbitragem tem sido dado pela análise económica do direito quando mede os custos (de transacção) do tempo, preço ou confiança num sistema de resolução de litígios, assim como o impacto destes nas escolhas do agente no momento de celebrar ou cumprir um contrato.² A nossa justiça não pode prescindir desse tipo de análise, sob pena de violar o disposto nos números 4 e 5 do Art. 20º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Verdade é que, acompanhando a evolução do Estado Liberal ao Estado Garante, bem como a do Direito Administrativo do acto para a relação, o esbater de fronteiras entre Direito Administrativo

¹ James Clunchy. Disponível em: <https://blogs.lexisnexis.co.uk/dr/arbitration-statistics-a-reality-check/>

² Timm, Luciano Benetti, Guandalini, Bruno e Richter, Marcelo de Sousa, Reflexões sobre uma Análise Económica da Ideia de Arbitragem no Brasil, 20 anos da Lei da Arbitragem, homenagem a Petrônio R. Muniz, Coordenação de Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Iemes, Pedro Baptista Martins, Atlas.

e Direito Privado, o aumento de entidades de natureza ou regime de direito privado, a que são atribuídas funções administrativas ou imposições de serviços (mínimos) de interesse público, e a introdução de conceitos resultantes da jurisprudência europeia, a arbitragem administrativa também vem crescendo em resposta à complexidade que o domínio dessas matérias exige. Diria mesmo que a arbitragem administrativa é, por sua vez, uma manifestação do Direito Administrativo a chamar a si o Direito Privado, uma vez que, como se verá, são muitas as dúvidas que daí resultam em relação à competência³ para conhecer de litígios com tais características híbridas. Por esse motivo, cremos, o CPTA acolhe o regime processual civil, campo de eleição do direito privado, de forma supletiva no seu Art. 1º e no Art. 157º, nº 5, introduz, expressamente, formas de processo civil a tramitar em processo administrativo, assegurando, assim, uma tutela jurisdicional efectiva.⁴

Atento a essa realidade, o legislador nacional tem vindo a dar importantes passos,⁵ como o recente nº 3 do Art. 180º do CPTA e o Art. 476º do CCP, admitindo-se a arbitragem pré-contratual, já transposta de forma exemplar no artigo 19-A do Regulamento de Arbitragem Administrativa do Centro de Arbitragem Administrativa (Caad) - tudo, em suma, no sentido de que os Tribunais Arbitrais são tribunais como os outros, com consagração constitucional no Art. 209º, nº 2, e de que a justiça célere, eficaz e acessível é uma obrigação do Estado, importando ponderar e aplicar proporcionalmente, com recurso à fórmula de peso de Alexy,⁶ os princípios constitucionais que possam estar em causa na admis-

3 Por todos, com muito interesse, Raimundo, Miguel Assis, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, Almedina 2007

4 Gomes Canotilho e Vital Moreira, comentando o art. 212º da CRP, afirmam que: "a competência dos tribunais administrativos deixou de ser especial ou excepcional face aos tribunais judiciais, tradicionalmente considerados como tribunais ordinários ou comuns. A letra do preceito constitucional parece não deixar margem para excepções, no sentido de consentir que estes tribunais possam julgar outras questões, ou que certas questões de natureza administrativa possam ser atribuídas a outros tribunais. Nesta conformidade pode dizer-se que os tribunais administrativos passaram a ser verdadeiros tribunais comuns em matéria administrativa". CRP Anotada, Almedina, 2014.

5 De que são exemplo a arbitragem de consumo, de serviços essenciais, de desporto, ou de propriedade industrial, os quais tocam o direito privado, o direito administrativo e os direitos constitucionalmente garantidos.

6 Alexy, *Robert Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

sibilidade de determinada arbitragem.⁷ O legislador europeu e a jurisprudência da União Europeia não ignoram essa realidade (como resulta, por exemplo, do n.º 9 do Art. 2.º da Directiva Recursos ou da exclusão do contrato de árbitro da Directiva 2014/24/EU) e reconhecem o Caad como órgão jurisdicional no sentido do 267.º TFUE (Ac. Ascendi, que não foi contrariado - antes confirmado - pelo polémico Acórdão Achmea).

Aqui chegados, atentemo-nos que foi recentemente publicado o despacho n.º 5880/2018, de 15 de junho, que amplia as competências do Caad, decorrendo igualmente a discussão do Projecto de Diploma de Arbitragem Societária, o qual mereceu já os relevantes contributos da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA).⁸ Assim, considerando a competência do Caad e uma vez que o projecto de diploma exige que a arbitragem societária seja feita em centros institucionalizados, fazendo mesmo uma referência ao Caad no seu Art. 5.º, n.º 3, existe caminho para a arbitragem societária no Caad? Será possível, nos litígios societários, identificar índices de administratividade que apontem no sentido da competência administrativa para os dirimir? Essa é a questão para cuja discussão tentarei contribuir nas próximas linhas, sendo que, antecipando uma resposta positiva, permitir-me-ei devolver ao Caad, ao final, um desafio de adaptação a esta realidade.

ARBITRAGEM SOCIETÁRIA

Cumprе tecer umas breves linhas⁹ para dizer que a arbitragem societária - ou melhor, intra-societária¹⁰ - é a forma de resolver

7 A este propósito, ver com muito interesse a pronúncia da APA (disponível no site www.apa.pt) quanto a um Projecto Lei do PCP e BE para inverter o caminho que tem vindo a ser feito no sentido da Arbitragem Administrativa e Fiscal. Acompanha-se quanto ali vai dito, esperando-se que colha de forma a evitar um retrocesso, pois, de acordo com o Ac. do STJ de 18.01.2000 - citando Francisco Cortez in A Arbitragem Voluntária em Portugal, "O Direito", pág. 555 - "a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado".

8 Disponível em: < www.apa.pt >

9 Evolução histórica, direito comparado e referência no Código Ferreira Borges, pp.98 a 101. CORDEIRO, António Menezes. Tratado da Arbitragem, Almedina, 2015.

10 Como tão bem qualificou António Sampaio Caramelo em "Arbitragem de Litígios Societários", Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 4, 2011/2012, Almedina, para que se remete pela actualidade.

conflitos entre sócios e a sociedade, entre sócios, bem como entre estes e os órgãos sociais, atinentes a vícios, interpretação ou execução do contrato de sociedade. Aqui também se incluem a suspensão e a declaração de invalidade de deliberações, cumprimento de deveres dos sócios para com a sociedade e restantes sócios, bem como o exercício de outros direitos sociais (inquérito, destituição, nomeação nos termos previstos no Art. 1048º e seguintes do CPC, naturalmente, quando exercidos por sócios que subscreveram a convenção de arbitragem).¹¹ De acordo com o Art. 1º da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), os litígios societários, porque são de natureza patrimonial, susceptíveis de transacção e não estão submetidos a arbitragem necessária, são arbitráveis. Com o projecto de diploma, fica resolvida a questão das limitações de ordem pública, logo de reserva dos Tribunais do Estado, decorrentes, por exemplo, do conhecimento da nulidade de deliberações.¹² A arbitragem societária tem origem na cláusula compromissória inserida no contrato (aqui no duplo sentido de contrato de sociedade e estatutos) ou em compromisso posterior. As dificuldades do recurso à arbitragem societária (não obstante os Ac. STJ de 12 de março de 1963, RL de 18 de maio de 1977 e de 15 de abril de 1986, e da RP de 23 de março de 2004)¹³ resultam de um conjunto de problemas, essencialmente processuais, a que o projecto de diploma procura dar resposta – problemas esses que, no essencial,¹⁴ resultam de ser uma arbitragem multipartes, da necessidade de assegurar a intervenção de todos os sócios na arbitragem e na nomeação dos árbitros, do efeito do caso julgado, da tutela cautelar, da maioria necessária para aprovar a alteração estatutária que insere a cláusula compromissória ou o direito de exoneração do sócio que não pretende a arbitragem. Tudo isso são matérias amplamente tratadas em ordenamentos como o brasileiro,¹⁵ o espanhol, o italiano ou o

11 Comentário da APA ao Projecto de Diploma também disponível em <www.apa.pt>

12 Para um estudo mais desenvolvido, BARROCAS, Manuel Pereira. Manual da Arbitragem. Almedina, pp. 110 e seguintes.

13 Citados por BARROCAS, Manuel Pereira. Manual da Arbitragem. Almedina, pp. 110 e seguintes.

14 Ver contributos da APA no comentário ao projecto de diploma, disponíveis em <www.apa.pt>.

15 MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula Arbitral Estatutária e sua Aprovação por Voto Majoritário: Por que Resistir? Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Univ. Católica Editora, Lisboa, 2015.

alemão, para que se remete,¹⁶ importando, em Portugal, aprovar o projecto em discussão.

ARBITRAGEM SOCIETÁRIA ADMINISTRATIVA?

Visto o essencial da arbitragem societária e considerando que o projecto de diploma a remete para os Centros de Arbitragem Institucionalizada e, como vimos, refere o Caad, importa, primeiro, ao bom estilo do processo arbitral (Kompetenz-Kompetenz), aqui conhecer da competência do Caad. Atente-se que não está em causa uma cláusula que atribui competência a um Tribunal Arbitral ad hoc ou se o Caad, nomeado como tal pelas partes, poderia conduzir procedimentos arbitrais societários, não só por não ser essa a opção do projecto de diploma, mas, acima de tudo, porque o Caad não deve, salvo melhor opinião, concorrer a qualquer arbitragem que não seja, ainda, administrativa, sob pena de desvirtuar o caminho de especialização feito até hoje. Também não está aqui em causa saber se as empresas públicas podem ser parte em arbitragens ou se, em contratos (que não de sociedade) que celebrem com terceiros, podem inserir cláusulas arbitrais, nem a responsabilidade civil da sociedade ou a anulação de actos administrativos por elas proferidos no exercício de poderes de autoridade. Também não está em causa saber se um interessado, num contrato de sociedade, pode impugnar a celebração de um contrato de sociedade por incumprimento do Código dos Contratos Públicos e qual é, neste e nos restantes casos referidos, o foro competente para o litígio. O que cuidaremos de tratar é, antes, a questão de saber se o sócio Estado pode, nos estatutos de uma empresa, por si detida ou participada, ou em compromisso posterior, celebrar convenção de arbitragem para dirimir os seus litígios intra-societários, e, se o fizer, se é imposto que o Tribunal Arbitral tenha de ter competência institucionalizada administrativa.

Como vimos, feita a opção pelo foro arbitral institucionalizado para dirimir os litígios arbitrais societários, é manifesto que o

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes. Tratado da Arbitragem, Almedina, pp. 99 a 101. Supremo Tribunal Federal Alemão, 6 de Abril de 2009, e a sentença de 18 de abril de 1998 do Tribunal Supremo Espanhol.

Centro Arbitral terá de ter competência institucionalizada para o efeito, sob pena de se esvaziar o disposto nos Artigos 2º a 4º do D. L. nº 425/86, de 27 de dezembro.¹⁷ A competência do Caad afere-se em função da lei, dos seus Estatutos e Regulamentos de Arbitragem.¹⁸ O Caad, em virtude do referido recente despacho nº 5880/2018, de 15 de junho (e demais legislação aí citada), pode constituir tribunais arbitrais para o julgamento de litígios que tenham por objeto quaisquer matérias jurídico-administrativas que, nos termos da lei, possam ser submetidas a arbitragem institucionalizada. Ainda de acordo com o nº 2 do Art. 3º dos Estatutos do Caad, este tem competência para a resolução de litígios administrativos e fiscais que não estejam submetidos, exclusivamente, a Tribunal Judicial ou a arbitragem necessária. Tendo-se visto que, antes, a Lei de Arbitragem Voluntária e, agora, o Projecto de Diploma permitem afastar a competência do Tribunal do Comércio, e não optando o legislador pela arbitragem necessária, o que importa apurar, então, a fim de ver se existe caminho a percorrer pelo Caad, é se existem arbitragens societárias que sejam, ainda, administrativas, porque resultantes de contratos de sociedade públicos (porque submetidos a um regime de contratação pública) ou administrativos - indo mais adiante, saber se existem relações materiais controvertidas, enquanto relações jurídicas objecto de um processo (sabendo-se que a competência é dada pelo pedido do autor e pela forma como se configura a relação material controvertida) que sejam (intra) societárias e que se reconduzam ao conceito essencial atual de relações jurídicas administrativas, sujeitas ao direito administrativo ou a foro administrativo.¹⁹ Como é sabido, o Estatuto dos Tribunais Administra-

17 Lista dos centros, com o objecto dos litígios que delimita a competência, disponível em: <www.dggj.mj.pt>.

18 Disponíveis em: <www.ccad.pt>.

19 "Nas relações externas (entidade privada vs. terceiros), as referidas entidades estão sujeitas, a título principal ao Direito Administrativo, em quatro situações: (i) sempre que forem destinatárias de normas jurídicas que lhes são especialmente dirigidas graças ao facto de assumirem funções públicas e/ou de lhes serem atribuídas prerrogativas de autoridade (cfr. Artigo 2º, nº 3 do CPA); (ii) quando lhes é atribuída capacidade para a celebração de contratos administrativos; (iii) quando assumem o estatuto de entidade expropriante; e (iv) quando se encontram vinculadas pelas disposições do CCP. Também nas relações internas (que opõem a entidade privada à entidade pública fiscalizadora), as entidades administrativas privadas e as entidades particulares com funções administrativas estão sujeitas ao Direito Administrativo que regula, respectivamente, a inter-relação com a entidade pública que as criou ou nelas exerce uma influência dominante e a entidade pública dominante." PEDRO GONÇALVES, Entidades Privadas com Poderes Públicos, pp. 292 a 296 e 1044 e ss;

tivos (Etaf) erigiu o conceito de relação jurídica administrativa ao regime regra de delimitação de competência na alínea o) do n.º 1 do Art. 4.º (em conformidade com o Art. 213.º da CRP), densificado nas restantes alíneas. Cremos resultar daqui outra manifestação do direito privado administrativo, que chama a si a relação entre as partes, e não o contrato, o sujeito, os poderes ou as funções. Não se vê motivo para, em sede arbitral institucionalizada, recorrer a outro critério, densificador de competência,²⁰ quando o utilizado pelo legislador parece ser, hoje, o mais operante.²¹

Por economia de espaço, faremos apenas uma breve referência aos principais conceitos já chamados à colação, remetendo para quem,²² com muito mais saber, contribui para a sua compreensão. Quanto à referida relação jurídica administrativa, acompanhamos aqui Freitas do Amaral,²³ no sentido de que “relação jurídica administrativa é aquela que confere poderes de autoridade ou impõe restrições de interesse público à Administração perante os particulares ou que atribui direitos ou impõe deveres públicos aos particulares perante a Administração”. Não se exige, assim, a presença de poderes de autoridade, ainda que o poder de celebrar contratos administrativos seja um exercício de tal poder e que o contrato de sociedade possa ser assim qualificado, como se verá mais adiante. Acresce que nas empresas públicas detidas a 100% pelo Estado (algumas criadas por diploma, contrariando o

20 Não se tem conhecimento que a revisão do Contencioso Administrativo altere o critério de competência, ainda que o densifique por via da criação de Juízos especializados, para mais desenvolvimentos a Revista do Direito Administrativo n.º 3, 2018, da AAFDL, dedica à revisão esta edição.

21 Sobre um critério de arbitrabilidade administrativa geral, testando-se o conceito de relação jurídica administrativa para este efeito, Contributo para a construção de um critério de arbitrabilidade na arbitragem de Direito Administrativo, Vitorino, José Miguel Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação - Ano X - 2017

22 “O conceito de relação jurídica administrativa para efeitos de delimitação do âmbito material da jurisdição administrativa, deve abranger a generalidade das relações jurídicas externas ou intersubjectivas de carácter administrativo, seja as que se estabeleçam entre os particulares e os entes administrativos, seja as que ocorram entre sujeitos administrativos». Segundo Vieira de Andrade a noção de relação jurídico-administrativa apresenta três vertentes ou sentidos: (i) um sentido subjectivo, nos termos do qual a relação jurídica-administrativa é aquela em que uma das partes é a Administração Pública; (ii) uma vertente objectiva, no sentido em que, na relação jurídico-administrativa, intervêm entes sujeitos ao Direito Administrativo; (iii) e, finalmente, um sentido material, de acordo com o qual a relação jurídico-administrativa corresponde ao exercício da função administrativa,” JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, A Justiça Administrativa (Lições), 11.ª Edição, Almedina, 2011, pp. 47-48; No mesmo sentido, na Jurisprudência, o Ac STA de 28.10.2009.

23 Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Vol III, Almedina, 2017

RJSPE) ou nas entidades públicas empresariais, os poderes de autoridade, não raras vezes, virão inseridos nos próprios estatutos, ou deles mesmos constará a concessão de um serviço público.

A relação jurídico-administrativa ainda tem a qualidade de colocar a análise de uma situação, de facto e de direito, sob o prisma da relação entre as partes.²⁴ Para o que nos importa mais adiante, é diferente dizer que uma empresa pública se submete, ela mesma, no seu agir com o mundo, a um regime de direito privado (o que, na sua pureza, nos deixa reservas a que não iremos aqui), de dizer que o Estado, enquanto sócio de uma empresa pública, quando celebra ou adere a alguns estatutos ou se relaciona com outros sócios, com a própria empresa ou com gestores nomeados (nas relações intra-societárias, portanto), está sujeito a um regime de direito privado. Se podemos admitir, com reservas, o primeiro entendimento, não podemos admitir o segundo. Aqui, o Estado, atento à clara utilização de meios públicos (à sua participação concreta) para a prossecução de fins públicos (do Estado quando entra no capital), estará sujeito, na sua actuação (na celebração do contrato e composição dos Estatutos, na votação, na nomeação ou na destituição), ao Direito Administrativo, ou, no limite, ao Direito Privado Administrativo. Temos, assim, que, nas empresas deditas ou controladas pelo Estado, as relações com terceiros ou intra-societárias podem estar sujeitas ao Direito Privado, ao Direito Administrativo ou, pelo menos, ao Direito Privado Administrativo. Nesse sentido vai o Art. 202º, nº 2, do CPA quando afirma que “No âmbito dos contratos sujeitos a um regime de direito privado são aplicáveis aos órgãos da Administração Pública as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais e os princípios gerais da atividade administrativa”. No mesmo sentido, também os Artigos 1º, nº 2, alíneas a) e b); 14º; 38º, nº 1, alínea d); 24º; e 8º, nº 2, do D. L. nº 133/2013, de 3 de outubro (RGSPE), destes a merecer destaque o Art. 8º, nº 2, quando para as empresas participadas afirma: “a integração destas no sector empresarial

24 No seu *Funções e Valores do Direito Administrativo*, Pedro Costa Gonçalves, em *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Almedina, 2017, refere “a marca subjectivista do Direito Administrativo, como Direito da Administração Pública, mas que, simultaneamente, assinala a dimensão, que se articule directamente com aquela, de se tratar também de um direito dos cidadãos em relação com a Administração Pública”.

aplica-se ao seu registo e controlo, bem como ao exercício dos direitos accionistas cujo conteúdo deva levar em consideração os princípios decorrentes do presente decreto-lei e demais legislação aplicável”, bem como o n.º 3 do mesmo artigo, do qual resulta que ficam os administradores nomeados sujeitos ao Estatuto do Gestor Público (Art. 2.º do D. L. n.º 71/2007, de 27 de março).

Atente-se ainda que as deliberações são dos sócios, sendo um direito destes nos termos do Art. 24.º, n.º 1, alínea b), do Código das Sociedades Comerciais (CSC), ainda que manifestem, depois de formadas, a vontade interna da sociedade que, por sua vez, irá se manifestar, externamente, por via do órgão executivo. É na esfera do concreto sócio, que interpreta ou celebra um contrato ou exerce um direito de voto, que o Direito (Privado ou Administrativo) vai apurar os vícios na celebração ou o uso legal ou ilegal do voto que, por sua vez, vicia a deliberação (como resulta da estrutura dos vícios dos Artigos 56.º, n.º 1, alínea d) in fine ou 58.º, n.º 1, alínea b), do CSC. Acresce que o voto ou a deliberação, em sociedade, do Estado ou privada, não está livre de vinculações, como resulta de as deliberações terem de se conformar com a Lei (58.º n.º 1 al. a) do CSC). Logo, quanto a nós, uma deliberação (em assembleia de sócios ou Conselho de Administração) de uma empresa pública será, pelo menos, anulável se aprovada com voto em sentido contrário às orientações estratégicas e sectoriais do Art. 24.º do RJSPE, uma vez que o Art. 38.º do mesmo regime sujeita o exercício do direito de voto a tal limite. Assim, o sócio Estado, quando gere por via do gestor por si nomeado ou delibera numa Assembleia-Geral por meio do seu órgão, está, na execução interna daquele contrato de sociedade, sujeito, pelo menos, às vinculações decorrentes do Art. 202.º, n.º 2, do CPA e dos Artigos 24.º, 38.º, n.º 1, alínea d), e 1.º, n.º 2, alínea b), do Regime Jurídico do Sector Público Empresarial (e, permita-se, a muitas outras normas que desenvolvem este regime, como o Estatuto do Gestor Público a que o CSC apenas se aplica de forma supletiva - Art. 32.º, n.º 4, do RJSPE e o Art. 40.º do Estatuto do Gestor Público). De igual forma, será contrária à lei uma deliberação, em empresa pública, sujeita a tal regime, que aprove uma fusão, uma alienação ou aquisição

de parte social ou viaturas sem a autorização ou parecer exigido pela lei, o pagamento de um prémio ao gestor se os prémios estiverem suspensos, aumentos a trabalhadores contra a redução remuneratória vigente ou uma aquisição de bens ou serviços sem o procedimento de contratação aplicável - e, não será administrativa a competência para conhecer esses vícios dessas deliberações? Por ora, fica só a pergunta.

Atento ao problema colocado, o já referido Direito Privado Administrativo,²⁵ ou da Administração, o "Verwaltungsprivatrecht", atribuído a H. J. Wolff e Wolfgang Siebert,²⁶ reconhece que a Administração não pode, hoje, no exercício das suas funções, prescindir de chamar a si realidades, regimes ou contratos de direito privado que são ainda, em maior ou menor grau, reguladas por normas de Direito Administrativo,²⁷ pois asseguram a realização de interesses gerais, fins e missões públicas, assumindo o lugar ou as obrigações do Estado. Em suma "a Fuga para o Direito Privado"²⁸ não pode, nas palavras de Bielschowsky, ser uma "fuga ao Direito". Encontramos, como vimos, nos Artigos 2º, nº 1 e nº 3, 200º, nº 1, e 202º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), manifestação desse acolhimento do Direito Privado pelo Direito Administrativo e, salvo melhor entendimento, também encontramos nessas normas (e na remissão nelas feita, por exemplo, para o Art. 266º da CRP), os índices essenciais de administratividade que permitirão qualificar uma relação, ao final, como mais ou menos sujeita ao direito administrativo ou privado, porque, na presença de mais ou menos índices, um dos regimes, melhor a acolhe. Regressando a Bielschowsky:

25 Sérvulo Correia sumariou o Direito privado da Administração e os seus limites em Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra 1987, págs 676 ss

26 Referidos por BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo, A Privatização da Administração Pública. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009.

27 Neste sentido Mário Aroso de Almeida afirma: "Cumprido, em todo o caso, notar que todos os contratos celebrados pela Administração estão, de um modo ou de outro, e em maior ou menor medida, submetidos a regimes de Direito Administrativo. Esse é um traço comum tanto aos contratos administrativos como aos contratos de direito privado da Administração: Todos eles estão submetidos, embora em proporções variáveis, a normas de Direito Administrativo", O Problema do Contrato Administrativo, Mário Aroso de Almeida, Almedina, 2018, pág. 27.

28 Com muito interesse quanto aos limites a esta fuga Estorninho, Maria João ESTORNINHO, Maria João. A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

“Destarte, é importante destacar que há algumas vinculações jurídico-públicas inexoráveis na aplicação do Direito Privado pela Administração, e que por essa mesma razão o transformam. Ainda que, de mesma forma, há diferentes graus de vinculação, dependendo de qual a função desempenhada e de qual a personalidade da entidade que utiliza desse Direito privado especial da Administração. São as principais vinculações: o próprio princípio da prossecução do interesse público, justificador e limitador do fenómeno privatizador; o princípio da Legalidade²⁹ e da Juridicidade; as vinculações aos Direitos Fundamentais; e por fim, a sujeição a regras procedimentais e jurisdição administrativa”.

Colocada a questão nesses moldes, em que, salvo melhor opinião, entendemos, podemos falar, então, de um duplo grau de interferência de regimes nas empresas públicas, tal como resulta do Art. 1º, nº 2, alíneas a), b) e c), do RJSPE. Um regime administrativo (de origem legal) que regulamenta a sua constituição, administração, fiscalização, funções³⁰ e fins e, em especial, quanto a nós, a actuação do Estado acionista nas relações intra-societárias (que são as que importam agora para efeitos de arbitragem societária administrativa) e um regime privado para que o RJSPE remete, que regulamenta a natureza, forma organizacional, de operar, por vezes de contratar e de se manifestar ou relacionar com terceiros, agilizando esse regime privado, os objectivos daquele fim público e, por via da vinculação a normas administrativas, assegurando-se o controlo das funções do Estado na sociedade privada, que não podem ser, em absoluto, privatizadas. Em suma, como se afirmou no Acórdão do STA de 30/09/2009 (rec. 453/09), “o interesse público é hoje, em última instância, a dimensão administrativa da actividade da Administração Pública, face à conhecida fuga para o direito privado.”

29 Vinculação da Administração e Protecção dos Administrados, Pereira André, Adélio, Coimbra Editora, 1989, pág 94 e segs

30 Neste sentido: “o Direito Administrativo é o direito da função administrativa, ainda que prosseguida ou executada por entidades não integrantes da Administração Pública em sentido orgânico. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, Manual de Processo Administrativo, Almedina, 2010, págs 175-176.

Por fim, cumpre esclarecer, com a brevidade que o texto exige, que entendemos contrato público enquanto submetido a um regime de contratação pública, nos termos dos Artigos 1º e 16º do Código dos Contratos Públicos. Por sua vez, quanto ao contrato administrativo, por ser conhecida a dificuldade inerente a um conceito que é dado, hoje, por classificação legal ou submissão das partes, mas, no essencial, por critérios que, uma vez verificados, qualificam o contrato como administrativo, importa, por ora, apenas remeter para o disposto nos Artigos 1º, números 1 e 5, e 28º do CCP, e para os Artigos 200º e seguintes do CPA.³¹

Vistos os principais conceitos que melhor relacionaremos mais adiante, antes de se avançar, observemos, desde já, se existe interesse prático na discussão do foro competente para conhecer litígios societários, que possam ser classificados como administrativos (porque provenientes de relações materiais jurídicas, ainda, administrativas) e, como tal, submetidos a competência administrativa, abrindo-se, assim, a possibilidade de o Caad conduzir tais procedimentos arbitrais. Em abono do interesse da questão, refira-se que esta não é exclusiva do foro arbitral, tendo já os Tribunais Judiciais sido chamados a pronunciar-se sobre esse conflito de competências, decorrente de saber qual o direito (privado ou administrativo) que regulamenta a relação material controvertida.³²

Naturalmente, o campo fértil para essa discussão será o dos litígios intra-societários nas empresas controladas ou participadas (5º, 7º e 9º, directa ou indirectamente, nos termos do Art. 3º, todos do D. L. nº 133/2013, de 3 de outubro)³³ pelo Estado; ainda admitamos por ora, o campo das entidades públicas empresariais e o de empresas, em que, por via contratual ou legal, sejam conferidos ao Estado direitos equivalentes aos direitos sociais (de nomear administradores ou de impor aumentos de capital), como parece resul-

31 Com muito interesse e actualidade para a delimitação do contrato administrativo, "O Problema do Contrato Administrativo", Mário Aroso de Almeida, Almedina, 2018.

32 Ver, por exemplo, o Ac. T. Conflitos, de 30.3.2017, e AC. STA, de 7.7.2016, disponíveis em: <www.dgsi.pt>.

33 Não permitindo o espaço desenvolver, de forma bastante, a classificação e o regime das empresas detidas pelo Estado, permita-se a remissão para um estudo que não deixa de impressionar pela sua actualidade: DUARTE, António Pinto. "Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas estaduais", in Estudos sobre o Novo regime do Sector Empresarial do Estado, Almedina, 2000, pp. 61-88, e um Estudo mais recente de MARQUES, Francisco Paes. "As empresas públicas", em Organização Administrativa: Novos Actores, Novos Modelos, Vol I, AAFDL Editora, 2018.

tar dos Artigos 1º, nº 6, e 2º, nº 9, do projecto de diploma.

Assim, desde logo, cumpre perguntar: podem essas empresas inserir convenções de arbitragem de litígios intra-societários nos seus estatutos ou celebrar compromisso a tanto destinado? Ou melhor, sendo os litígios intra-societários, pode o Estado accionista (e não a empresa em si) celebrar tal convenção de arbitragem? Vejamos.

O Estado exerce a sua qualidade accionista, como é sabido, por meio dos seus órgãos. Na Administração Central, é a DGTF quem tem essa missão, sendo certo que outras possibilidades se podem colocar,³⁴ mas a que não iremos aqui.³⁵ Assim, sempre que o sócio for o Estado ou pessoa colectiva pública, a questão encontra-se resolvida no Art. 1º, nº 5, da LAV, nos termos da admissibilidade da arbitragem quando autorizada por lei especial ou em litígios respeitantes a relações de direito privado. Entendendo-se que os litígios intra-societários em empresas detidas ou participadas pelo Estado são litígios respeitantes a relações de direito privado, está encontrada a admissibilidade na LAV, recorrendo-se, então, a Tribunais Arbitrais, institucionalizados, com competência genérica para conhecer de litígios privados. Poderão, admitimos, existir litígios que caibam aqui, por não se estar na presença de uma relação material administrativa. No entanto, em nosso entender, os litígios intra-societários envolvendo o Estado configuram, ainda e tendencialmente, uma relação material administrativa, a que se aplicam, ainda e tendencialmente, regimes administrativos ou públicos, nos termos do Art. 202º, nº 2, do CPA; como tal, os litígios serão, ainda, de Direito Público (Administrativo, ou de Direito Privado Administrativo). Haver-se-á, assim, que procurar uma lei especial.

De forma a evitar essa procura, a que irei de seguida, fica a sugestão de, no Diploma de Arbitragem Societária, incluir-se essa autorização expressa ao Estado, no exercício da função accionista, no Sector Público Empresarial.

34 Quanto às empresas locais, a lei nº 50/2012, 31 de agosto. Vejam-se, ainda, as empresas públicas regionais, dos Açores e da Madeira, no Decreto-Legislativo Regional nº 7/2011/A, de 22 de março, e Decreto-Legislativo Regional nº 13/2010/M, de 5 de agosto.

35 Como será o caso de o Estado ser accionista através de outra sociedade que controla, o que, sendo essa sociedade uma pessoa colectiva de direito privado a subscrever a convenção de arbitragem, já poderá permitir a fuga ao regime mais apertado do nº 5 do art. 1º da LAV, ou não?

No caso das EPEs, criadas por diploma, a lei especial será essa mesma, constando dos estatutos a possibilidade, ou não, de recurso a arbitragem societária, a que se acresce que sempre os actos administrativos (substitutivos ou equiparados a deliberações ou manifestações de vontade da sociedade, a que regressaremos) poderiam ser objecto de arbitragem por via da autorização concedida pela alínea c) do n.º 1 do Art. 180.º do CPTA. Por sua vez, no caso das empresas públicas detidas ou participadas, o Art. 180.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos autoriza a arbitragem de questões respeitantes a contratos, densificada depois pelo Artigos 476.º do CCP e, entre outros, pelo Art. 285.º, n.º 4, do CCP, em sede de formação ou execução do contrato. Cremos, assim, encontradas as normas que permitem ao Estado accionista a arbitragem intra-societária, quer em litígios de Direito Privado, quer de direito Público (Administrativo).

Avancemos, por fim, para verificar se, no campo dos litígios com o sócio Estado relativos à invalidade, interpretação e execução do contrato de sociedade, impugnação e suspensão de deliberações sociais, deliberações de órgãos de gestão, nomeação e destituição destes últimos, e no exercício de direitos sociais (inquérito e outros) podem nascer litígios que configurem, ainda, relações jurídicas administrativas (critério que, por equiparação ao critério judicial, entendemos apontar para a necessária competência administrativa dos centros arbitrais institucionalizados). Ponderemos os seguintes litígios e as normas potencialmente aplicáveis, todos com convenção arbitral nos estatutos:

1. O Estado pretende celebrar um contrato de sociedade, com o objectivo de explorar uma colecção de obras de arte e um imóvel, onde elas serão expostas; bens do Estado com os quais o Estado entra para a sociedade a constituir. O contrato de sociedade foi submetido a um procedimento de contratação pública, levando a concurso 40% do capital da sociedade. O sócio privado pretende declarar a nulidade do contrato de sociedade por ter verificado que existe uma decisão com trânsito em julgado que declara a colecção como propriedade de um terceiro (Artigos 1.º, 16.º, n.º 2, alínea f), 280.º, 284.º, n.º 2, e 161.º, n.º 2, alínea i), do CPA);

2. Na mesma situação anterior, o Estado delibera, em assembleia, sobre reduzir a colecção à metade, em virtude do interesse público de colocar a outra metade em exposição gratuita, durante um ano, nas nove ilhas dos Açores. O sócio privado pretende impugnar a deliberação por abuso de direito (58º, nº 1, alínea b) do CCP, 302º, alínea c), do CCP, 311º a 315º, 317º e 318º do CCP);
3. O Estado pretende celebrar um contrato de sociedade com o objecto de gerir uma rede nacional de recuperação de toxicodependentes, o que faz por ajuste directo, por apenas haver um interessado titular de centros de acolhimento com cobertura nacional. Após a celebração e apenas dizendo os estatutos que o Estado tem de consentir, o sócio privado pretende alienar a sua participação, a que o Estado se opõe. Pretende interpretar tal disposição dos estatutos e obter autorização para alienar a sua participação (31º, nº 3, 317º e 318º do CCP);
4. Na mesma situação anterior, o Estado delibera que todos os centros de acolhimento terão de ser sujeitos a obras pelo proprietário (o sócio privado), que com eles entrou, sob qualquer forma, para a sociedade. O sócio privado pretende anular a deliberação por entender que o Estado pretende, por meio do direito de voto, obter vantagens especiais para si (302º, alíneas a) e b), do CCP);
5. Em determinada sociedade controlada pelo Estado, decorridos meses sem que o sócio Estado nomeie administrador ou apresente contas, o sócio privado pretende intentar acção especial de inquérito e/ou nomeação - ou, fazendo o Estado a nomeação ao abrigo do EGP, o sócio particular pretende destituir esse administrador (Lei nº 26/2016, de 22 de agosto, Art. 21º, nº 1, alínea c), do CSC, Art. 44º, nº 1, alínea h), do CSC, Art. 39º, nº 11, do CSC, Manual UTAM para elaboração do Relatório de Governo Societário, Artigos 13º, 24º, nº 2, e 25º, nº 2, do EGP);

6. Em sociedade integralmente detida pelo Estado, o Conselho Fiscal³⁶ pretende suspender ou anular deliberação do Conselho de Administração, que aprovou a constituição, aquisição ou aumento de capital de outra sociedade, sem autorização da tutela ou visto do Tribunal de Contas, ou contra as orientações estratégicas e sectoriais - ou, ao contrário, o sócio Estado, pequeno accionista, pretende anular, por abuso de direito, deliberação que aprova aumento de capital, que não lhe permite, em tempo, obter a dotação para o efeito ou a autorização de que necessita (Artigos 57º e 412º do CSC, artigos 10º, 11º, 33º, 38º, nº 1, alínea d), e 24º do RJSPE, Artigos 46º e 47º da LOPTC);
7. Em determinada EPE, o Estado pretende ver reconhecida a justa causa de destituição de gestor ou de dissolução do órgão de gestão, recusando pagar qualquer indenização (Artigos 24º, nº 2, e 25º, nº 2, do EGP).

Estes litígios entre sócio público, sócio privado, sociedade ou órgão de gestão têm em comum, além dos meios e fins públicos, serem, no essencial, regulamentados por normas administrativas, e nestas se encontrarem as vinculações a que as partes estão obrigadas ou os direitos que lhes assistem. Em suma, a confluência de normas e regimes a aplicar, por via de estar em causa procedimento de contratação pública, contrato administrativo ou, ainda, acto jurídico ou relação jurídica sujeitos a normas, princípios ou vinculações administrativas, leva-nos a qualificar esses exemplos como relações jurídicas administrativas nos termos mais bem densificados nas alíneas do nº 1 do art. 4º do Etaf.

Acreditando que, por esta altura, o leitor já nos concede, ao menos, o benefício da dúvida, na melhor qualificação dessas relações intra-societárias ao abrigo de normas privadas ou administrativas, e que, por esse motivo, pela dúvida, demonstrada fica a utilidade prática do nosso texto, avancemos para a última parte

³⁶ Ainda que o CSC preveja, nesse caso, a competência da AG, se esta não existir (nas EPEs), será a competência do membro do Governo? Não entraremos aqui na discussão sobre se é obrigatório pedir a anulação primeiro em A. G. antes de recorrer a Tribunal, adiantando-se que entendemos que não terá de ser assim, podendo recorrer-se desde logo ao Tribunal (Judicial ou Arbitral).

do nosso trabalho, dedicada a melhor esclarecer o que entendemos por índices de administratividade, que, uma vez verificados, qualificam a relação material controvertida como administrativa, o que aponta no sentido da necessária competência administrativa, institucionalizada, do tribunal arbitral chamado a dirimir o litígio. Adiante, regressaremos aos sete exemplos dados para, munidos dos índices de administratividade, concluirmos a análise.

ADMINISTRATIVIDADE DE LITÍGIOS SOCIETÁRIOS - CONTRATO Público, Contrato Administrativo E OUTROS índices de RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA.

Contrato Público

Iniciamos a nossa procura de índices de administratividade no código dos contratos públicos. O Contrato de Sociedade vem regulado no Código dos Contratos Públicos, no Art. 16º, nº 2, alínea f), e no Art. 31º, sendo um contrato sujeito a concorrência, estando sob o determinado na parte II do referido código (salvo, naturalmente, as excepções do Art. 5º, nº 4, alínea d), do CCP e regime sectores do Art. 11º do CCP, podendo também inserir-se cláusulas arbitrais no contrato de sociedade a celebrar com o concorrente, ao abrigo do referido Art. 476º do CCP. Verifica-se que o contrato de sociedade não é um contrato administrativo por qualificação do próprio código dos contratos públicos, pois não consta do elenco da parte III do CCP (no entanto, diga-se, constam hoje do elenco vários contratos que sempre foram entendidos como de direito privado). O Contrato de Sociedade também não está sujeito ao regime pré-contratual, por não ser um contrato do catálogo, constante do Art. 100º do CPTA (nem do Artigo 19º, a do Regulamento de Arbitragem Administrativa que para ele remete), sendo, no entanto, um contrato submetido ao foro administrativo, aplicando-se, nesse caso, o regime geral do CPTA. Isso porque o Art. 4º, nº 1, alínea e), do Etaf não exige que o autor seja um ente público, nem que os contratos sejam administrativos, para que os tribunais administrativos sejam competentes para apreciar o litígio, relevando apenas que o contrato haja sido celebrado por via de procedimento de contratação pública, sejam tais actos de

direito privado ou de direito público, e sejam os seus autores pessoas colectivas de direito privado ou de direito público. Resta entender, assim, que a validade de actos pré-contratuais de contrato de sociedade e a sua validade, interpretação e execução (cabendo aqui, na sua execução, desde logo, todas as deliberações dos órgãos que executam o contrato de sociedade), quando o ato é celebrado ao abrigo de legislação sobre contratação pública, devem ser submetidas a foro administrativo. Assim, cremos poder dar por verificada a competência administrativa necessária para apreciar os litígios (exemplos) indicados acima de 1 a 4.

O Contrato Administrativo

Ao que foi dito antes para o contrato público, acresce que o Art. 280º, nº 1, alínea d), in fine, do CCP, na presença de um contraente público, basta-se com a possibilidade ou admissão de o contrato de sociedade estar submetido a um procedimento de contratação (não exigindo que o tenha sido) e a prestação do cocontratante possa substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público,³⁷ para o qualificar como relação jurídica contratual administrativa; voltamos a cair na mesma alínea e) do nº 1 do Art. 4º do Etaf, desta vez por via de ser um contrato administrativo. Damos assim por verificada a competência administrativa para dirimir o litígio (exemplo) indicado acima. Esclareça-se que se dá sempre por verificado, num contrato de sociedade do sector empresarial do Estado, que a prestação do co-contratante realiza atribuições do contraente público, atento o disposto no Art. 266º da CRP, que funcionaliza, sempre, a actuação da administração pública à realização do interesse público (não sendo a realização do lucro,³⁸ antes o acumular de prejuízos, uma característica delas).³⁹ Do referido Art. 280º, nº 1, alínea d), do CCP, resulta ainda que estamos na presença de uma relação

37 Como refere Bevir Public management is about making sure that the resources available are used as effectively as possible to realize state policy goals Bevir, M - Governance a very short introduction. Oxford University Press, 2012, p. 59

38 Apesar dos princípios da economia, eficiência e eficácia previstos no Artigo 18º da LEO e amplamente desenvolvidos pelo Tribunal de Contas.

39 Para uma análise crítica muito interessante a este propósito e uma proposta de superação deste problema e ainda por conter vários dados financeiros úteis para a análise, Vicente, Pedro, Corporate Governance e Sector Empresarial Público em Portugal, Almedina, 2015, pags.76, 29 a 31, 62 a 65

jurídica contratual administrativa, a que se aplica o regime geral substantivo dos contratos administrativos previstos na parte III do CCP.⁴⁰ O que dizer de todos os restantes casos de litígios em que está em causa a sociedade detida ou constituída pelo Estado, sem submissão ou previsão de procedimento de contratação pública? Ou seja, o caso das empresas públicas societárias detidas a 100% pelo Estado, o caso das entidades públicas empresariais, o caso de empresas públicas participadas ou controladas, mas não submetidas a contratação pública por motivo de excepção ao regime, ou o caso em que o Estado adquire uma participação numa empresa (fora da concorrência). No caso das empresas detidas a 100% pelo Estado, mesmo admitindo-se que de um contrato de sociedade se trata pela admissão feita pelo Art. 7º, nº 2, do CSC, que admite apenas um sócio, falta o co-contratante para ser operante a alínea d) do nº 1 do Art. 280º do CCP, bem como no caso das entidades públicas empresariais, criadas por diploma, falta a existência de um contrato ou de deliberações accionistas (estando-se mais perto da impugnação de normas ou actos do que da validade de um contrato ou deliberação, a não ser que, para efeitos de impugnação, equipare-se estes actos a contratos de sociedade ou deliberações, o que, admitamos, não nos parece, ao menos à partida, de repudiar. Regressaremos ao tema adiante). Não qualificando o Estado a empresa pública 100% detida ou a EPE como contrato administrativo, ou não o submetendo a um regime substantivo de direito público, afastada fica a alínea a) do nº 1 do artigo 280º do CCP). Resta verificar se o Art. 280º permite, ainda assim, qualificar essas duas hipóteses como de contrato como administrativo. Cremos que se poderá estar ao abrigo das alíneas b) ou c) do nº 1 do Art. 280º. É que, não raras vezes, no contrato de constituição da sociedade ou mesmo no diploma que a constitui, o Estado faz integrar o património de bens públicos ou atribui concessões, poderes de autoridade ou o exercício de funções dos seus órgãos, o que faz por via do objecto social ou de contrato de serviço público (48º do RJSPE), admitindo-se ver aqui

40 De forma muito crítica, que se acompanha, quanto à aplicação não diferenciada deste regime, no essencial, de autoridade, a relações jurídicas contratuais administrativas que caminham no sentido de relações de maior equilíbrio, chegando mesmo a utilizar a expressão “despejar vinho novo em odres velhos” - Mário Aroso de Almeida “O Problema do Contrato Administrativo”.

ainda o contrato a que se refere o Art. 280º, ainda que se entenda mais difícil de aqui enquadrar uma Entidade Pública Empresarial, motivo pelo qual a este tipo regressaremos adiante, dando para já apenas por verificada a competência administrativa.

Relações Jurídicas Administrativas

A aqui regressamos uma vez que a submissão ou previsão de um procedimento de contratação pública ou a presença de um contrato administrativo são, na realidade, densificações (exemplos padrão das várias alíneas do nº 1 do Art. 4º do Etaf, dados pelo legislador) da relação jurídica administrativa e porque restam por resolver os litígios no seio das EPEs. Não precisamos de ensaiar aqui a equiparação (para efeitos de impugnação judicial) dos actos administrativos do accionista a deliberações ou o diploma de criação a um contrato, por se revelar desnecessário uma vez que, sempre o Artigo 4º nº 1, als. a) a d) do Etaf, além da alínea e), acolheriam estes litígios, tenham eles por base actos ou contratos. Importa, a esse propósito, determo-nos um pouco mais nessa análise, recolhendo os contributos da decisão do STA de 7 de julho de 2016.⁴¹ Dessa decisão, resulta claro que, analisados vários índices (ou características e regimes aplicáveis) do contrato de gestor público, concluiu o Supremo que o contrato celebrado com o gestor público não é um contrato privado, mas um contrato administrativo, ainda que a nomeação e a destituição sejam um acto administrativo atribuidor, in casu, da competência administrativa. Ora, em muitas empresas públicas, o mesmo raciocínio e percurso feito nessa decisão do STA (de encontrar índices no sentido de a relação material ser regulada, no essencial, por normas administrativas, na direção em que apontam para obrigações, vinculações, deveres ou regimes específicos administrativos a cumprir) sempre poderá levar a concluir ser, também, um determinado contrato de sociedade (análise casuística) um contrato administrativo ou, pelo menos, uma relação intra-societária ser, ainda, uma relação jurídica administrativa.

Por outro lado, diga-se que o que a decisão revogada por esse acórdão preconizava não era mais que equiparar actos administra-

41 Disponível em <www.dgsi.pt>.

tivos do accionista a manifestações de direito privado, em suma, no sentido da também possível equiparação de actos a deliberações, entendimento útil, quanto a nós, como antes referimos e não afastamos, mas para efeitos de impugnação (como parece admitir o Art. 53º, nº 2, do CSC), e não para a “fuga para o direito privado” que resultava da sentença revogada. De uma forma ou de outra, cremos que, constando dos estatutos uma cláusula compromissória arbitral, existe a possibilidade de um Centro Arbitral Institucionalizado Administrativo ser chamado a apreciar o litígio, qualificando-o como Acto Administrativo, substitutivo ou não de deliberação, ou equiparado a deliberação para efeitos de impugnação.

De tudo o que foi dito quanto à presença nas relações intra-societárias, em empresas detidas ou participadas pelo Estado, de índices de actos administrativos, de procedimentos de contratação ou de contrato administrativo, resulta que o critério mais funcional para apontar a competência para dirimir esses litígios é o da relação administrativa prevista na alínea o) do nº 1 do art. 4º do Etaf. Que outros índices, presentes em maior ou menor quantidade, além do direito privado, apontam no sentido da graduação da relação material como, ainda, jurídica-administrativa? Em nosso entender, todos aqueles que densifiquem o disposto no Art. 202º, nº 2, do CPA, como faz o Art. 8º, nº 2, que remete para a demais legislação aplicável, e 38º e 24º, todos do RJSPE. A estes, acrescentem todos aqueles que revelem que o Estado está sujeito, na sua actuação (na forma como configura o conteúdo do exercício do seu direito social), no seio da sociedade, ao princípio da legalidade, à vinculação a direitos e princípios fundamentais (de que é expoente máximo a funcionalização da actuação da empresa ou do sócio Estado à realização do interesse público;⁴² logo, quanto mais interesse público, mais sujeição, na actuação, a normas administrativas)⁴³ e a sujeição da actuação do Estado, na empresa, a procedimentos, normas ou jurisdição administrativa (cientes que

42 Com muito interesse nesse exercício interpretativo, vemos os contributos densificadores da noção de organismo de direito público, que prescindem da natureza pública ou privada, o contributo da doutrina dos auxílios de Estado e dos serviços de interesse geral e da mercantilidade e concorrência de mercado, a que não podemos aqui dar a merecida atenção, mas cumpre referir.

43 Nas palavras de Bielschowsky, “para a melhor divisão entre Direito Privado e Direito Público, deve-se buscar fazer uma conjugação dos critérios clássicos, partindo rumo a uma teoria mista. Para isso, deve-se analisar tanto o estatuto, o sujeito, sua natureza e posição, quanto qual o interesse em jogo”. (Obra antes citada.)

ela não serve por si só, mas apenas como mais um índice para classificar uma relação como administrativa).⁴⁴ Nesse sentido, sem preocupação de exaustão, além dos índices que fomos referindo, importa aqui deixar mais alguns regimes específicos que os pactos e as deliberações não podem contrariar e que indiciam também uma relação material administrativa intra-societária:

- A reclassificação das empresas públicas (Art. 2º, nº, 5 da LEO) e a integração delas no Sector dos Fundos Autónomos, a ida ao défice e o cumprimento (ainda que em regime simplificado) das disposições da Lei de Enquadramento Orçamental e da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em atraso;
- Regimes específicos, pareceres e autorizações decorrentes das Leis do Orçamento de Estado e do decreto-lei de execução orçamental, quanto à suspensão de contratação colectiva, redução de custos operacionais, contratação de trabalhadores, aquisição de bens (viaturas sujeitas a parecer Espap) ou aquisição de serviços;
- A aplicação do Código dos Contratos Públicos aos organismos de Direito Público, nos termos dos Artigos 1º, nº 2, 2º, nº 2, e 12º do CCP;
- Prestação de contas, visto prévio e processos de apuramento de responsabilidade junto do Tribunal de Contas e Fiscalização da IGF (Art. 26º do RJSPE);
- No CPTA, Artigos 157º, nº 5, e 172º, números 7 e 8, em sede de execução o pagamento directo via orçamento de Estado;
- O regime específico de alienação de participações de empresas do Estado, Lei nº 71/88, de 24 de maio, e DL nº 328/88, de 27 de setembro;
- Os regimes de parecer da UTAM, CRESAP, IGCP (endivida-

⁴⁴ Ainda com muita utilidade a posição do Conseil d'Etat e o critério das cláusulas exorbitantes referidos por Mário Aroso de Almeida em "O Problema do Contrato Administrativo", Almedina, 2018, pp. 37 a 43.

mento) e autorizações (Artigos 10º, 11º e 12º, 21º, 29º, 34º e 36º, in fine, do RJSPE).

- Limites à remuneração dos gestores públicos (RCM nº 16/2012);
- O acesso a documentos administrativos, a competência administrativa e similitude com o processo de inquérito judicial;
- A extensão do âmbito de aplicação do regime de PPP, nos termos do Art. 2º, nº 3, do D. L. nº 111/2012, de 23 de maio;
- O objecto social no sector local que não pode ser uma actividade exclusivamente administrativa ou mercantil (Art. 20º da Lei nº 50/2012, de 31 de agosto);
- Sujeição ao regime jurídico do Património Imobiliário Público (Artigo 1º, nº 2, do D. L. nº 280/2007, de 7 de agosto);
- O Regime de Extinção e Insolvência, Poderes de Autoridade e Serviço Público (Artigos 22º, 35º e 48º do RJSPE).

Uma palavra para recordar que, como vimos, não obsta ao entendimento exposto à referência no Art. 14º, nº 1 ou nº 5,⁴⁵ do RJSPE ou nos Artigos 21º ou 24º da Lei nº 50/2012, de 31 de agosto, ao Direito Privado, atento o legislador para imediatamente cuidar de o sujeitar às especificidades ou aos regimes imperativos do próprio regime. Como esclarecemos, entendemos que o envio para o Direito Privado visa, sobretudo, à relação da sociedade com terceiros, e não à actuação do Estado acionista no seio da sociedade, que, como vimos, fica sujeita a vinculações administrativas (a dupla vinculação a que aludimos e que, para nós, resulta logo do Art. 1º, nº 2, alíneas a) e b), e do Art. 8º, nº 2, in fine. Por sua vez, esse nosso entendimento ainda é confirmado pelo disposto no Art. 23º, nº 2, do RJSPE, tendo o legislador optado por remeter à competência (judicial ou, no caso, arbitral) para as normas gerais que a determinam, sem a fechar ou limitar o que, após o

⁴⁵ Remissão, neste caso, muito curiosa, pois não se percebe se é um mais ou um menos face ao nº 1 do mesmo artigo.

esclarecimento feito pelo legislador no nº 1 do mesmo artigo, se outro entendimento houvesse, ali teria sido manifestado.

Posição assumida e questões (sempre) em aberto

De quanto se procurou dizer, resulta que a arbitragem societária é, como muitas outras, desejável, importando aprovar o projecto com os contributos da APA, que se subscrevem.⁴⁶ Ainda face à opção pelos centros institucionalizados, a competência para dirimir litígios societários deverá constar dos Estatutos do Centro submetidos à aprovação, o que, no caso do Caad, determina que este apenas terá competência para dirimir litígios (intra-) societários quando a relação material controvertida seja administrativa, porque na presença de um contrato submetido a um regime de contratação pública, de um contrato administrativo ou de outros índices (que preencham os exemplos padrão dados pelo art. 4º do Etaf) e que reconduzam a relação, ainda, à qualificação administrativa, graduação que será dada pela maior ou menor submissão na actuação do sócio público a fins públicos e a normas, princípios ou vinculações de Direito Administrativo.⁴⁷

Como resultou também claro, a delimitação da competência do Caad e restantes Centros Arbitrais para apreciar litígios societários não é diferente dos conflitos de competências que se colocam nos Tribunais Judiciais, devendo uns recolher o contributo dos outros.

A terminar, antes de devolver o desafio ao Caad, três provocações a que não resistimos. Por um lado, o cidadão contribuinte, verdadeiro stakeholder, tem legitimidade para atacar decisões de empresas públicas? Poderá fazer para esse efeito uso da acção

46 Excepção feita à referência a que a matéria administrativa é alheia à societária, face ao que aqui se defendeu e que, mal, não se fez chegar a tempo à APA quando esta ouviu os seus Associados, repto a que então, mal, não acedemos e de que nos penitenciamos)

47 Permita-se um argumento final de ordem prática, a que não resistimos. Faça-se um inquérito a Assessores, Advogados, técnicos juristas a prestar serviço no sector empresarial do estado e pergunte-se quanto tempo pegam no CSC ou em Diplomas Administrativos para analisarem as várias situações que se colocam em ordem a sustentar ou preparar decisões em Conselho de Administração ou Assembleia. Dúvidas não restarão, creio, que depois de dedicarem cinco minutos ao Código das Sociedades Comerciais dedicam horas de estudo a diplomas e normas administrativas.

popular em arbitragem?⁴⁸ Quando não assinou a convenção? Ou assinou o Estado pelo cidadão? Por outro lado, pode o Estado acionista, directo ou indirecto, ser chamado à arbitragem para responder pela pessoa colectiva que criou? Desconsiderando-se a personalidade colectiva (questão que se tem colocado na Arbitragem Internacional de Investimento)?⁴⁹ Por fim, porque importa olhar adiante, seguirá agora o legislador para a arbitragem de litígios com entidades reguladoras?

Adaptação dos Regulamentos do Caad à arbitragem societária administrativa

O presente contributo não ficaria completo sem um esboço, a aprimorar, naturalmente, que permita lançar a adaptação do Caad à arbitragem societária administrativa. Assim, entende-se que o Regulamento Deontológico do Caad acolhe as preocupações do diploma, não necessitando de adaptação. Importa, no entanto, aprovar uma tabela de custas e encargos específica e, à semelhança do que se fez para a arbitragem pré-contratual, criar uma lista de árbitros em matéria societária e administrativa, em que os árbitros, além dos conhecimentos de Direito Administrativo, devam revelar as competências de Direito Societário propostas no projecto. Ainda importa, atento o grau de especialização e a complexidade que a avaliação de uma participação social envolve ou atenta a possibilidade de inquérito judicial, criar uma Lista de Peritos em Gestão, Economia e Finanças (e, mais tarde, por que não, construção, engenharia e outros?). Essa lista poderia, ainda, ter um papel nos processos fiscais da competência do Caad e, em simultâneo, poderia preparar o Caad para disponibilizar outros MARL (dispute resolution board,⁵⁰ expert determination,⁵¹ laudos e avaliações periciais). Também importa, até que a intervenção do

48 Júdice, José Miguel e Pinto Monteiro, António Pedro, *Class actions & Arbitration in the European Union - Portugal*, Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. II, Almedina.

49 Quanto a este tema, Kovacs, Csaba, *Attribution in International Investment law*, WK, 2018

50 Conselho de Resolução de Litígios - Dispute Resolution Board, Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas Empresariais, UNL, Marta Sintra Brito Cesário Filipe, 2014, disponível online.

51 Vieira, Pedro Siza, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação - Ano X - 2017*, pág. 227

MP em representação do Estado junto dos Tribunais Arbitrais seja clarificada,⁵² notificar as Decisões proferidas nessa sede arbitral para efeitos de exercício de competências do Ministério Público, no âmbito do (uma vez mais, inovador) protocolo celebrado entre o Caad com a PGR, em 1º de março de 2018.

52 A Revisão do Contencioso Administrativo parece trazer novidades nessa matéria, dando alguma resposta ao problema que tem sido colocado por Sérvulo Correia e José Manuel em A Representação das Pessoas Coletivas Públicas na Arbitragem. Administrativa, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Univ. Católica Editora, Lisboa, 2015

CAPÍTULO 3

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL

SUSANA ANTAS VIDEIRA

ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA

TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA



SUZANA ANTAS VIDEIRA

Mestre e doutora em ciências histórico-jurídicas, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e licenciatura em direito pela mesma instituição. É diretora-geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça, secretária-geral da Conferência de Ministros da Justiça dos Países de Língua Oficial Portuguesa e conselheira para a Igualdade do Ministério da Justiça. Além disso, é professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

SUSANA ANTAS
VIDEIRA

NOTAS SOBRE A ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO: UMA EXPERIÊNCIA TENTADA OU UM INSTITUTO CONSAGRADO?

ENQUADRAMENTO

Como assinala Oliver Wendell Holmes, o Direito encarna a história do desenvolvimento de uma nação ao longo dos séculos, e não pode ser tratado como se fosse unicamente composto por axiomas e corolários, tal qual um livro de matemática.¹

É nesse contexto que se compreende a valorização histórica que é possível fazer dos ditos meios de resolução alternativa de litígios, incluindo os outrora denominados alvidros, juízes livremente escolhidos pelas partes, os quais julgariam nos termos dos poderes por elas conferidos e que as Ordenações do Reino regulavam.

Acolhida desde cedo num cenário de pluralismo de factos normativos de diversa proveniência, correspondendo formalmente a uma heterogeneidade de fontes, não é com surpresa que verificamos que o constitucionalismo liberal consagra a arbitragem, prevendo, desde logo, a Constituição de 1822, no art. 194º, que, “nas causas cíveis e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juízes árbitros, para as seguirem,” disciplina reproduzida pela Constituição de 1838. Já a Carta Constitucional

1 HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*, University of Toronto Law School, 2011, p. 5.

de 1826, por seu turno, previa, no art. 127º, que, “nas [causas] cíveis, e nas penais civilmente intentadas poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.”

Sem prejuízo da inegável relevância histórica, que reclama, só por si, estudo autónomo e aprofundado,² os meios de resolução complementar de litígios vêm assumindo, nas últimas décadas, um papel cada vez mais expressivo quer na cena internacional, quer no panorama nacional.

Olhando para aquele primeiro contexto, são múltiplos os exemplos que demonstram o interesse cada vez mais expressivo nas formas complementares de resolução de conflitos, começando, no direito americano, pela ampla divulgação da mediação nas suas diversas formas, passando pelos juizados de paz implantados no Brasil, sem esquecer a referência, em legislação europeia, a tais meios, designadamente, na área do direito do consumo ou, ainda, a difusão planetária da arbitragem no domínio da *lex mercatoria* como base de confiança dos negócios na cena internacional.

Com efeito, a proliferação dos meios de resolução complementar e alternativa de litígios, pela dimensão que vem assumindo, pela circunstância de se encontrar presente já em muitas áreas do Direito, por ser alvo de amplos estudos em todo o mundo, por ser cada vez mais reconhecida pelos cidadãos e pelas empresas, já não é uma aventura tentada, quimera de cultores do Direito deslumbrados por boas ideias - mas assume-se, outrossim, como um caminho que se vai sedimentando na administração da Justiça.

Na verdade, em muitas áreas do Direito, os meios de resolução complementar e alternativa de litígios vão sendo cada vez mais reconhecidos como um caminho a prosseguir.

A afirmação de tais meios como formas aptas à justa composição de litígios vem acompanhando o reconhecimento de muitos dos

² Sobre a evolução histórica da arbitragem v., por todos, NOGUEIRA, José Artur Duarte. “A Arbitragem na História do Direito Português (subsídios)”, *Revista Jurídica*, nº 20 (Nova Série), 1996, pp. 9-35.

cultores e dos práticos do Direito, bem como de cidadãos e empresas, de que a Justiça não se basta com soluções já positivadas, baseadas numa ideia de “juiz como boca da lei”.

Antes reclama a necessidade de se consagrar um sistema de justiça em que importa que os conflitos sejam resolvidos no seu âmago, dando-se prevalência à materialidade das soluções e da verdade aceite pelos contendores, que potencie, reconhecidamente, a solução equânime do litígio.

Por isso, sem descurar a relevância dos tribunais estaduais como garantes de proteção jurisdicional efetiva, importa reconhecer que os meios de resolução alternativa de litígios oferecem a quem a eles recorre um conjunto de ferramentas que facilitam, precisamente, a composição não adversarial de litígios e a justa composição de interesses.

Desde logo, cumpre afirmar o facto de as partes poderem recorrer a terceiros equidistantes que as ajudem, por si mesmas, a encontrar solução para o conflito que as opõe.

Pensamos, concretamente, na mediação, em que um terceiro imparcial desempenha a função de facilitador na resolução do litígio, limitando-se a tal papel a sua ação, sendo que o recurso à mediação, como técnica, está hoje amplamente disseminado, e a ela se recorre em sede de arbitragem, ou até quando se verifica o recurso aos meios comuns de Justiça.

Por outro lado, os meios de resolução alternativa de litígios permitem a célere composição dos conflitos, o que, já por si, significa realização de justiça.

Aliás, a esse respeito, não poderemos deixar de recordar que as próprias convenções internacionais vêm entendendo que só se consegue realizar a Justiça na medida em que as decisões sejam alcançadas em tempo razoável. Refira-se, a tal propósito, o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a que Portugal se encontra vinculado e cujo incumprimento tem conduzido à sua condenação naquela jurisdição em várias situações.

Acresce que o recurso aos meios de resolução complementar e alternativa de litígios permite o acesso à Justiça de forma económica, havendo, em muitos casos, uma partilha efetiva dos custos de funcionamento dessas formas de resolução de litígios entre diversos atores da sociedade, dentre os quais pontificam o poder local a administração central, operadores privados e entidades públicas de reconhecido mérito. Assinale-se, a propósito, a estrutura dos julgados de paz portugueses e da parceria pública/pública em que estes assentam, ou os centros de arbitragem institucionalizada a funcionar também em Portugal, em que a partilha de custos entre administração central e poder local são fulcrais para o funcionamento das referidas estruturas.

Essa realidade, de partilha do financiamento entre os diversos poderes instituídos, também tem possibilitado garantir a independência desses mecanismos face à administração e aos administrados.

Os meios de resolução alternativa e complementar de litígios são, assim, nos nossos dias, amplamente aceites como mecanismos aptos a satisfazer uma das mais prementes necessidades de cidadãos e das empresas nas suas relações de índole privada, a saber: a obtenção de justa composição de litígios.

Aqui chegados, impõe-se colocar a questão premente que se antecipa: se os meios de resolução complementar e alternativa de litígios contribuem, decididamente, para a pacificação da vida social e para o apaziguamento dos litígios entre particulares, será que o Estado, no seu relacionamento com os particulares, não deverá aproveitar as potencialidades dessas formas de administração da justiça para a solução dos litígios?

É a essa questão que, de forma pouco mais do que perfunctória, procur-se-á dar resposta nas linhas que, a seguir, se escrevem.

A ARBITRAGEM NO DIREITO Público: uma forma de pacificação social e de administração da JUSTIÇA

A reforma do Estado e o seu reposicionamento no sentido de

prestar um serviço cada vez melhor aos cidadãos a par do aumento constante do nível de exigência destes face à atuação pública torna, pois, incontornável a seguinte questão: como solucionar, de forma célere, simples e eficaz, os litígios que oponham particulares e a administração?

É inquestionável que o Estado e os diversos poderes públicos envolvidos na materialização da sua vontade têm pugnado, de forma efetiva, por imprimir cada vez maior eficácia à Justiça administrativa e tributária, afetando novos recursos, de toda a índole, à administração da justiça nestas áreas.

Tem-se, assim, procurado encontrar resposta legislativa e regulamentar uma situação de lentidão na Justiça nesse domínio, que era reconhecida – o que começa, agora, a produzir resultados expressivos, conforme demonstram os mais recentes dados estatísticos disponíveis, dos quais se extrai que atualmente o sistema de justiça administrativa e tributária, em termos globais, já resolve mais processos que aqueles que dão entrada no sistema.³ Sem embargo do necessário e muito oportuno investimento nos meios tradicionais de administração da justiça administrativa e tributária, facto é, também, que os meios de resolução complementares e alternativos de resolução de litígios nesses domínios merecem atenção crescente.

É de notar, nesse contexto, que a reforma da justiça administrativa operada pelo decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, diploma que alterou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e que se encontra em revisão, inovou em matéria de arbitragem administrativa, ressaltando, dentre as principais alterações produzidas, a ampliação das matérias jurídico-administrativas que podem ser julgadas nos Tribunais Arbitrais constituídos sob a égide dos centros de arbitragem autorizados pelo Estado e a referência expressa a que as decisões proferidas pelos Tribunais Administrativos podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos estabelecidos na Lei da Arbitragem Voluntária (lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro).

3 Cf. dados disponíveis em www.dgpj.mj.pt, consultados a 2 de julho de 2018.

No que respeita, em particular, à área administrativa, o recurso à arbitragem administrativa sofreu um significativo desenvolvimento com a constituição do Centro de Arbitragem Administrativa (Caad), criado em 2009.

Esse centro de arbitragem, de caráter especializado e de âmbito nacional, teve por objeto, inicialmente, a resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público, através de informação, mediação, conciliação ou arbitragem, alargando paulatina e consistentemente o seu âmbito.

Com a entrada em vigor do decreto-lei nº 10/2011, de 20 de janeiro, que introduziu no ordenamento jurídico português a arbitragem em matéria tributária como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal, esse Centro passou a dirimir litígios também nesse domínio.

Após quase uma década de funcionamento, constatamos que o Caad tem vindo a alcançar com sucesso os propósitos que presidiram à sua criação, proporcionando uma célere e eficaz resolução de litígios.

O regime jurídico da arbitragem administrativa e tributária apresenta várias particularidades que se revelam determinantes para o seu sucesso, as quais têm sido amplamente projetadas e debatidas, pelo que não nos cabe revisitar, neste brevíssimo texto, o que outros profusamente, em contexto técnico e académico, têm assinalado.⁴

Limitamo-nos, neste domínio, a deixar expresso que, para tal, afigura-se determinante garantir a independência dos mecanismos de resolução de litígios face à administração e aos administrados, a qualidade dos profissionais que exercem funções nesses meios, para que a administração da justiça seja uma realidade, a simplicidade do processo decisório e, muito particularmente, a transparência e a qualidade das decisões proferidas pelos Tribunais Arbitrais.

⁴ V., a este propósito, GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2015 e CARLA AMADO GOMES E RICARDO PEDRO (coord.), *A Arbitragem em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2018.

Nesse plano, o Conselho Deontológico do Caad assume papel basilar, dado tratar-se do órgão responsável pela salvaguarda das condições de neutralidade e transparência dos árbitros, incumbindo-lhe, para tal, designadamente, pronunciar-se sobre a lista de árbitros do Centro e escolher árbitros da lista quando as partes não os designem.

Acresce que, em reforço da independência, fazemos notar que o Centro funciona sob a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a quem compete nomear o presidente do referido Conselho Deontológico.

O Estado atesta, por via do regime jurídico assim gizado, que não se alheou de conferir qualidade ao funcionamento dos tribunais criados sob a alçada do Caad, tanto no que tange à arbitragem administrativa como no que concerne à arbitragem tributária, posto que, num caso e noutro, estão em causa valores de preservação do interesse público e, em última análise, do relacionamento assente em critérios de justiça, que têm de se promover no tocante às relações de índole administrativa e tributária entre os cidadãos e empresas e o Estado-administração.

O Caad também oferece a quem recorre aos seus tribunais uma tramitação do processo simples e sem formalismos excessivos, sendo tal tramitação levada a cabo eletronicamente pelo centro, o que torna o processo mais eficiente.

Outro dos mecanismos de segurança previstos prende-se com o facto de, no Caad, as arbitragens estarem limitadas, tanto em matéria administrativa como tributária, à legalidade, estando excluída a equidade como forma de justiça no caso concreto.

Tratando-se, com efeito, de resolver litígios em domínios em que impera o princípio da legalidade, o mesmo não pode ser afastado com o argumento de estarmos perante uma forma de resolver litígios mais simples do que a tradicional.

Estamos, de novo, perante uma forma de preservar a segurança jurídica, a certeza das decisões e o direito da administração pú-

blica a ver as suas decisões sindicadas sempre segundo idênticos critérios àqueles que estariam na base da apreciação de tais decisões, se estas fossem contestadas nos Tribunais Administrativos e Fiscais.

A consolidação da arbitragem no Direito Público pode ser demonstrada pelos princípios que a enformam, como antes procuramos sumariamente justificar.

No entanto, também a análise dos números, reportados ao final de junho de 2018,⁵ nos traz, por um lado, a evidência de um sistema bem acolhido; por outro, nos desafia a um amplo espaço de exploração de virtualidades por cumprir. Assim, no domínio da arbitragem tributária, a duração média dos processos cifra-se em cerca de quatro meses e 15 dias, o que demonstra a franca celeridade desse mecanismo de resolução de litígios.

Os dados disponíveis ainda demonstram que a arbitragem vem sendo utilizada para dirimir litígios em toda a sorte de tributos, destacando-se o imposto de selo (28,0%), o IRC (24,3%) e o IRS (15,8%), perfazendo, em conjunto, 68,1% do total de pedidos em matéria tributária.

Acresce que o valor económico dos processos abrangidos pelo período em análise é de cerca de 975 milhões €.

No que tange à arbitragem administrativa, entraram no Caad 835 processos e findaram 732, correspondendo a uma taxa de resolução processual de cerca de 87,7%.

A duração média dos processos, por seu turno, cifra-se em cerca de três meses e 26 dias.

Fazemos, ainda, realçar que cerca de 80% dos processos entrados correspondem a processos de arbitragem, sendo os demais correspondentes a processos de mediação.

Na verdade, se a atividade do Caad demonstra bem a vitalidade

5 Informação transmitida pelo Caad.

da arbitragem no Direito Público em Portugal, não esquecemos que ela não esgota todo o universo das situações em presença, pois, nos termos do decreto-lei nº 425/86, de 27 de dezembro, existem outros centros de arbitragem autorizados pelo Ministério da Justiça a promover, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, sendo que alguns são de competência genérica, podendo, assim, administrar arbitragens em matéria administrativa.

Atento o exposto, como nota conclusiva, e fazendo apelo à questão que elegemos para tutelar este brevíssimo testemunho - será a arbitragem no Direito Público uma experiência tentada ou um instituto consagrado -, julgamos ser legítima a conclusão de que, no momento em presença, o recurso à arbitragem no Direito Público já é uma solução aceite pela prática, que alterou mentalidades e permitiu trazer para a esfera do interesse público a justa composição de litígios mais simplificada e alternativa ou complementar à justiça dos tribunais estaduais.

A institucionalização da arbitragem nesse domínio e os riscos então assumidos pelo legislador ao ousar reconstruir o sistema de justiça administrativa e tributária, também tendo por base o modelo de arbitragem, estão a ser amplamente compensados pelos resultados obtidos, o que nos leva à convicção de que o trilho é este, e o nosso dever é persistir no aperfeiçoamento da resposta dada.



ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA

Mestre em ciências jurídico-econômicas, pós-graduado em estudos europeus e licenciado em direito pela Universidade Católica Portuguesa. É presidente da Associação Fiscal Portuguesa, advogado e especialista em direito fiscal pela Ordem dos Advogados Portugueses.

ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA

A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL (PERSPETIVA DE UM ADVOGADO)

A LEGISLAÇÃO

A arbitragem tributária foi introduzida no ordenamento jurídico português pelo decreto-lei nº 10/2011, de 20 de janeiro.

Nesse mesmo ano, foram aprovados os diplomas regulamentares com vistas a operacionalizar o seu funcionamento. Assim, em 22 de março, foi aprovada, pelos Ministros das Finanças, Administração Pública e Justiça, a Portaria nº 112-A/2011, destinada a estabelecer os termos da vinculação da Administração Fiscal ao procedimento arbitral tributário.

Posteriormente, foram aprovados o Regulamento das Custas e o Regulamento de Seleção de Árbitros em Matéria Tributária.

Desde a sua entrada em vigor e até a presente data, o regime foi alterado pela lei nº 20/2012, de 14 de maio, e pelos orçamentos de estado para os anos de 2012 e 2013 (leis nº 64-B/2011, de 30 de dezembro, e 66-B/2012, de 31 de dezembro, respetivamente).

Com a introdução do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, Portugal tornou-se, na Europa, um país pioneiro nessa matéria, sendo, com exceção dos Estados Unidos da América, um dos poucos países com experiência nesta área.

Atualmente, volvidos sete anos desde a aprovação e implementação dessa forma alternativa de resolução dos litígios fiscais, será oportuno fazer um pequeno balanço, ainda que informalmente, sobre a maneira como o ordenamento tributário nacional acolheu esse regime, na perspectiva do advogado.

A ARBITRAGEM

Em termos genéricos, é possível definir a arbitragem como uma via alternativa de resolução de litígios, por meio de terceiros neutros e imparciais (os árbitros), cuja decisão assume o mesmo valor jurídico que as decisões judiciais.

Nessa justa medida, a arbitragem tem como finalidades, genericamente, a maior celeridade processual, o descongestionamento dos tribunais judiciais e uma maior flexibilidade no que respeita a formalidades processuais, tendo tido uma crescente importância na resolução de litígios nas diferentes áreas do Direito, em particular na resolução de litígios internacionais e litígios decorrentes da atividade comercial.

Os Objectivos da Arbitragem Tributária

Com a introdução da arbitragem fiscal, o Governo pretendeu reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, assim como o aumento da celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária aos sujeitos passivos. Foi, ainda, assumido como objetivo que a possibilidade de resolução de litígios tributários pela via da arbitragem reduza a pendência de processos administrativos e fiscais.

A Celeridade Processual

O Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária - como é legalmente apelidado - teve como um dos seus objetivos principais a celeridade processual, prometendo o seu alcance por meio da adoção de um processo sem formalidades especiais, pautado pelo princípio da autonomia dos árbitros na condução do processo e impondo um limite temporal, de seis meses, à emissão da

decisão arbitral (ainda que prorrogáveis por mais três períodos consecutivos de dois meses).

OS TRIBUNAIS FISCAIS ARBITRAIS COMPETENTES

Nesse domínio, apenas são competentes para proferir a decisão fiscal arbitral os tribunais que funcionam sob a égide do Centro de Arbitragem Administrativa (Caad), entidade que entrou em funcionamento a 28 de janeiro de 2009 (resolvendo litígios quer por mediação, quer por arbitragem).

A razão de ser da submissão dos Tribunais Fiscais Arbitrais à organização do Caad prende-se com o facto de ser o único centro de arbitragem a funcionar sob a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o qual, por sua vez, é a entidade competente para nomear o presidente do Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa.

AS MATÉRIAS DO TRIBUNAL FISCAL ARBITRAL

O Tribunal Fiscal Arbitral poderá pronunciar-se sobre diversos tipos de pretensões, incluindo a declaração de ilegalidade da liquidação de tributos, da autoliquidação, da retenção na fonte e dos pagamentos por conta, assim como a apreciação da ilegalidade dos atos de determinação da matéria tributável, dos atos de determinação da matéria coletável e dos atos de fixação de valores patrimoniais. No entanto, a Portaria que estabeleceu as regras de vinculação da Administração Tributária ao procedimento arbitral restringiu as matérias a que a Administração Tributária se encontra vinculada ao procedimento arbitral, o que diminui, necessariamente, o seu âmbito de aplicação.

A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

O legislador não pretendeu vincular a Administração Tributária ao procedimento arbitral em relação a todas as pretensões.

O Objecto da Vinculação

Em primeiro lugar, o legislador estabeleceu as matérias para as

quais os Tribunais Fiscais Arbitrais não têm competência e que, assim, se encontram excluídas, como as relativas: à declaração de ilegalidade de atos de autoliquidação, retenção na fonte e pagamento por conta que não tenham sido precedidos de recurso à via administrativa; aos atos de determinação de matéria coletável e de determinação da matéria tributável, ambos por métodos indiretos, incluindo a decisão do procedimento de revisão; aos direitos aduaneiros sobre importação e demais impostos indiretos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação; e à classificação pautal, origem e valor aduaneiro das mercadorias e a contingentes pautais, ou cuja resolução dependa de análise laboratorial ou de diligências a efectuar por outro Estado membro no âmbito da cooperação administrativa em matéria aduaneira.

Ainda existe uma outra limitação, em função do valor, optando o legislador por não vincular a Administração Tributária ao procedimento arbitral nos litígios de valor superior a 10 milhões €, estabelecendo, pois, uma regra de submissão à arbitragem em função do valor da causa, e aparentemente não confiando relativamente nesses tribunais, pelo menos nessa fase “inicial” das causas de maior valor.

Os Serviços Vinculados

Nem toda a Administração Tributária ficou, inicialmente, vinculada ao procedimento arbitral. Apenas a (ex-)Direção-Geral dos Impostos (DGCI) e a (ex-)Direção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC) se encontraram vinculadas à jurisdição dos Tribunais Fiscais Arbitrais, em funcionamento no Caad. Assim, não se encontram vinculados ao procedimento arbitral os demais organismos com competências em matéria fiscal, tais como as Câmaras Municipais, ou a Segurança Social, pese embora se encontrem dentro do conceito de Administração tributária previsto na Lei Geral Tributária.

A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL FISCAL ARBITRAL

De acordo com o regime dos Tribunais Arbitrais em Matéria Tributária, a composição do Tribunal Fiscal Arbitral dependerá, em primeiro lugar, da designação ou não por parte do contribuinte de um árbitro - critério que também influenciará o regime das custas que nos ocupará mais adiante. Assim, no caso de o contribuinte designar um árbitro, o Tribunal Fiscal Arbitral funcionará em coletivo (três árbitros), cabendo a cada uma das partes a nomeação de um árbitro e aos árbitros nomeados a nomeação de um terceiro árbitro, que será o árbitro-presidente. Nos casos em que o contribuinte não decida nomear um árbitro e o valor da causa seja inferior à alçada do Tribunal Central Administrativo (60 mil €), o tribunal funcionará com um árbitro singular, cabendo a designação ao Conselho Deontológico do Caad. Já nos casos em que o contribuinte não nomeie um árbitro e o valor da causa exceda a alçada do Tribunal Central Administrativo (60 mil €), o tribunal funcionará com um coletivo de três árbitros, também cabendo a designação ao Conselho Deontológico do Caad.

Os ÁRBITROS

Os Requisitos dos Árbitros

Os árbitros deverão ser escolhidos entre “pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público”. Poderão ser juristas, com pelo menos dez anos de experiência profissional pelo exercício de funções públicas, magistratura, advocacia, entre outras.

O regime jurídico da arbitragem tributária prevê, ainda, que possam ser nomeados árbitros licenciados em Economia ou Gestão, embora apenas em questões que exijam conhecimentos especializados dessa área não jurídica e não podendo este árbitro não jurista exercer as funções de árbitro-presidente. É de referir que a norma que estabelece a possibilidade de nomeação de árbitros não juristas ainda impõe que, com as necessárias adaptações, esses indivíduos tenham as mesmas características que os árbitros juristas, ou seja, que sejam pessoas com comprovada capacida-

de técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público, e que tenham pelo menos dez anos de experiência profissional nas áreas de Economia ou de Gestão.

No entanto, a Portaria veio a estabelecer uma regra particular, determinando que, nos litígios de valor igual ou superior a 500 mil €, o árbitro-presidente deve ter exercido funções públicas de magistratura nos Tribunais Tributários ou possuir o grau de mestre em Direito Fiscal; já nos litígios de valor igual ou superior a 1 milhão € os requisitos são ainda mais exigentes, impondo que o árbitro-presidente haja exercido funções públicas de magistratura nos Tribunais Tributários ou que possua o grau de doutor em Direito Fiscal. Apenas no caso de se verificar uma impossibilidade de designação de árbitro com tais qualificações será permitida, ao presidente do Conselho Deontológico do Caad, a designação do árbitro-presidente.

Relativamente ao modo de designação do árbitro, estão previstos, na referida Portaria, não só diferentes valores a título de custas, em função da entidade que designe os árbitros (Caad ou sujeito passivo) – razão pela qual são aprovadas duas tabelas distintas –, mas também regras específicas quanto ao encargo decorrente destas.

A lista dos árbitros

A lista dos árbitros é elaborada pela direção do Caad, mediante voto favorável do Conselho Deontológico da instituição. Quem pretender fazer parte da lista dos árbitros a exercer funções nos futuros Tribunais Fiscais Arbitrais precisa reunir as qualidades supra-referidas e candidatar-se, por meio de consulta pública anual, à lista de árbitros. Essa lista será ordenada segundo um critério de especialidade, sendo a mesma ordem a usada aquando da designação dos árbitros para o Tribunal Fiscal Arbitral.

Desde a implementação desse regime, a lista de árbitros tem vindo a ser alargada regularmente, tendo a última admissão de novos árbitros ocorrido em setembro de 2017.

AS DECISÕES ARBITRAIS

A Irrecorribilidade da Decisão Arbitral

As decisões proferidas pelos Tribunais fiscais arbitrais são, em regra, irrecorríveis. Haverá, no entanto, casos excepcionais, em que poderá haver recurso para o Tribunal Constitucional, para o Supremo Tribunal Administrativo, para o Tribunal Central Administrativo e, ainda, eventual reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Poder-se-á recorrer ao Tribunal Constitucional nos casos em que a sentença arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou aplique uma norma cuja constitucionalidade haja sido suscitada. Por seu lado, haverá recurso para o Supremo Tribunal Administrativo nos casos em que a decisão arbitral esteja em oposição quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelos Tribunais Centrais Administrativos ou do Supremo Tribunal Administrativo. Pode, ainda, a decisão proferida pelo Tribunal Fiscal Arbitral ser anulada pelos Tribunais Centrais Administrativos, com fundamento na não especificação dos fundamentos de facto e de direito que sustentam a decisão, assim como nos casos em que haja oposição dos fundamentos da decisão com a própria decisão, casos de omissão ou excesso de pronúncia, ou violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes.

Por fim, ainda poderá haver reenvio prejudicial, para o Tribunal de Justiça da União Europeia, sempre que seja suscitada no Tribunal Fiscal Arbitral uma questão sobre a interpretação dos Tratados da União Europeia ou questão sobre a validade ou interpretação dos actos adoptados por instituições, órgãos ou organismos da União Europeia.

Os Efeitos das Decisões Fiscais Arbitrais

As decisões proferidas no âmbito dos processos arbitrais terão o mesmo valor e os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos Tribunais Administrativos e Fiscais, pelo que, em caso

de incumprimento, pela Administração Tributária, de decisões que lhe sejam desfavoráveis, os contribuintes poderão lançar mão dos meios de execução de julgados previstos, designadamente, no Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

AS CUSTAS DA ARBITRAGEM FISCAL

As custas no processo arbitral - genericamente designadas como "taxas de arbitragem" - compreendem a taxa de arbitragem inicial, que corresponde ao montante devido pelo "impulso processual", e os encargos do processo arbitral, que se consubstanciam nas despesas resultantes da condução do processo arbitral (por exemplo, honorários dos árbitros, despesas incorridas para produção de prova).

Os Critérios da Taxa de Arbitragem

A taxa de arbitragem é calculada com base em dois critérios fundamentais: o valor da causa e o modo de designação do árbitro. No que diz respeito ao valor da causa, este será, em regra, determinado com base no disposto no Código de Procedimento e Processo Tributário, o qual determina que o valor atendível, para efeitos de custas, deverá ser o valor da liquidação cuja anulação se requer ou o valor contestado. Determinado o valor da causa, a taxa de arbitragem devida será aquela que resultar das Tabelas I e II, anexas ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

As Custas com Árbitro Designado pelo Caad

De acordo com o regime jurídico da arbitragem tributária, a designação de árbitros pelo Caad ocorre sempre que o Tribunal Fiscal Arbitral funcionar com árbitro singular ou, funcionando com intervenção do coletivo, as partes não designarem árbitros, competindo, assim, tal designação ao Caad. Nesses casos, estipula o Regulamento que será devida - pelo "impulso processual" - a taxa de arbitragem inicial, que corresponde a 50% da taxa de arbitragem, a ser paga por transferência bancária para a conta do Caad, em momento prévio ao pedido de constituição do Tribunal Fis-

cal Arbitral; os 50% restantes serão devidos no final do processo, aquando da fixação do montante das custas finais do processo arbitral, altura em que o Tribunal Fiscal Arbitral poderá, conforme já resultava do disposto no Regime da Arbitragem Tributária, decidir quanto à eventual repartição das custas pelas partes.

No que diz respeito aos valores devidos, a título de taxa de arbitragem, nestes casos de designação de árbitro pelo Caad, o valor mínimo ascende a 306 € - aplicável a causas cujo valor seja inferior a 2 mil € - e o valor máximo tabelado é de 4.896 € para causas até 275 mil € (cfr. Tabela I infra), sendo que, em causas com valor superior a 275 mil €, ainda serão devidos 306 € por cada 25 mil €.

Tabela I

De	Até	Taxa de Arbitragem inicial	Custos do processo arbitral
-	2.000,00 €	153,00 €	306,00 €
2.000,01 €	8.000,00 €	306,00 €	612,00 €
8.000,01 €	16.000,00 €	459,00 €	918,00 €
16.000,01 €	24.000,00 €	612,00 €	1.224,00 €
24.000,01 €	30.000,00 €	765,00 €	1.530,00 €
30.000,01 €	40.000,00 €	918,00 €	1.836,00 €
40.000,01 €	60.000,00 €	1.071,00 €	2.142,00 €
60.000,01 €	80.000,00 €	1.224,00 €	2.448,00 €
80.000,01 €	100.000,00 €	1.377,00 €	2.754,00 €
100.000,01 €	150.000,00 €	1.530,00 €	3.060,00 €
150.000,01 €	200.000,00 €	1.836,00 €	3.672,00 €
200.000,01 €	250.000,00 €	2.142,00 €	4.284,00 €
250.000,01 €	275.000,00 €	2.448,00 €	4.896,00 €

As Custas com Árbitro Designado pelo Contribuinte

De acordo com o regime jurídico da arbitragem tributária, a designação do árbitro pelo contribuinte apenas é possível nos casos em que haja lugar a Tribunal Fiscal Arbitral colectivo, o que só poderá ocorrer em causas superiores a 60 mil € (valor correspon-

dente a duas vezes a alçada do Tribunal Central Administrativo). Assim, nos casos em que o Tribunal Fiscal Arbitral funcione em coletivo e as partes designem os árbitros, o pagamento será integralmente suportado pelo contribuinte, devendo ser efetuado por transferência bancária para a conta do Caad, antes de formulado o pedido de constituição de Tribunal Fiscal Arbitral.

Também nesses casos a taxa será dependente do valor da causa, sendo o limite mínimo de 6 mil € - em causas inferiores a 60 mil € - e o limite máximo de 120 mil € para causas até 10 milhões € (cfr. Tabela II infra).

Tabela II

De	Até	Taxa de Arbitragem
-	60.000,00 €	6.000,00 €
60.000,01 €	250.000,00 €	12.000,00 €
250.000,01 €	500.000,00 €	24.000,00 €
500.000,01 €	750.000,00 €	36.000,00 €
750.000,01 €	1.000.000,00 €	48.000,00 €
1.000.000,01 €	2.500.000,00 €	60.000,00 €
2.500.000,01 €	5.000.000,00 €	80.000,00 €
5.000.000,01 €	7.500.000,00 €	100.000,00 €
7.500.000,01 €	10.000.000,00 €	120.000,00 €

REGIME TRANSITÓRIO

O decreto-lei que regula a arbitragem tributária previu, ainda, um regime transitório, que conferiu aos contribuintes com processos pendentes nos Tribunais Tributários há mais de dois anos a possibilidade de submeterem a apreciação das questões objeto desses mesmos processos aos Tribunais Fiscais Arbitrais, com dispensa do pagamento de custas judiciais, o que não logrou alcançar o seu objetivo pelo facto de a Portaria que aprovou a autovinculação ter sido aprovada com atraso em relação ao decreto-lei que instituiu a arbitragem fiscal.

CONSELHO DEONTOLÓGICO

O Conselho Deontológico do Caad é o órgão responsável por assegurar a transparência e a neutralidade.

Entre outras funções, o Conselho Deontológico está incumbido de se pronunciar sobre a lista de árbitros do Centro, nomear os árbitros da lista quando as partes não o fazem e, ainda, desenvolver e assegurar a aplicação do Código Deontológico.

O Código Deontológico foi concebido para assegurar, acima de tudo, a independência e a neutralidade que devem pautar qualquer instituição que administre o poder jurisdicional.

Esse Código Deontológico estabelece expressamente os parâmetros de conduta dos árbitros administrativos e fiscais, mediante a implementação de um conjunto apertado de impedimentos e deveres.

Assim, visando regular a conduta, não de magistrados, mas, na sua maioria, de advogados, consultores, professores catedráticos, contabilistas e ex-funcionários da Administração Tributária, as regras contidas no dispositivo legal em apreço têm como fim último garantir que são respeitados deveres tão elementares como o não uso de qualquer informação obtida no decorrer do processo, com o objectivo de retirar algum partido para si próprio ou para terceiro, bem assim a proibição de o árbitro comunicar com as partes ou seus mandatários em privado.

A preocupação com a garantia de imparcialidade e idoneidade desse meio de resolução de litígios é respaldada, também, na decisão de nomear como presidente do Conselho de Deontologia um juiz jubilado e de encarregar o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais dessa nomeação, dando, dessa forma, um indício claro aos contribuintes e à Administração Tributária de que existe um sistema de “check and balances” preocupado em assegurar a tutela da confiança, a imparcialidade, a transparência e a idoneidade da arbitragem tributária.

Julgamos, aliás, que é esse “set” de regras de conduta que tem permitido sustentar a boa reputação da arbitragem tributária como uma via efectivamente legítima de resolução de litígios entre a Administração Tributária e os contribuintes, e alternativa viável e fiável à impugnação judicial.

NOVOS PRAZOS E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS E COLIGAÇÃO DE AUTORES NA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

O Tribunal Arbitral pode, pois, pronunciar-se sobre diversos tipos de pretensões, incluindo a ilegalidade da liquidação de tributos, da autoliquidação, da retenção na fonte e dos pagamentos por conta, assim como sobre a ilegalidade em atos de fixação de valores patrimoniais.

Os prazos para a formulação de pedido de constituição do Tribunal Arbitral não são, porém, hoje idênticos aos da impugnação judicial, de constituir, assumidamente, alternativa.

De facto, a regra a geral dos prazos para pedido de constituição de Tribunal Arbitral é de 90 dias – e não a de três meses, como é agora o prazo da impugnação judicial –, a serem contados, designadamente: do termo do prazo do pagamento voluntário das prestações tributárias, da citação dos responsáveis subsidiários em processo de execução fiscal, da formação da presunção de indeferimento tácito, da notificação da decisão ou do termo do prazo legal de decisão de recurso hierárquico, ou da notificação da decisão de indeferimento de reclamação graciosa. Nota-se que, também no caso de estarmos perante a apreciação da ilegalidade de actos de pagamentos por conta, o prazo será o de 90 dias, e não o de 30 dias, como é a regra na impugnação judicial, com a obrigatoriedade, aqui comum, de ser precedida de contestação graciosa deles.

No tocante aos actos de fixação de matéria tributável que não dêem origem à liquidação de qualquer tributo, a atos de determinação da matéria coletável e a atos de fixação de valores patrimoniais, o regime jurídico da arbitragem tributária (RJAT) prevê já o prazo de 30 dias, contados da notificação deles, para a formulação do pedido de constituição de Tribunal Arbitral.

A Lei do Orçamento do Estado para 2013 veio aditar uma norma ao RJAT referente à contagem dos prazos (o art. 3º-A). Assim, no tocante ao procedimento arbitral, os prazos são contados nos termos do Código de Procedimento Administrativo (CPA) e, no processo arbitral, de acordo com o Código de Processo Civil (CPC). Daqui resultaram importantes diferenças: no processo arbitral, quando se trata de prazos inferiores a seis meses e não se trata de atos que a lei considera urgentes, os prazos se suspenderão durante as férias judiciais. Por seu lado, no procedimento arbitral, quando se tratar de prazos inferiores a seis meses, estes suspendem-se em sábados, domingos e feriados (ao contrário do que ocorre no processo arbitral, em que há transferência do termo para o primeiro dia útil seguinte).

Para esse efeito, deverá ter-se presente, porém, que o processo arbitral se inicia na data da constituição do Tribunal Arbitral, sendo as partes informadas da designação dos árbitros nomeados, bem como dessa notificação da constituição do Tribunal Arbitral, que se considera ocorrer nos dez dias após aquela designação, sem oposição. O procedimento arbitral inicia-se apenas a partir da decisão do presidente do Caad da aceitação do pedido de pronúncia arbitral e da notificação da Administração Tributária.

No RJAT, prevê-se, ainda, que, no processo arbitral, enquanto meio (mais célere) de resolução de litígios, seja proferida decisão no prazo de seis meses, prazo este que é prorrogável por sucessivos períodos de dois meses, com o limite máximo, portanto, de mais seis meses, havendo aqui, também, suspensão de prazos em férias judiciais.

Atendendo aos poderes e às competências do Tribunal Arbitral, é de referir a possibilidade de julgar causas em que exista uma pluralidade subjectiva de autores (coligação) e/ou de diversos pedidos (cumulação), sendo, aqui, considerados os princípios da simplificação e da economia processuais.

No âmbito do Código do Procedimento e do Processo Tributário (CPPT), é possível a cumulação de pedidos tanto na fase adminis-

trativa como na fase judicial, desde que se verifique a tripla identidade (i) da natureza dos tributos ; (ii) dos fundamentos invocados, de facto e de direito; e (iii) do tribunal/órgão competente para a decisão. Todavia, nos termos do RJAT, a cumulação está sujeita a critérios algo diversos, pois é possível a cumulação quanto a diferentes actos ou tributos, desde que estejam em causa as mesmas circunstâncias de facto e a interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou regras de direito.

Assim, a existência dessa regra, em especial, para os Tribunais Arbitrais afasta a aplicação das regras do CPPT, que apenas permitem a cumulação de impugnações de actos que se encontrem entre si colocados numa relação de prejudicialidade ou de dependência, nomeadamente por estarem inseridos no mesmo procedimento ou porque da existência ou validade de um deles depende a validade do outro, e de actos cuja validade possa ser verificada com base na apreciação das mesmas circunstâncias de facto e dos mesmos fundamentos de direito.

Importa ter presente, ainda, que o RJAT prevê mesmo a possibilidade de cumulação de impugnação judicial com pedido arbitral, ainda que em relação ao mesmo acto, desde que os factos e fundamentos invocados sejam diferentes.

Por seu turno, enquanto a coligação de autores é admitida no processo de impugnação judicial, exigindo para além da identidade dos fundamentos, de facto e de direito, invocados, idêntica natureza dos tributos a que se reportam os actos impugnados, é possível, no âmbito da arbitragem tributária, a coligação de autores, nos mesmos termos em que é admissível a cumulação de pedidos, também se afastando aqui a necessidade de estarem em causa tributos idênticos.

No que toca à ilegalidade da cumulação ou de coligação, o regime que prevê, para a situação de cumulação, que, após a notificação do juiz, deva ser indicado o pedido que se pretende ver apreciado no processo, sob pena de absolvição da instância quanto a todos os pedidos, é o que será aplicado subsidiariamente aos

processos arbitrais tributários, de acordo com o RJAT.

Quanto à cumulação de pedidos, há que atentar, designadamente, às decisões Caad 335/2016-T, de 02 de fevereiro de 2016, 720/2014-T, de 23 de março de 2015, 757/2015-T, de 15 de julho de 2016, e 712/2015-T, de 1º de agosto de 2016, que densificam conceitos indeterminados, como o das “mesmas circunstâncias de facto”.

Quanto à coligação de autores, é de referir a decisão Caad 224/2016-T, de 02 de fevereiro de 2016 sobre as “condições” para a coligação.

O regime da arbitragem tributária, em conjugação com o código de procedimento e de processo tributário, dá, assim, origem a situações várias (sendo que os prazos carecem de revisão e de nova ponderação por parte do legislador).

UM BALANÇO DE SETE ANOS DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

As informações disponíveis no site do Caad revelam que, desde o seu início, o Caad recebeu cerca de 3.600 processos, os quais se concretizam em mais de 840 milhões de euros de imposto, cuja legalidade foi posta em causa.

Dos 840 milhões €, 230 milhões € foram discutidos em 2017.

Os mesmos dados também mostram que, em 60% dos casos, o litígio é resolvido a favor do contribuinte e os restantes 40%, a favor da Administração tributária.

Tendo por referência não só as decisões publicadas, mas também as estatísticas periódicas publicitadas pelo Centro de Arbitragem, os números revelam que o imposto mais discutido é o IRC, sendo as empresas, nesta medida, quem mais recorre à arbitragem enquanto forma de solução das disputas que as opõem à Administração Tributária.

Como atrás ficou dito, um dos grandes objetivos da instituição da arbitragem como meio alternativo aos tribunais tributários era o

compromisso de administrar a justiça, em matéria fiscal, de forma mais célere e eficaz.

Tal objectivo, no que respeita aos processos no Caad, parece-nos, atentos os dados disponibilizados pelo Caad, alcançado, sendo que o tempo médio de decisão está, nesta data, em torno de 4,5 meses. Não nos parece, porém, que o número dos processos que correm no Caad em razão dos que correm nos tribunais tributários permitam dizer que se alcançou celeridade na justiça fiscal em geral ou que a arbitragem fiscal irá resolver alguns dos problemas clássicos.

Do ponto de vista técnico, as qualificações dos árbitros altamente especializados do Caad, seja em nível académico, seja do ponto de vista prático, têm ajudado a instituir a jurisprudência do Caad como um ponto de referência do aconselhamento jurídico e das próprias instâncias tributárias superiores.

De notar é, também, que as vozes mais críticas têm apontando como calcanhar de Aquiles desse sistema a impraticabilidade do sistema de recursos implementado e acima descrito, sendo, também, incapaz, tal como está gizado, de resolver as contradições existentes em algumas das decisões arbitrais com objecto idêntico ou semelhante.

É, assim, apontado que, não raras vezes, a escolha entre o recurso à arbitragem tributária e o sistema jurisdicional ordinário dos Tribunais Tributários faz-se não com base nos custos associados, na especialidade dos árbitros ou na celeridade que se pretende conferir à disputa, mas com base na segurança que o sistema jurisdicional confere de recurso a um duplo (ou triplo) grau de decisão.

Não podendo, nem querendo, fazer tábua rasa das críticas apontadas ao processo arbitral, parece-nos que este esteve apto, nestes breves sete anos de existência, a cumprir alguns dos seus mais ambiciosos objectivos: de celeridade, qualidade e imparcialidade, a que o regime instituído se propôs.

TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e pós-graduada em Fiscalidade pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. É docente na pós-graduação e no mestrado e assistente na Licenciatura da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e participa em vários projetos de investigação desenvolvidos no âmbito do Réseau Odysseus, Instituto de Estudos Europeus de Bruxelas, do Social Science Research Center, de Berlim, e do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Além disso, é coordenadora do Departamento Jurídico do Centro de Arbitragem Administrativa, coordenadora da Revista Arbitragem Tributária e de outras obras. Distinguida pela International Tax Review como Women in Tax Leaders.

TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA

MIGRAÇÃO DE PROCESSOS DOS TRIBUNAIS TRIBUTÁRIOS ESTADUAIS PARA OS TRIBUNAIS ARBITRAIS

Tantas vezes acusado de seguidismo no plano das soluções normativas em matéria tributária, hoje Portugal pode orgulhar-se de ter sido pioneiro na aprovação de um regime jurídico de arbitragem em matéria tributária, sem paralelo nos ordenamentos da mesma família jurídica - ordenamentos esses em que o debate ainda se centra em torno do dogma da (in)disponibilidade do crédito tributário.¹

A compatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário e a possibilidade de submissão de pretensões de Direito Tributário à jurisdição de Tribunais Arbitrais foi ampla e longamente questionada na doutrina nacional. Invocaram-se argumentos de constitucionalidade, ainda que o princípio da indisponibilidade dos créditos tributários não se encontre expressamente previsto na Constituição da República Portuguesa (CRP), podendo apenas ser entendido como corolário dos princípios da

¹ O dogma da indisponibilidade do crédito tributário é apresentado como um dos obstáculos à introdução do regime de arbitragem tributária em Espanha, em São Tomé e Príncipe e no Brasil, para dar alguns exemplos. Entendimento que a doutrina começa agora a questionar, com fundamento no direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Nesse sentido cf. COLOMA, Paula Vicente-Arche. El Arbitraje en el ordenamento tributário Español: una proposta, Marcial Pons, 2005, p. 23; AFONSO, Osvaldo da Gama. "A arbitragem em São Tomé e Príncipe - da Constituição Santomense à inexistência/necessidade de um regime tributário", Revista Arbitragem Tributária n° 3, junho 2015, p. 29; e GODOL, Marciano Seabra de; GIANNETTI, Leonardo Varela. "Arbitragem e Direito Tributário Brasileiro - a superação do dogma da indisponibilidade doo crédito tributário", Revista Arbitragem Tributária n° 3, junho 2015, p. 36.

legalidade e da igualdade tributária. Defendeu-se uma reserva constitucional de jurisdictio em matéria tributária, prontamente refutada por Gomes Canotilho. Na opinião do autor, em vez de uma reserva constitucional de jurisdictio, a CRP prevê uma reserva legal, devendo ser notado que a “Constituição dá cobertura à criação de Tribunais Arbitrais (artigo 209.º/2), entendendo-se que esta norma abrange os Tribunais voluntários (...) [e] ao admitir Tribunais Arbitrais, [a CRP] parece não afastar a ideia de reserva de juiz nas vestes de juiz arbitral”.² O n.º 2 do art. 209.º da CRP prevê, expressamente, a possibilidade de criação de Tribunais Arbitrais “como uma das espécies da categoria Tribunais”, a quem compete “administrar a justiça em nome do povo”,³ sem qualquer restrição quanto ao respetivo objeto. Como bem refere José Poças Falcão, é certo que o art. 212.º, n.º 3, da CRP prevê que

“compete aos Tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, este preceito não pode ser interpretado no sentido da exclusividade dos Tribunais administrativos e fiscais para dirimir litígios administrativos e tributários”.

O autor refere mesmo que, pelo contrário,

“não repudiaria um juízo de inconstitucionalidade [por omissão] a manter-se a inexistência destes Tribunais [Arbitrais] (na falta de melhor alternativa) como meio de dar execução plena à norma constitucional que confere o direito dos cidadãos (no caso, contribuinte) a uma decisão em (...) prazo razoável e com procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter a tutela efetiva e em tempo útil”.⁴

2 CANOTILHO, J.J. GOMES. DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO, 5ª ED., 2002, P. 665.

3 CF. ARTIGO 202.º N.º 1, DA CRP.

4 FALCÃO, JOSÉ POÇA. “ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA”, REVISTA PORTUGUESA DE CONTABILIDADE, 2011, VOL. I, N.º 002, PP. 193-194.

No plano infraconstitucional, a admissibilidade da arbitragem em Direito Tributário foi contestada, durante longo tempo, tendo por base uma interpretação restritiva do n.º 2 do art. 30.º da Lei Geral Tributária (LGT), que prevê a indisponibilidade do crédito tributário. Em sentido oposto, Jorge Lopes de Sousa defende que “numa interpretação holística, que tenha em mente a globalidade do nosso sistema de administração executiva no âmbito das relações jurídicas tributárias, o princípio da indisponibilidade dos critérios tributários só poderá reportar-se a créditos consolidados, cuja existência esteja assente, depois de esgotados os meios normais de impugnação: até aí não haverá a certeza de haver direitos de crédito e, por isso, os atos que declaram a eliminação jurídica dos atos que definiram créditos tributários não implicam redução ou extinção desses créditos cuja existência na ordem jurídica ainda não está assente”.⁵

Em 2011, o Governo da República foi autorizado a legislar no sentido de instituir a arbitragem como forma alternativa de resolução jurisdicional de litígios em matéria tributária, prevista como um “direito potestativo dos contribuintes”. A autorização legislativa constante do art. 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, que aprovou o Orçamento de Estado para 2010, ainda impunha que o julgamento do Tribunal Arbitral fosse feito segundo o Direito constituído, ficando expressamente vedado o recurso à equidade.

No uso dessa autorização legislativa, veio a ser aprovado o decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que introduziu, no ordenamento jurídico português, o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT). O RJAT entrou em vigor em 25 de janeiro de 2011, mas a sua efetiva aplicação ficou dependente da publicação de uma portaria de vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) à jurisdição dos Tribunais Arbitrais.⁶ O n.º 1 do art. 4.º do RJAT previa que essa vinculação fosse aprovada por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das Finanças e

⁵ SOUSA, JORGE MANUEL LOPES DE. “COMENTÁRIO AO REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA”, GUIA DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA, 2017.

⁶ Cf. VILLA-LOBOS, NUNO; PEREIRA, TÂNIA CARVALHAIS. “ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: BREVES NOTAS”, A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA E TRIBUTÁRIA: PROBLEMAS E DESAFIOS”, 2013, PP. 375-388, E JORGE SOUSA, MANUEL LOPES DE. “COMENTÁRIO AO REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA”, GUIA ..., OB CIT.

da Justiça, que poderia estabelecer o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos por essa vinculação.⁷ A Portaria de Vinculação veio a ser aprovada em 22 de março de 2011, com o número 112-A/2011, e entrou em vigor no dia 1º de julho do mesmo ano.

Ao inovador regime jurídico da arbitragem em matéria tributária,⁸ foi cometida a prossecução de três objetivos essenciais, a saber: reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, imprimir maior celeridade à resolução de litígios em matéria tributária e contribuir para a redução das pendências nos Tribunais Tributários - objetivos assumidos expressamente no preâmbulo do RJAT, tendo em vista a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos, que pressupõe a obtenção de decisões em tempo útil.⁹ Um dos institutos de que o legislador se socorreu para prosseguir, de uma assentada, com os objetivos de imprimir maior celeridade à resolução de litígios em matéria tributária e contribuir para a redução das pendências nos Tribunais Tributários foi, precisamente, o regime de migração de processos destes Tribunais para os Tribunais Arbitrais, objeto central de análise no presente artigo.

REGIME DE MIGRAÇÃO DE PROCESSOS NA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

O RJAT previu um regime transitório de migração de processos sem tradição no ordenamento nacional e sem paralelo em matéria tributária, ainda que se aproxime de regimes de migração de processos previstos noutros ordenamentos da mesma família jurídica, como é o caso do regime italiano no âmbito do Direito Civil.¹⁰ O regime de migração de processos, previsto no art. 30º

7 Sobre a interpretação do art. 4º do RJAT, cf. SANTOS, Leonardo Marques dos. "Submission of contributions and levies to tax arbitration courts: presente or future", *The Portuguese Tax Arbitration Regime*, 2015, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, pp. 97-115.

8 A natureza dos tribunais arbitrais tributários foi objeto de análise no artigo de Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, "A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 7, 2014, pp. 87-122.

9 O tempo médio de decisão e os custos inerentes aos atrasos da máquina judicial foram analisados por Francisco Sousa da Câmara no artigo "Tax Arbitration Courts or Tax Judicial Courts: which to choose and what to consider?", *The Portuguese Tax Arbitration Regime*, 2015, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, pp.147 e ss.

10 Sobre o regime de migração de processos em matéria civil em vigor em Itália DL nº 132/2014, de 12-09-2014, e CUZZOLA, Paolo Fortunato; SICLARI, Valentina Maria. "D.L. 132/2014: trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria. Commento a caldo", *La Nuova Procedura civile*, *Revista Scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, nº 5, 2014.

do RJAT, estabelece a possibilidade do sujeito passivo,

“a partir da entrada em vigor do presente decreto-lei e até ao termo do prazo de um ano, submeter à apreciação de Tribunais Arbitrais constituídos nos termos do n.º 1 e da alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º, pretensões que tenham por objeto atos tributários que se encontrem pendentes de decisão em primeira instância nos Tribunais judiciais tributários há mais de dois anos, com dispensa de pagamento de custas judiciais” (nº 1).

E a utilização desta faculdade determinava que

“a partir do momento em que o processo arbitral se considera iniciado, a alteração da causa de pedir ou a extinção da instância, de acordo com os fundamentos apresentados no pedido de pronúncia arbitral, impondo-se ao impugnante promovê-la no prazo de 60 dias, juntando cópia do pedido de pronúncia arbitral” (nº 2).

A migração de processos pendentes nos Tribunais Tributários para os Tribunais Arbitrais foi prevista como “uma faculdade transitória” dos sujeitos passivos, subordinada à verificação de requisitos materiais e temporais e com efeitos jurídicos que cumpre analisar.

Carácter transitório

O regime de migração de processos foi previsto como uma medida transitória, para vigorar durante um ano após a entrada em vigor do RJAT. Todavia, como já se referiu, o RJAT entrou em vigor em 25 de janeiro de 2011, mas só se tornou efetivamente aplicável no dia 1º de julho do mesmo ano, na data da entrada em vigor da Portaria de Vinculação da AT à jurisdição dos Tribunais Arbitrais. Com efeito, um regime que deveria vigorar durante 365 dias apenas foi efetivamente aplicável por apenas 209 dias – isso se não descontarmos os dois períodos de férias judiciais, tradicionalmente menos “produtivos”, caso em que o prazo de aplicabilidade do regime seria reduzido para 165 dias.

Nesse âmbito, dever-se-á, ainda, ter em consideração que, em 2011, o regime da arbitragem tributária representava uma ino-

vação jurídica sem paralelo e que o próprio regime de migração de processos era relativamente inaudito em Portugal. O desconhecimento da lei e o compreensível receio do que é novo também concorreram, de forma decisiva, para os resultados limitados de uma medida cheia de boas intenções, mas cuja viabilidade prática foi coartada pela limitação temporal da respetiva vigência e aplicabilidade.

Entre 1º de julho de 2011 e 25 de janeiro de 2012, data em que o regime caducou, entraram no Centro de Arbitragem Administrativa (Caad) 32 processos ao abrigo do regime de migração de processos, dos quais 26 foram apresentados nos últimos dias de vigência do regime.

Requisitos materiais e temporais

O art. 30º, nº, 1 do RJAT limita a faculdade de migração para os Tribunais Arbitrais aos processos que tenham por objeto atos tributários, em conformidade com a delimitação do âmbito de competência prevista no art. 2º, nº 1, alínea a), primeira parte, do mesmo diploma legal, não se referindo expressamente à retenção na fonte e aos pagamentos por conta.

De notar, ainda, que, nos termos da alínea b) do nº 1 do art. 2º do RJAT, a competência dos Tribunais Arbitrais também compreende a apreciação da ilegalidade de atos de fixação da matéria tributável, quando não der origem à liquidação de qualquer tributo, de atos de fixação da matéria coletável¹¹ e de atos de fixação de valores patrimoniais; matérias que, numa interpretação estritamente literal, ficariam de fora do âmbito do regime de migração de processos, ainda que não se vislumbre qualquer fundamento de política legislativa para esse efeito. O âmbito material do regime de migração de processos deve coincidir, por razões de coerência sistemática e igualdade, ao âmbito material de competência dos Tribunais Arbitrais, tal como se encontra definido no art. 2º, nº 1, do RJAT. Idêntica solução ainda encontra apoio nos fundamen-

¹¹ A arbitrabilidade de atos de fixação da matéria coletável levanta dúvidas várias, cuja apreciação não cabe dentro do âmbito do presente artigo, mas justificam o facto de, até o momento, não ter sido invocada em sede arbitral.

tos precedentes à aprovação do próprio regime de migração de processos e que o RJAT assume como objetivos essenciais – garantia de uma tutela jurisdicional efetiva e uma maior celeridade na resolução dos conflitos que opõem a Administração Tributária aos contribuintes. Poder-se-á, ainda, dizer, sem grande margem para erro, que, nos processos pendentes há mais de dois anos em primeira instância, a celeridade já foi francamente sacrificada. Ainda que se possa argumentar que a celeridade não é um valor que justifique, em si mesmo, um regime de migração de processos com caráter estrutural, a realidade demonstra que a ausência de decisão num prazo razoável compromete a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva. Para além dessa “refração subjetiva”, num determinado caso concreto ou em relação a um determinado contribuinte, a celeridade da resposta judicial tem refrações muito mais amplas – desde logo, ao permitir assegurar a contemporaneidade entre duas “fontes de Direito”: a jurisprudência e a legislação em vigor. A atual falta de sintonia entre a jurisprudência e a legislação vem contribuindo para a diminuição da relevância prática da jurisprudência enquanto fonte mediata de Direito no plano da prevenção de litígios tributários, com custos não despidiendos.¹² João Taborda da Gama ainda alerta para o facto de que a

“inadmissível demora da decisão na primeira instância fiscal é acompanhada da não publicação das suas decisões. Isto quer dizer que as primeiras decisões publicitadas são as dos TCAs ou do STA¹³ – na prática, temos decisões sobre normas que estavam em vigor há mais de dez anos. Dito de outro modo, aconselham-se clientes, formam-se magistrados, advogados ou consultores fiscais, sem o apoio imprescindível da jurisprudência fiscal”.

Os atrasos na justiça não são um problema recente, mas perpetuam-se no tempo, com caráter, aparentemente, mais estrutural do que circunstancial. De acordo com dados divulgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), entre 1959 e 2015, foram

¹² GAMA, João Taborda da. “As Virtudes Escondidas da Arbitragem Fiscal”, Revista Arbitragem Tributária n° 1, p. 13.

¹³ TCA é a abreviatura Tribunal Central Administrativo (segunda instância) e STA é a abreviatura de Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Superior da Jurisdição Administrativa e Fiscal).

judgados 139 processos contra Portugal, com fundamento em atrasos na justiça.¹⁴ Em 2013, a título de exemplo, os atrasos na justiça foram amplamente divulgados na imprensa nacional quando fundamentaram a condenação de Portugal no pagamento de indenizações que excederam os 2,5 milhões €. ^{15, 16}

O que entender por prazo razoável para a obtenção de uma decisão que ponha termo, a título definitivo, a um litígio não está isento de dificuldades inerentes à complexidade da matéria ou ao contexto socioeconómico do Estado em causa? No acórdão Trevisan, de 26 de fevereiro de 1993, o TEDH esclareceu que, numa situação de crise económica ou política que tenha como consequência uma sobrecarga de trabalho para os juízes, essas circunstâncias possam ser invocadas para justificar um prazo mais alargado de decisão, desde que esse Estado adote, com a brevidade possível, as medidas necessárias à superação dessa situação extraordinária. Esta justificação não será, todavia, aceita pelo TEDH quando os atrasos na justiça assumirem um caráter estrutural, como malogradamente parece ser o caso português.

De acordo com o disposto no art. 96º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), o “processo judicial tributário tem por função a tutela plena, efetiva e em tempo útil dos direitos e interesses legalmente protegidos em matéria tributária”. Para “cumprir em tempo útil a função que lhe é cometida (...) o processo judicial tributário não deve ter duração acumulada superior a dois anos contados entre a data da respetiva instauração e a da decisão proferida em 1ª instância que lhe ponha termo”. Ainda que se defenda que o prazo previsto no normativo em apreço deva ser qualificado como um prazo meramente ordenador,¹⁷ não

14 Cf. <http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2016_ENG.pdf>.

15 Cf. imprensa nacional, <<https://www.publico.pt/2015/10/29/sociedade/noticia/ficou-mais-dificil-denunciar-atrasos-da-justica-ao-tribunal-dos-direitos-humanos-1712782>>; <<http://www.jn.pt/nacional/interior/tribunal-europeu-condena-portugal-por-atraso-na-justica-4861441.html>>; <<https://tretas.org/Justi%C3%A7a/ArtigosCondena%C3%A7%C3%B5esInternacionais>>. O Gabinete de Documentação e Direito Comparado disponibiliza uma lista de todos os processos em que Portugal foi parte no TEDH (<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos-tedh.html>>).

16 Cf. Acórdão do TEDH proferido no processo nº 73798/13, de 29 de outubro de 2015.

17 Neste sentido, cf. o acórdão do TCA-Sul, proferido no processo nº 08513/15, de 16 de janeiro de 2016. De acordo com a jurisprudência firmada no aresto em apreço, “faz pouco sentido fazer cessar a sua obrigação de decidir quando ultrapasse o prazo legalmente indicado para o efeito,

se pode deixar de entender que delimita um horizonte temporal a partir do qual o próprio legislador considera ser posta em causa a “tutela plena, efetiva e em tempo útil dos direitos e interesses legalmente protegidos em matéria tributária” – facto que legitima o recurso, entre outras medidas, ao expediente da migração de processos, não já com carácter transitório, mas como uma medida estrutural.

Para além dos requisitos materiais, o art. 30º do RJAT ainda prevê um limite temporal mínimo de pendência, como pressuposto para admissibilidade da migração de processos dos Tribunais Tributários para os Tribunais Arbitrais – a pendência do processo há mais de dois anos em primeira instância. Em termos estritamente literais, para efeito do cumprimento deste requisito temporal, bastará, então, uma pendência de dois anos e um dia, não sendo, todavia, claro o termo inicial da contagem desse prazo. O legislador foi omissivo no que respeita à delimitação do termo inicial da contagem do “prazo de pendência”. Numa interpretação sistemática, tomando em consideração os princípios da igualdade e da praticabilidade, dir-se-á que o prazo de pendência deve ter como termo inicial de contagem a data de apresentação da petição inicial de impugnação judicial, data que será facilmente comprovável pelos contribuintes/impugnantes e controlável pelos Tribunais, nos termos gerais.

No que respeita à migração do processo, o legislador também não restringiu a respetiva admissibilidade a uma determinada fase processual. Com efeito, a migração poderá operar independentemente de ter havido lugar à prática de qualquer ato, já terem sido praticados atos de produção de prova ou de o processo já se encontrar concluso para decisão. Quando o legislador não distingue, não deve o intérprete fazê-lo, de modo a restringir o âmbito de um regime especial que visa à garantia de uma tutela jurisdicional efetiva. Em qualquer caso, deve admitir-se a possibilidade de aproveitamento da prova produzida em processo tributário, nos termos gerais, sem prejuízo de o Tribunal Arbitral decidir repetir algum ato processual.

uma vez que isso penaliza, justamente, aqueles (as partes) que verdadeiramente têm o direito – o direito a uma decisão – e que nenhum prazo associado ao exercício do seu direito ofenderam”.

Regime de designação de árbitro

A arbitragem tributária foi instituída como um direito potestativo dos contribuintes, prevendo, para o efeito, uma pré-vinculação da AT por meio de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça (art. 4º, nº 1, do RJAT).¹⁸ Para além da faculdade de opção entre a impugnação junto dos Tribunais Tributários ou dos Tribunais Arbitrais, os contribuintes ainda podem optar, na arbitragem tributária, por designar árbitro ou por remeter tal designação para o Conselho Deontológico do Caad, opção que não está, todavia, isenta de consequências. Desde logo, se o contribuinte optar por designar árbitro, o RJAT impõe, na versão na data em que se escreve, que se indique o nome do árbitro designado no pedido de constituição de Tribunal Arbitral (art. 11º, nº 2).¹⁹ Nesse caso, o Tribunal Arbitral é sempre constituído como coletivo, independentemente do valor da causa, cabendo ao sujeito passivo designar um dos árbitros e à AT designar o segundo árbitro. Os árbitros designados pelas partes devem, então, cooptar o terceiro árbitro, que exercerá as funções de árbitro presidente (art. 6º, nº 2, alínea b), do RJAT). Caso o sujeito passivo opte por designar árbitro, deve liquidar, a título definitivo,²⁰ o valor total da taxa de arbitragem devida, nos termos da tabela II anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, juntando o comprovativo do pagamento ao pedido de constituição de Tribunal Arbitral. No caso de o sujeito passivo não optar por designar árbitro, essa designação compete ao Conselho Deontológico do Caad, dentre uma lista de árbitros sujeita ao escrutínio público e em conformidade com o disposto no Regulamento de seleção e designação de árbitros do CAAD. Nesse caso, se o valor da ação for igual ou inferior a duas vezes

18 No que respeita à interpretação do art. 4º, nº 1, do RJAT, e partindo da letra da lei, dir-se-á que se limita a prever o instrumento normativo e os termos da vinculação da AT à jurisdição dos Tribunais Arbitrais, não prevendo qualquer delimitação das entidades com capacidade tributária ativa que se possam vincular à arbitragem tributária. Não se acompanha, por isso, a jurisprudência fixada no Processo Arbitral nº 168/2016-T. De referir, ainda, que, na data da aprovação do RJAT, a administração dos impostos era atribuída, em exclusivo, à AT, o que não acontece hoje, por exemplo, no imposto especial sobre o jogo.

19 Alterado pelo art. 228º da lei nº 66º-B/2012, de 31 de dezembro, em vigor desde 1º de janeiro de 2013.

20 O valor liquidado a título de custas não será, neste caso, reembolsável, mesmo em caso de vencimento da causa.

o valor da alçada do TCA,²¹ o Tribunal Arbitral será constituído como singular (um árbitro) e, acima desse valor, como coletivo de três árbitros, com reflexo natural no nível das custas. Não tendo sido exercida a opção de designação de árbitro, o sujeito passivo apenas deve liquidar 50% do valor das custas devidas com a apresentação do requerimento de constituição de Tribunal Arbitral, devendo liquidar o remanescente entre a data da realização da reunião prevista no art. 18º do RJAT, ou a sua dispensa, e a data agendada para a prolação da decisão arbitral, aplicando-se, neste caso, a tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

O valor das custas nos processos de arbitragem tributária varia, assim, em função de dois critérios: o exercício da opção de designação de árbitro pelo sujeito passivo e o valor da utilidade económica do pedido. Nesse caso, o valor das custas a pagar em sede arbitral corresponde, ao final, ao valor das custas que o sujeito passivo/impugnante pagaria nos Tribunais Tributários.

Independentemente da opção de designação pelo sujeito passivo ou da remissão da designação para o Conselho Deontológico, os árbitros designados devem preencher os requisitos previstos nos artigos 6º e 7º do RJAT e observar as exigências deontológicas previstas no RJAT e densificadas no Código Deontológico do Caad. Como bem refere Manuel Fernando dos Santos Serra, compete ao Conselho Deontológico “impor (...) um elevado nível de exigência quanto à isenção, independência, imparcialidade e competência dos árbitros quer, desde logo, no momento do respetivo recrutamento, quer, depois, no acompanhamento até final do processo arbitral”.²² A opção pela designação de árbitro pelo sujeito passivo ficou, contudo, limitada aos processos novos, não se aplicando em caso de migração de processos. Nos termos do nº 1 do art. 30º do RJAT, os processos migrados apenas podem ser submetidos à “apreciação de Tribunais Arbitrais constituídos nos termos do nº 1 e da alínea a) do nº 2 do art. 6º” do RJAT. Com efeito, na ponderação sobre o exercício da opção de migração de

21 Atualmente fixada em 60 mil €. Cf ainda o art. 5º, nº 2, alínea b), do RJAT.

22 SERRA, Manuel Fernando dos Santos. “Conselho(s) Deontológicos”, Newsletter do CAAD nº 1, 2015, pp. 3-4.

um processo dos Tribunais Tributários para os Tribunais Arbitrais, para além da verificação dos requisitos materiais e temporais, o sujeito passivo deve ter igualmente em consideração a limitação legal à designação de árbitro.

Efeitos e prazo de promoção

Nos termos do nº 2 do art. 30º do RJAT, a utilização da faculdade de migração de processos determina, “a partir do momento em que o processo arbitral se considera iniciado, a alteração da causa de pedir ou a extinção da instância, de acordo com os fundamentos apresentados no pedido de pronúncia arbitral”, competindo ao impugnante/requerente promover a comunicação ao Tribunal Tributário, no prazo de 60 dias, juntando cópia do pedido de pronúncia arbitral.

Os efeitos da migração do processo são facilmente apreensíveis quando o sujeito passivo opta por “desaforar” o processo na íntegra. Nesse caso, haverá lugar à extinção da instância junto do Tribunal Tributário e à conseqüente abertura da instância no Tribunal Arbitral - tudo se passando, neste último, como se se tratasse de um processo novo, sem prejuízo da possibilidade de um eventual aproveitamento da prova produzida. Diferente será, todavia, o caso da mera alteração da causa de pedir, no caso de o sujeito passivo optar por uma migração parcial. Se a migração parcial se justificar em face da delimitação do âmbito de competência dos Tribunais Arbitrais em razão da matéria, não haverá o risco de litispendência - risco este que deverá, eventualmente, ser ponderado no caso de migração parcial em matéria de competência concorrential, sob pena de frustração do efeito útil do recurso ao instituto da migração de processos.

De referir, ainda, que, na versão em vigor até 25 de janeiro de 2012, a alteração da causa de pedir ou a extinção da instância operavam a partir do momento em que o processo arbitral se considerava iniciado, ou seja, da data da constituição do Tribunal Arbitral (art. 15º do RJAT). Uma opção normativa compreensível à luz da versão originária do RJAT, em que a fase de procedimento

arbitral, anterior à constituição do Tribunal Arbitral, era relativamente curta. Alterações normativas posteriores vieram alargar o prazo do procedimento arbitral tributário por duas vias. Por um lado, o prazo para a AT ainda poder proceder à revogação, ratificação, reforma ou conversão do ato tributário passou da fase do processo para a fase do procedimento arbitral, retificando-se o que se entendeu como sendo um lapso técnico da redação originária do diploma.²³ Por outro, os prazos do procedimento passaram a dever ser contados nos termos do Código de Procedimento Administrativo (CPA), e não nos termos do CPPT. O mesmo será dizer que os prazos do procedimento arbitral deixaram de dever ser contados em dias corridos para passarem a ser contados em dias úteis.²⁴ Uma eventual renovação ou repristinação do regime de migração deve, assim, ter em atenção as alterações normativas entretanto operadas no RJAT, sob pena de os efeitos da migração de processos serem verificados num prazo que pode exceder os 40 dias úteis após a apresentação do requerimento do pedido de constituição de Tribunal Arbitral.²⁵

Custas

A migração de processos dos Tribunais Tributários para os Tribunais Arbitrais importa a dispensa do pagamento de custas judiciais, mas não desobriga o sujeito passivo/requerente do pagamento da taxa de arbitragem que se mostrar devida. Nesse caso, como a lei impõe a constituição do Tribunal Arbitral nos termos do n.º 1 e da alínea a) do n.º 2 do art. 6.º do RJAT, será aplicável a tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, em que o valor da taxa de arbitragem devida varia em função da utilidade económica do pedido.

23 Alteração normativa promovida pela lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

24 Aditamento promovido pela lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

25 O RJAT prevê um prazo de dois dias úteis para o Presidente do Caad notificar o pedido à AT, que dispõe, então, de um prazo de 30 dias úteis para analisar o pedido, nos termos do art. 13.º. Terminado esse prazo, as partes gozam do prazo de dez dias úteis para, querendo, se pronunciarem sobre os árbitros designados. O Tribunal Arbitral será constituído no 11.º dia útil seguinte à notificação dos árbitros designados.

Renovação do regime de migração de processos

O regime de migração de processos nasceu, desde logo, com uma morte anunciada. Previsto para vigorar durante um ano, o regime de migração de processos apenas foi aplicável durante cerca de seis meses, com resultados práticos bastante modestos no confronto com os objetivos que precederam a respetiva previsão – objetivos que se mantêm atuais e que justificaram a previsão da promoção de “novas possibilidades de migração de processos dos Tribunais do Estado para a arbitragem” no programa do Governo em exercício de funções. A migração de processos para a Arbitragem Tributária foi mesmo assumida, pelo atual Governo, como uma medida necessária para a garantia de uma “Melhor justiça fiscal”. Na prática, pese embora o Governo esteja em funções há mais de dois anos, essa “promoção de novas possibilidades de migração de processos” ainda não viu a luz do dia, facto que justifica, por ora, o desconhecimento dos exatos contornos dessa medida. Não se sabe se o Governo vai optar por uma pura e simples repriminção do regime com um novo prazo de vigência, com caráter transitório, ou estará a ponderar a previsão de uma medida estrutural, que possa contribuir, de forma decisiva, para libertar os Tribunais Tributários de processos pendentes há mais de dois, três ou quatro anos. Dentre as duas opções configuradas, entende-se que esta última se demonstra mais adequada à prossecução dos objetivos a que o Governo se propõe, de uma “melhor justiça fiscal”, porque a justiça deixa de ser justa quando não é tempestiva.

Independentemente da opção normativa que venha a ser tomada, devem ser ponderados aspetos práticos e de regime, que a experiência anterior, ainda que curta, demonstrou carecerem de revisão e de que já se deu nota. Desde logo, deverá ser revisito o termo inicial dos efeitos da migração dos processos, assim como o prazo para a respetiva promoção pelo sujeito passivo, nos termos acima expostos. Ainda cumpre articular o disposto no regime de migração de processos com o art. 10º do RJAT, que impõe a tramitação eletrónica do procedimento e do processo arbitral tributário. Muitos dos processos pendentes nos Tribunais

Tributários, especialmente os mais antigos, foram objeto de tramitação em papel. Competirá ao sujeito passivo/requerente que promova a migração do processo realizar a correspondente digitalização dele, nos exatos termos nos demais processos arbitrais.

Promovida a migração do processo para os Tribunais Arbitrais, tudo se passa, em termos da tramitação, como se de um processo arbitral novo se tratasse. A AT, requerida no processo arbitral, poderá, então, revogar, ratificar, reformar ou converter o ato cuja legalidade foi suscitada, ao abrigo do art. 13º do RJAT. Não sendo revogado, ou havendo lugar a uma mera revogação parcial do ato objeto do litígio, o Tribunal Arbitral será constituído, *ope legis*, no 11º dia útil seguinte à notificação das partes da designação dos árbitros, se a isso não se opuserem no prazo legal, de acordo com o disposto no art. 11º, nº 1, alínea c), e no nº 8 do mesmo artigo, do RJAT.²⁶ Nos termos do nº 2 do art. 2º do RJAT, os Tribunais Arbitrais decidem, nos processos migrados, como nos demais, de acordo com o Direito constituído, podendo, em ambos os casos, julgar-se incompetentes em razão da matéria ou do valor, nos termos gerais. Decidindo pela respetiva incompetência, o Tribunal não chega a apreciar o mérito da pretensão do objeto do pedido arbitral. Nesse caso, o sujeito passivo/requerente poderia ser colocado perante uma situação particularmente sensível de promoção do desaforamento de um processo de um Tribunal competente para um Tribunal que se julgue incompetente, não fora o disposto no art. 24º, nº 3, do RJAT. Nos termos do normativo em apreço, “quando a decisão arbitral ponha termo ao processo sem conhecer do mérito da pretensão por facto não imputável ao sujeito passivo, os prazos para a (...) impugnação contam-se a partir da notificação da decisão arbitral”.

O que for entendido por “por facto não imputável ao sujeito passivo” não resulta expressamente do RJAT, cabendo tal apreciação,

²⁶ Na versão originária do RJAT, o Tribunal Arbitral considerava-se constituído com uma reunião expressamente prevista para esse efeito. A aplicação prática do regime veio a revelar que essa reunião de constituição não se figurava um ato útil, uma vez que, até então, os Árbitros não tinham acesso ao processo e ainda não havia sido apresentada a resposta da Requerida. Além disso, a reunião constituía um encargo adicional para o requerente, a requerida, os árbitros e o próprio Caad, com deslocações e afetação de tempo produtivo, sem qualquer ganho de eficiência ou garantia de uma melhor tutela dos direitos ou interesses legítimos das partes.

em última instância, ao Tribunal chamado a pronunciar-se sobre o novo pedido. Em termos abstratos, entender-se-á que a desistência da instância ou a ineptidão da petição, por exemplo, poderão ser consideradas imputáveis ao sujeito passivo/ requerente.²⁷ Em sentido contrário, dever-se-á considerar aplicável a previsão da “renovação” do prazo de defesa, previsto no art. 24º, nº 3, do RJAT, sempre que a decisão de incompetência resulte de uma divergência hermenêutica.²⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime de migração de processos pode contribuir grandemente para a redução das pendências, retirando dos Tribunais Tributários processos mais antigos²⁹, para os quais os árbitros do Caad estão especialmente aptos, uma vez que, por imposição legal, possuem, pelo menos, 10 anos de comprovada experiência em Direito Tributário. As virtudes próprias do regime jurídico da arbitragem tributária privilegiam a opção por uma medida de caráter estrutural, permanente, em detrimento de uma medida transitória, que seja capaz de contribuir, de forma efetiva, para a redução das pendências acumuladas.

A aplicação prática do regime jurídico da arbitragem tributária nos últimos sete anos, com provas dadas e merecido reconhecimento internacional,³⁰ também permitiu a superação dos receios e dúvidas iniciais em face de um regime que, em 2011, era único no mundo, mas não se pense, contudo, que o regime de migração de processos será a solução milagrosa que vai acabar com as pendências em matéria tributária do dia para a noite. O contributo do regime de migração de processos tem de ser aferido à luz do âmbito de competência dos Tribunais Arbitrais, significativamente mais restrito que o dos Tribunais Tributários, em razão da

27 Neste sentido, a propósito da ineptidão da petição inicial, veja-se o acórdão proferido pelo STA no processo nº 0180/15.

28 No mesmo sentido, vejam-se as decisões arbitrais proferidas nos processos nº 207/2016-T, nº 270/2015-T e nº 617/2015-T.

29 De acordo com as estatísticas divulgadas pela Direção Geral de Política da Justiça (DGPJ), em 2015, entraram nos Tribunais Tributários 4.475 processos de impugnação, com uma pendência acumulada de 23.144.

30 Cf. Acórdão Ascendi do TJUE e ANTÓN, Ricardo García. “Ceci n'est pas une Pipe”: The notion of tax court under article 267 of the TFEU”, *European taxation*, november, 2015, p. 515-521.

matéria e do valor, sob pena de um juízo parcial e necessariamente redutor.

A arbitragem tributária foi legalmente configurada como um meio parcialmente alternativo à impugnação judicial. O maior volume de processos pendentes corresponde, hoje, ao contencioso de contraordenações e de execução, matérias que não cabem dentro do âmbito de competência dos Tribunais Tributários. O RJAT delimita o âmbito de competência dos Tribunais Arbitrais no respetivo art. 2º, nº 1, num recorte fino, compreensível no contexto em que foi aprovado.³¹ Como se refere, de forma impressiva, no Processo Arbitral nº 48/2012-T, a

“competência dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD é, em primeiro lugar, limitada às matérias indicadas no artigo 2.º, nº 1, do DL nº 10/2011, de 20 de janeiro (...). Numa segunda linha, a competência dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD é também limitada pelos termos em que Administração Tributária se vinculou àquela jurisdição, concretizados na Portaria nº 112-A/2011 (...).”

Nos termos do

“artigo 2º nº 1 alínea a), a competência dos Tribunais Arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões: ‘a) A declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta; e b) A declaração de ilegalidade de atos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais”.

Todavia, o art. 2º da Portaria de Vinculação limita a vinculação da AT à jurisdição dos Tribunais Arbitrais que funcionam no Caad às pretensões “que tenham por objeto a apreciação das pretensões relativas a impostos cuja administração lhe esteja cometida, re-

³¹ Para uma panorâmica global, cf. ANJOS, Maria do Rosário. “O âmbito material da arbitragem tributária à luz da jurisprudência arbitral”, Revista Arbitragem Tributária nº 2, janeiro 2015, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, pp. 12-17.

feridas no n° 1 do artigo 2° RJAT”, vinculação genérica de que exclui, expressamente,

“a) Pretensões relativas à declaração de ilegalidade de atos de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta que não tenham sido precedidos de recurso à via administrativa nos termos dos artigos 131° a 133° do CPPT; b) Pretensões relativas a atos de determinação da matéria coletável e atos de determinação da matéria tributável, ambos por métodos indiretos, incluindo a decisão do procedimento de revisão; c) Pretensões relativas a direitos aduaneiros sobre a importação e demais impostos indiretos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação; e d) Pretensões relativas à classificação pautal, origem e valor aduaneiro, a contingentes pautais ou cuja resolução dependa de análise laboratorial ou de diligências a efetuar por outro EM no âmbito da cooperação aduaneira”.

De referir, ainda, a exclusão expressa do âmbito de vinculação quando estejam em causa pretensões cujo valor económico seja superior a 10 milhões €, um valor que se julga relativamente baixo quando resulta do regime uma intenção clara de promoção da cumulação de pedidos, independentemente da identidade do tributo.³² No confronto entre a delimitação da competência dos Tribunais Arbitrais com o disposto no art. 97° do CPPT, facilmente se compreende que a arbitragem tributária foi configurada como um meio parcialmente alternativo à impugnação judicial, ficando de fora da jurisdição arbitral a apreciação da impugnação dos atos de liquidação de tributos não administrados pela AT e de atos administrativos em matéria tributária. Ficaram igualmente de fora do âmbito da arbitragem tributária a impugnação das providências cautelares adotadas pela Administração Tributária, as ações para o reconhecimento de um direito ou interesse em matéria tributária, as providências cautelares de natureza judicial, os meios acessórios de intimação para consulta de processos ou documentos administrativos e a passagem de certidões. De fora ainda ficaram a intimação para um comportamento, o recurso dos atos praticados na execução fiscal, a oposição, os embargos de terceiros, bem como a reclamação da decisão da verificação e

32 Cf. art. 3° do RJAT.

gradação de créditos e a ação administrativa do indeferimento total ou parcial ou da revogação de isenções ou outros benefícios fiscais. Não serão igualmente arbitráveis os outros atos administrativos relativos a questões tributárias que não comportem apreciação da legalidade do ato de liquidação, assim como não caberão outros meios processuais previstos na lei e os processos cuja utilidade económica exceda os 10 milhões €.

No plano doutrinário, levantam-se, ainda, dúvidas no que respeita à arbitrabilidade das contribuições administradas pela AT, que foi, entretanto, admitida no Processo Arbitral n.º 312/2015-T, não transitado em julgado. A arbitrabilidade das taxas,³³ que ainda não foi suscitada junto dos Tribunais Arbitrais, e do IVA devido na importação de mercadorias, negada em dois arestos arbitrais – Processos Arbitrais n.º 94/2013-T e n.º 123/2013-T,³⁴ igualmente não é consensual na doutrina.

Sete anos volvidos sobre a entrada em vigor do regime jurídico da arbitragem tributária, superados os naturais receios do que é novo e desconhecido, reconhecida a qualidade das decisões arbitrais objeto de publicação obrigatória³⁵ e garantido o escrupuloso cumprimento das obrigações deontológicas dos árbitros, a arbitragem tributária está apta a dar um contributo mais efetivo na redução das pendências, seja das pendências acumuladas, por via de um regime de migração de processos não transitório, seja pelo “desvio” de processos novos, de âmbito alargado, para uma via que se assume hoje como complementar do recurso aos Tribunais Tributários.

33 Sobre a arbitrabilidade das taxas, num plano doutrinário, cf., em sentido não inteiramente convergente, SANTOS, Leonardo Marques dos. “Submission of contributions and levies to tax arbitration courts: presente or future”, ob. cit, pp. 97-115; e GAMITO, Conceição; MOTTA, Teresa. “A arbitrabilidade das taxas”, Revista Arbitragem Tributária n.º 2, Janeiro 2015, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, pp. 18-22.

34 Em sentido oposto, cf. PEREIRA, Tânia Carvalhais. “Arbitrabilidade do IVA na Importação”, Cadernos IVA 2015, Almedina.

35 Todas as decisões arbitrais são objeto de publicação no site do Caad, em <www.caad.org.pt>.

CAPÍTULO 4

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

CÁSSIO FERREIRA NETTO

HÉLCIO HONDA

PRISCILA FARICELLI

TAHIANE PISCITELLI

ANDRÉA MASCITTO



CÁSSIO TELLES FERREIRA NETO

Pós-graduado em direito do trabalho e direito constitucional. É advogado e presidente do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo.

CÁSSIO TELLES FERREIRA NETO

A ARBITRABILIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

OS CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de adentrarmos o tema da aplicação da arbitragem em contratos administrativos, urge fazer um paralelo entre o Estado e os contratos administrativos.

Cumpra esclarecer que a definição de Estado aqui tratada contempla todos os órgãos integrantes da Administração Pública direta e indireta e as pessoas jurídicas de direito público. Esse Estado detém capacidade legal para assumir obrigações, direitos e responsabilidades, o que dá legitimidade para firmar contratos com particulares.

São justamente esses os denominados contratos administrativos. Com efeito, a lei considera contrato administrativo todo e qualquer ajuste entre órgão ou entidade da Administração Pública e particulares em haja acordo de vontades para formação de um vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Outrossim, apenas a título de delimitação do assunto, vale a pena trazer à colação o ensinamento da professora Selma Maria Ferreira Lemes sobre o tema:

“O contrato administrativo representa uma das formas de atuação do Estado na consecução de atividade que envolve um interesse público específico. Como elemento diferenciador note-se que os contratos administrativos podem ser rescindidos e alterados unilateralmente pela administração em decorrência das denominadas cláusulas exorbitantes, mas evidentemente, com a contraprestação devida, ressarcindo o particular com os acréscimos e modificações efetuadas e sempre observando o princípio e inarredável de equilíbrio econômico e financeiro do contrato previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988”.

Contudo, para o fim de estudo da arbitragem em contratos administrativos, deve-se considerar que este meio de solução de controvérsias tem origem contratual em razão da abordagem dada à matéria, ficando o tema adstrito aos contratos administrativos. Assim, as considerações acerca da utilização da arbitragem pela Administração pública passam pela análise de alguns dos tipos mais usuais de contratos administrativos, tais como os contratos de concessão, de Parceria Público-Privada, de obras que se ação de serviço de fornecimento de bens.

Tipos mais usuais de contratos administrativos:

- a) O contrato de concessão é um contrato administrativo por excelência. É por meio da concessão que a administração pública delega ao particular a execução de serviços ou de obra pública para que este explore por sua conta e risco, na forma, nos prazos e nas condições estabelecidos no contrato.

Este contrato, além de regular os direitos e as obrigações de ambas as partes – poder concedente concessionário –, dispõe também sobre os direitos e as obrigações dos usuários, assim regulando as prestações do concessionário inclusive no que se refere à organização, ao funcionamento, à extinção do serviço público a matérias e técnicas empregadas, a condições de segurança, à relação com os usuários etc.

- b) A Parceria Público-Privada é expressa em formas de concessão administrativa ou patrocinada. A forma patrocinada é a concessão dos serviços ou das obras públicas previstas na lei nº 8.987/1995, que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários dos serviços, uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A Parceria Público-Privada, segundo a definição de Marçal Justen Filho, é um contrato organizacional de longo prazo, por meio do qual se atribui ao sujeito privado o dever de executar obra pública e/ou prestar serviço público com ou sem direito a uma remuneração por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo poder público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.

- c) O contrato de obra é aquele que envolve construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação realizadas por execução direta ou indireta, referente a imóvel público ou destinada a fins públicos.
- d) O contrato de prestação de serviços envolve toda a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, como, por exemplo, conservação, adaptação, montagem etc.
- e) O contrato de fornecimento de bens é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou de uma forma parcelada.

No Brasil, o uso do instituto da arbitragem no âmbito da Administração Pública ainda é novidade e demanda muitos estudos e discussões entre os juristas pátrios.

Antes de abordar diretamente a admissibilidade da via arbitral em controvérsias envolvendo o Estado, vamos abordar a questão sob o ponto de vista da aplicabilidade do instituto em contratos que refletem uma nova perspectiva para o Direito Administrativo – que retrata uma Administração Pública paritária condizente com o mundo globalizado em que vivemos.

O moderno Direito Administrativo participativo é aquele que valoriza o princípio da cidadania e aproxima o Estado de seus administrados, colocando-os como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público. Dessa forma, a Administração abandona sua vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à conduta administrativa.

A expansão do consensualismo na Administração Pública vem acarretando no desenvolvimento de uma nova forma de contratar, criada em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos contratuais tradicionais, sinalizando para uma maior paridade entre particulares e reforçando a interdependência entre as prestações de ambas as partes.

Assim, a Administração Pública paritária nada mais é do que a consequência da intensificação e do estreitamento das relações entre Estado, empresas e organização da sociedade civil no mundo contemporâneo.

Aliás, a lei nº 6544, de 22 de novembro de 1989, que vigora ainda no estado de São Paulo, já encampava a ideia de aproximar a Administração Pública de seus administrados, pretensão muito defendida pelo jurista Carlos Ferreira Neto, um dos membros da comissão que elaborou a Lei Paulista de Licitações e Contratos, coordenada pelo professor Hely Lopes Meirelles. Carlos Ferreira Netto é um dos idealizadores do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (Caesp), instituição que se destaca no cenário nacional há 20 anos pela aplicação da arbitragem em conflitos envolvendo o Estado.

Encontramo-nos, portanto, diante de um Estado que crescentemente utiliza instrumentos negociais para firmar relações com organizações privadas (destituídas ou providas de finalidade lucrativa), tornando ultrapassadas as antigas práticas que privilegiavam as decisões unilaterais e a imposição destas aos administrados.

É nessa Administração pública paritária, inspirada no consenso, no diálogo e na reciprocidade de concessões entre o Estado e o particular que a arbitragem encontra, certamente, um campo

bastante fértil de atuação em relação aos tradicionais métodos imperativos, uma vez que:

- Contribui para aprimorar a governabilidade dos Estados contemporâneos, constituindo vantagem em termos de eficiência;
- Propicia mecanismo de controle e prevenção contra abuso do poder estatal, o que representa uma conquista no campo da legalidade;
- Estimula participação mais consciente e responsável das partes envolvidas, o que certamente valoriza a cidadania;
- Garante mais atenção aos interesses envolvidos, já que prestigia a obtenção do consenso, e não de uma condenação, aproximando-se do ideal de Justiça;
- Por último, possibilita o alcance de decisões mais justas às partes e, portanto, mais facilmente cumpridas, representando aperfeiçoamento no campo da legitimidade.

Assim é a nova “contratualização administrativa em formação”, desenvolvida, como já dito, sob bases negociais e buscando aproximar Administração e particular, interesse público e interesse privado, sendo a admissibilidade da arbitragem analisada.

ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

A análise da possibilidade, à luz do direito brasileiro, da utilização do juízo arbitral para o deslinde de controvérsias que envolvam a Administração Pública deve, inicial e necessariamente, passar pelo exame de arbitrabilidade.

Esse exame se divide em arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A primeira determina quem pode submeter ao juízo arbitral, enquanto a segunda relaciona-se ao objeto da controvérsia, estabelecendo quais matérias podem ser ouvidas por meio do instituto.

Em relação à arbitrabilidade subjetiva, a legislação brasileira sempre enunciou que podem se valer da arbitragem as pessoas ca-

pazes. Além disso, tradicionalmente, a arbitragem era vinculada à transação, ou seja, somente poderiam celebrar compromisso aqueles com poderes para transigir.

Quanto a essa categoria de arbitrabilidade, portanto, parece não haver dúvidas de que o ordenamento jurídico confere ao Estado, diante de sua personalidade jurídica de Direito Público, a capacidade para contratar e, conseqüentemente, contrair obrigações.

No entanto, iremos tecer alguns comentários em relação ao princípio da legalidade, que deve reger todos os atos praticados pela administração pública, bem como a arbitrabilidade subjetiva.

○ PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ARBITRABILIDADE SUBJETIVA.

O princípio da legalidade encontra previsão expressa no art. 36 da Constituição Federal e prega, como já se sabe, que a atuação da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios está limitada à autorização legal, o que significa dizer que a vontade da Administração é a lei.

Dessa forma, poder-se ia indagar, como de fato fizeram alguns doutrinadores, que não seria possível à Administração celebrar contrato contendo cláusula arbitral se a lei assim não autorizasse, bem como não poderia transigir os bens públicos por indisponíveis.

Essa questão da indisponibilidade relacionada à arbitrabilidade objetiva será tratada mais adiante. Por enquanto, nós nos limitaremos a dizer que, como já se sabe, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis.

Quanto à disposição legal autorizando o uso da arbitragem pela Administração, a lei nº 9307, de 1996, denominada Lei de Arbitragem, não dispôs, expressamente, sobre a capacidade do Estado de se submeter ao Instituto, o que se pode explicar pelo simples fato de tal legislação pertencer à esfera do direito privado.

Além disso, parece-nos não ser necessária previsão expressa, uma vez que a autorização genérica do art. 1º prevê “ as pessoas capazes de contratar”, não isentando de seu alcance às pessoas

jurídicas que podem validamente assumir obrigações de natureza bilateral, como o Estado.

Isso se dá porque o próprio ordenamento lhe confere genericamente capacidade para comprometer-se e negociar, encontrando tal capacidade na correspondência com o art. 1º supracitado. Quanto ao fato de a arbitragem pertencer à esfera privada, este também não representa óbice à utilização do Instituto pelos entes públicos, uma vez que o Estado, ao contratar com o particular, celebra transação e sujeita-se ao direito privado.

Ficam, assim, evidenciadas as relações do Direito Administrativo com o Direito Civil, que, segundo Hely Lopes Meirelles, “são intensíssimas principalmente no que se refere aos contratos do Poder Público com o particular.”

A transação não constitui novidade do Estado contemporâneo, que há tempos reconhece e utiliza métodos consensuais, consagrando os contratos como formas adequadas para instrumentalizar seus compromissos no campo das relações patrimoniais, sobretudo quando o objetivo estatal é adquirir bens junto à iniciativa privada ou transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos.

O contrato administrativo, portanto, é um instituto que inscreve e fundamenta o juízo arbitral. Na relação negocial entre a Administração e o particular, a arbitragem é exercida em um foro autônomo, imparcial, eleito pelas partes, com a finalidade de explicitar e dirimir pendências, com compromisso de pacífica e mútua aceitação.

Nesse sentido, defende-se atualmente ser possível à Administração optar por maneiras de atuação e organização oriundas do regime privado, sempre que, obviamente, o ordenamento não veicular vedação e respeitado o interesse público.

Portanto, se o Estado possui aptidão legal, advinda de sua personalidade jurídica de direito público, para negociar, transacionar e contrair obrigações, é natural e recomendado que busque formas céleres, pacíficas e eficientes para tanto, tendo em vista o mundo

globalizado no qual vivemos e a evolução do Direito Administrativo para um Direito paritário, como já vimos.

Desse modo, temos que o princípio da legalidade de fato não conflita com o princípio teleológico do interesse público, não podendo inibir o princípio da eficácia previsto na Carta Magna, tampouco representando óbice à arbitrabilidade subjetiva.

Ao contrário: tais princípios orientam a aplicação da arbitragem em contratos administrativos, superando o argumento que sustenta a impossibilidade de transação de bens públicos pela Administração, por conta da indisponibilidade destes.

O que não se admite é a lesão ao patrimônio público e a prática de atos contrários ao interesse da coletividade, ao bem comum.

Sendo assim, a opção pela arbitragem torna-se uma alternativa concreta e eficaz diante das dificuldades de tornar mais ágil a justiça estatal das demandas crescentes da economia competitiva e das próprias inconsistências na legislação, que ampliam as incertezas e dificultam a obtenção do objetivo maior e fundamental do Estado: a realização do interesse público.

Não se pode falar em realização do interesse público em uma realidade que, em numerosos casos, a Administração Pública tem, infelizmente, adotado expedientes até mesmo abusivos na gestão contratual.

Pode-se observar a ocorrência de atrasos sistemáticos no pagamento a contratados, não pagamento de débitos desses anteriores e recusa de pagamento de valores oriundos de recomposição contratual.

Tais fatos acabam por obrigar os contratados a buscar o Poder Judiciário para obtenção de indenizações, em processos dispendiosos e de longa e cansativa duração, estremecendo a relação entre Estado e particular e afastando a Administração Pública do ideal do bem comum.

É mister, portanto, que se reflita sobre o aperfeiçoamento do próprio processo de obtenção de justiça, afastando-se entendimen-

tos excessivamente conservadores e formalistas, que nada auxiliam no efetivo alcance dessa justiça.

ARBITRABILIDADE OBJETIVA

A arbitrabilidade objetiva diz respeito à natureza dos bens envolvidos, levando-se em conta a disponibilidade destes – em outras palavras, relaciona-se ao objeto da controvérsia, estabelecendo quais matérias podem ser resolvidas via juízo arbitral.

Historicamente, tal arbitrabilidade sempre esteve restrita às questões passíveis de transação, ou seja, relativas a direitos patrimoniais disponíveis. O Código Comercial não dispunha expressamente sobre a arbitrabilidade objetiva, mas previa a arbitragem obrigatória para causas de natureza tipicamente comercial, como contratos de locação mercantil, matéria societária, entre outros.

A discussão acerca da arbitrabilidade objetiva (no caso específico, o uso do juízo arbitral pela Administração Pública) deve, portanto, basear-se na natureza dos direitos envolvidos, se disponíveis ou indisponíveis.

Doutrinariamente, não é pacífico o entendimento do tema. Vale dizer que, se em todo contrato de Administração atua-se como particular, restam presentes, portanto, direitos disponíveis.

A corrente majoritária admite a dicotomia entre contratos administrativos e contratos privados da Administração; por isso, a arbitragem seria permitida, já que existem direitos disponíveis envolvidos na relação contratual.

Corroborando esse entendimento, esses autores entendem que a distinção está relacionada aos direitos envolvidos, ou seja, direitos primários e secundários respectivamente disponíveis e indisponíveis. A referida distinção, a nosso ver, é que deve ser considerada para determinar a possibilidade de utilização do juízo arbitral pela Administração.

Assim, existem duas categorias de interesses públicos: os primários e secundários (ou derivados). No primeiro caso, a Administração atua no interesse da coletividade, adotando políticas refe-

rentes à segurança e ao bem-estar da sociedade, caracterizando interesses fora do mercado, portanto de indisponibilidade absoluta, sendo indispensável o regime público.

Já os interesses públicos secundários possuem natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos. Em outras palavras, a Administração adota condutas para operacionalizar os interesses públicos primários que possam ser quantificados e tenham expressão patrimonial – consequentemente, traduzem direitos disponíveis, suscetíveis à arbitragem.

Dessa forma, a questão da arbitrabilidade objetiva não reside no exame da legitimidade dos atos administrativos (interesse primário), mas de suas consequências patrimoniais (interesses derivados), externadas nos contratos administrativos.

É imprescindível ressaltar que a questão da indisponibilidade dos bens da Administração Pública resta superada quando a negociação se dá dentro do próprio estado, caracterizando uma arbitragem que ora denominamos “arbitragem intramuros”. Vale dizer que a Administração transaciona com a própria Administração – seja ela direta, indireta, autárquica ou fundacional, não importa: a indisponibilidade deixa de existir, já que o dinheiro estaria circulando pelo mesmo ambiente. Dessa forma, entendemos que a Administração não encontra nenhuma barreira legal para negociar, e, se necessário, utilizar o juízo arbitral para dirimir eventuais conflitos existentes entre Estado-Estado, tanto nos níveis municipal e estadual quanto federal.

CONCLUSÃO

A utilização da arbitragem nos contratos administrativos se coloca de forma favorável ao atendimento dos princípios jurídicos da eficiência e da economicidade, que devem estar sempre afinados aos princípios da legalidade e da moralidade, necessariamente presentes em toda atividade desenvolvida pela Administração Pública.

Assim, a inclusão da cláusula arbitral nos contratos administrativos não constitui afronta à proteção do interesse público, mas

instrumento auxiliar à sua consecução e adequado às peculiaridades das novas demandas da atual Administração Pública, em total consonância com a sociedade moderna.

O ilustre professor Adilson de Abreu Dallari, em seu artigo “Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos”, afasta qualquer dúvida que ainda poderia surgir a este respeito:

“...ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para defesa do interesse público.”

Além das considerações anteriores, que já haviam sido contempladas em outros textos de nossa autoria, as alterações contidas na lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, ratificam esse entendimento, como fica demonstrado em seus artigos citados abaixo:

“A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

“A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

“A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

Como se vê, a utilização da arbitragem para dirimir conflitos de Direito Patrimonial disponível, oriundos das relações entre o particular e o estado, constitui, hoje, a etapa mais avançada da tendência de modernização da Administração Pública. Essa tendência deve ser creditada e incentivada, por se constituir como um eficiente instrumento de desenvolvimento para o país.



HÉLCIO HONDA

Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com especialização em direito empresarial pela Universidade Mackenzie. É presidente da Comissão Especial de Direito Tributário da Seção de São Paulo na Ordem dos Advogados do Brasil, diretor titular do Departamento Jurídico e vice-presidente do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo e no Centro das Indústrias do Estado de São Paulo.

HÉLCIO HONDA

DESAFIOS PARA ADOÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

PANORAMA DO PASSIVO TRIBUTÁRIO NO BRASIL

No Brasil, o passivo tributário das empresas está na ordem aproximada de R\$ 3 trilhões, equivalentes a US\$ 800 bilhões,¹ considerando-se os créditos tributários inscritos e não inscritos em dívida ativa da União Federal, dos Estados e dos Municípios, respondendo os créditos em dívida ativa da União por R\$ 1,84 trilhão,² ou seja, mais de 50% desse montante. A taxa de recuperação da dívida ativa da União, em 2016, foi de 0,8% apenas, e usualmente não passa de 1%.³ Esse passivo tributário corresponde a quase metade do PIB brasileiro, que foi de R\$ 6,3 trilhões, ou US\$ 1,85 trilhão, em 2017.⁴ No âmbito do Estado de São Paulo, maior uni-

1 Cotação do dólar a R\$ 3,75 em 18 de maio de 2018.

2 Cf. Relatório PGFN em Números, 2017, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN): <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2017/PGFN%20em%20Numeros%202017%20V7.pdf/view>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

3 Em 2016, do total de 1,84 trilhão, foram recuperados 14,54 bilhões, ou seja, 0,8%, cf. <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2017/PGFN%20em%20Numeros%202017%20V7.pdf/view>>. Acesso em: 13 jul. 2018. Ver também, ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA ET AL., Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Brasília, Ipea, CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_custounitario.pdf> e Comunicado IPEA n.º 127, de 4 de janeiro de 2012, Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf>.

4 HELENO TORRES, "Crise Financeira e os 18 anos da LRF", <<https://www.poder360.com.br/opiniaoeconomia/brasil-nao-pode-adiar-reforma-tributaria-da-simplificacao-diz-heleno-torres/>>. Acesso em: 18 maio 2018

dade federativa brasileira, apenas 1,5% dos débitos constituídos por autos de infração são arrecadados, segundo informou o Secretário da Fazenda Estadual em evento presidido por este autor, realizado na sede da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, no dia 18 de junho de 2018.

Os motivos para tamanho passivo fiscal são vários: desde a constituição de créditos tributários indevidos, por estarem caducos, por exemplo, passando pelas multas e juros excessivos cobrados como acréscimos legais,⁵ até a ineficiência na sua administração e cobrança.

De todas as ações judiciais em tramitação no Poder Judiciário brasileiro em 2016, em número de 80 milhões de processos,⁶ 38% diziam respeito a execuções fiscais,⁷ evidenciando que o Estado é o maior litigante brasileiro e, assim, um dos maiores responsáveis pelo congestionamento de processos – por consequência, pela morosidade do Poder Judiciário, já que a taxa de congestionamento das execuções fiscais é de 91%.⁸ As ações tributárias podem durar de 10 a 15 anos ou mais, se se considerar também o precedente do processo administrativo fiscal.

Diante dessas circunstâncias, faz-se premente não só adotar formas de resolução mais expeditas das controvérsias fiscais, mas, principalmente, mecanismos para reduzir a litigiosidade fiscal e, assim, evitar a imensa quantidade de processos entre Fisco e contribuinte.

5 Em âmbito federal, as multas ordinárias vão de 75% a 225%, conforme o artigo 44.º, da Lei n.º 9.430/96, e os juros correspondem à taxa Selic, utilizada como remuneração dos títulos públicos, nos termos do artigo 13.º, da Lei n.º 9.065/95.

6 Cf. Relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, relativo a dados de 2016: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018. Ver também “Justiça em Números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus”, Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, n.º 8, pp. 73-92, 2013, abordando dados de 2010: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/viewFile/34234/33117>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

7 <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>, p. 113.

8 Isto é, a cada 100 execuções fiscais em andamento, apenas 9 são encerradas a cada ano, cf. <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>, p. 113.

EXPERIÊNCIA PORTUGUESA DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Saltam aos olhos as experiências de arbitragem e demais meios de solução de controvérsias praticados em diversos países, notadamente Portugal, em que a arbitragem em questões tributárias, implantada em 2011, passou a representar uma via efetiva de deslinde dos litígios fiscais e tem gerado aumento da arrecadação.⁹

Naquele país, a arbitragem tem acolhida na Constituição Portuguesa como possibilidade de acesso à tutela jurisdicional efetiva aos cidadãos.

O critério de arbitrabilidade é a patrimonialidade, sendo indiferente a disponibilidade ou não, como ocorre na Alemanha. A indisponibilidade do crédito tributário somente se aplica quanto a créditos consolidados (definitivamente constituídos na esfera administrativa).

Só a legalidade do ato de liquidação de impostos (lançamento) é objeto da arbitragem, ou seja, ela é uma alternativa à impugnação administrativa do lançamento, não se aplicando a cobranças em fase judicial.

Na arbitragem, julgam-se questões de fato e de direito (de forma semelhante ao juiz togado).

O procedimento arbitral é limitado somente a impostos e a créditos tributários de até 10 milhões €. Taxas e contribuições estão excluídos da arbitragem.

Segundo exposição da Dra. Tânia Carvalhais Pereira, da Universidade Católica Portuguesa,¹⁰ em evento na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo-SP, no dia 19 de setembro de 2017,¹¹ 25% dos novos processos administrativos

⁹ Sobre o processo de implantação da arbitragem em Portugal, veja artigo do Presidente do CAAD, NUNO VILLA-LOBOS. Avaliação Sucessiva Perfunctória da Implementação da Arbitragem Tributária em Portugal, Desafios Tributários, coord. NUNO BARROSO E PEDRO MARINHO FALCÃO, Vida Económica, Porto, 2015.

¹⁰ Membro do Departamento Jurídico do Centro de Arbitragem Administrativa - CAAD de Portugal.

¹¹ Ver https://www.youtube.com/watch?v=TkMh6FTt_2E acessado em 12/07/2018.

tributários são solucionados pela arbitragem, sendo que 85% dos casos resolvidos por arbitragem são de até um milhão €. Ainda segundo ela, as decisões arbitrais são proferidas, em média, em quatro meses e 18 dias.

A arbitragem é conduzida e administrada pelo Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, uma entidade privada sem fins lucrativos,¹² sendo públicos os Tribunais Arbitrais. O CAAD é formado pelo Conselho Deontológico, órgão que disciplina o funcionamento da arbitragem e pré-seleciona os árbitros, indicando-os quando não haja consenso entre os árbitros indicados pelas partes, uma secretaria que acompanha os processos e o cumprimento dos prazos de tramitação, além dos próprios Tribunais Arbitrais e os órgãos de direção e fiscalização.

Em 95% das arbitragens, o contribuinte não indica o árbitro, aderindo à lista de árbitros do CAAD, que são escolhidos por livre distribuição (sorteio). Nos demais casos, o contribuinte indica um árbitro, que pode não estar listado no CAAD, a Administração indica o outro e o terceiro é escolhido pelos árbitros indicados pelas partes ou pelo Conselho Deontológico. Para os casos de valor mais elevado, um juiz dos Tribunais Tributários (Poder Judiciário) preside a arbitragem.

Esse modelo de arbitragem tem funcionado satisfatoriamente, conseguindo aquele país alcançar os objetivos pretendidos: reduzir a litigiosidade, tornar ágil, segura e rápida a resolução de conflitos fiscais e aumentar a arrecadação.

PRINCIPAIS OBSTÁCULOS À ADOÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

No Brasil, há uma série de obstáculos, principalmente culturais e principiológicos, a serem transpostos para uma pretendida adoção da arbitragem em matéria tributária.

De forma semelhante à Espanha, a cobrança do crédito tributário no Brasil assumiu historicamente um caráter quase sagrado.

12 Ver <https://www.caad.org.pt/caad/estatutos> acessado em 12/07/2018.

Naquele país ibérico, explica José Juan Ferreiro Lapatza¹³ que a ditadura franquista acabou por adotar a concepção de um princípio da legalidade baseado em dois mitos: o mito economicista de que é possível e desejável a medição exata e milimétrica da capacidade econômica de cada cidadão, identificando tal medição com o ótimo fiscal, e o mito jurista de que é possível trasladar tão exata medição a uma lei que só admita – dentro de um silogismo perfeito – uma única e patente interpretação. Dessa tradição, continua o mesmo autor: (a) o legislador espanhol resiste a admitir qualquer tipo de convenção na aplicação dos tributos, pois que, na Espanha, defendem-se a Administração e a judicatura, regendo o princípio da legalidade, e não o de oportunidade; e (b) a Administração, ao aplicar a lei – nos procedimentos de fiscalização fundamentalmente –, teme que se dê publicidade a um acordo alcançado com o contribuinte, e, por isso, formalmente aplica, sempre de modo restrito, a pretendida única possibilidade dada pela lei, sem contar que os incentivos de produtividade, baseados na quantidade de procedimentos de fiscalização, levam a interpretações e avaliações de fato contraditórias, e, em consequência, a uma crescente conflituosidade.

Fenômeno muito parecido se manifesta no Brasil, em que uma espécie de engessamento protetivo do crédito tributário é criada a partir de versões brasileiras do mito economicista e do mito jurista aos quais alude Lapatza. É como se a tributação devesse acompanhar, ponto por ponto, os movimentos de mercado e dos agentes econômicos, para atingir a mensuração “exata e milimétrica da capacidade econômica”, identificada com um suposto “ótimo fiscal”, bem como trasladar essa suposta “exata medição” a uma lei que só admita essa como sendo a única interpretação. O Dr. Luis Inácio Adams, que foi Advogado-Geral da União do Brasil de 2009 a 2016, se refere à cultura da Administração Pública brasileira como sendo muito inflexível e formalista, o que a faz profundamente litigante, fazendo com que o contribuinte acabe também por ser litigante.¹⁴ Resulta, assim como na Espanha, que

13 FERREIRO LAPATZA, J. J., Solución convencional de conflictos en el ámbito tributario: una propuesta concreta, *Quincena fiscal*, N° 9, 2003, pp. 11-20.

14 Ver https://www.youtube.com/watch?v=TkMh6FTt_2E. Acesso em: 12 jul. 2018.

a Administração Tributária brasileira, de modo geral, resiste a admitir meios convencionais na aplicação dos tributos, sob o argumento de que prevalece o princípio da legalidade, não havendo margem de discricionariedade ao agente público para dispor do crédito tributário. Da mesma forma, a aplicação da lei tributária é sempre muito rígida e literal como que para alcançar aquela pretensa única possibilidade dada pela lei. Por fim, há, também, no Brasil, incentivos de “produtividade” vinculados ao número de autuações, como se esta equivalesse à quantidade, e não à qualidade dos procedimentos de fiscalização.

A forma como o crédito tributário é usualmente concebido e interpretado pelas autoridades competentes no Brasil exclui qualquer possibilidade de contrastação ou avaliação, exceto pela via litigiosa do processo administrativo fiscal ou do processo judicial.

A responsabilidade perante órgãos vários de controle, como as Corregedorias, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, a induzir, como ressalta Luis Inácio Adams, a necessidade de prova do requisito da vantajosidade na utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos,¹⁵ ao invés da efetivação da cobrança, dilui a força do princípio da eficiência administrativa, que poderia ser o fio condutor dessas alternativas extrajudiciais.

Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira estabelece que qualquer renúncia de receita deve estar acompanhada pelo respectivo impacto orçamentário e, se for o caso, por medidas de compensação.¹⁶ Conforme tal legislação, compreende-se como renúncia de receita isenção, anistia, remissão, crédito presumido, etc., e “outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”, hipótese em que poderia ser enquadrada a arbitragem ou eventual transação.

Por conta de todas essas dificuldades, agrega-se mais um elemento de incerteza: a necessidade ou não de lei específica para a arbitragem tributária. Uma corrente, formada principalmente por

15 Ver https://www.youtube.com/watch?v=TkMh6FTt_2E. Acesso em: 12 jul. 2018.

16 Lei Complementar nº 101/2000, art. 14.

processualistas e especialistas em procedimentos arbitrais, entende ser dispensável uma legislação específica, tendo em vista que a sentença arbitral se equipara à sentença judicial, e a lei de arbitragem já vigente no Brasil¹⁷ poderia albergar a arbitragem em matéria tributária. Outra corrente, formada por tributaristas e representantes do Poder Público, propugna pela necessidade de legislação específica, a fim de garantir maior segurança jurídica ao procedimento arbitral, tendo em vista, dentre outros motivos, que o Código Tributário Nacional, enquanto lei complementar destinada a dispor, sob reserva constitucional, do crédito tributário, nada estabelece quanto à arbitragem, trazendo somente a previsão de transação em litígios fiscais.¹⁸

O elemento cultural conjugado com os empecilhos jurídicos e institucionais acima aludidos imobilizam qualquer movimento no sentido da adoção da arbitragem ou de quaisquer outros meios extrajudiciais de solução de conflitos em matéria tributária.

INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O crédito tributário propriamente dito somente passa a existir juridicamente com a sua definitiva constituição, que se dá pelo lançamento fiscal do qual não caibam mais recursos administrativos, ou pelo autolancamento, atividade em que o próprio contribuinte o declara.¹⁹ Ultrapassada a fase administrativa de discussão do crédito tributário, ele se considera juridicamente líquido, certo e exigível.

A arbitragem e, de forma mais ampla, os meios extrajudiciais de solução de controvérsias em matéria tributária seriam utilizados em casos complexos e controversos, para evitar erros de fato e erros de direito na aplicação e interpretação da lei tributária, antes da constituição do crédito tributário.

17 Lei nº 9.307/96.

18 Ver artigo 171, do Código Tributário Nacional: "Artigo 171 - A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário. Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso".

19 Ver artigos 142 e 150, do Código Tributário Nacional (CTN).

Não é o tributo que não se pode negociar, mas sim o seu montante incontroverso, considerando que a parte controvertida será justamente objeto da conciliação, da transação ou da arbitragem e, depois do procedimento, ficará esclarecido se essa parte controvertida era ou não tributo validamente cobrável: no curso do procedimento, as partes, Fisco e contribuinte, podem chegar à conclusão de que, em tal ou qual situação, não ocorre o fato gerador ou que a sua dimensão é menor. Isso é mais decisivo quanto maior for a complexidade das questões de fato e de direito, como nos casos de planejamentos tributários, preços de transferência, etc. Pode-se, assim, negociar o tributo objeto de controvérsia, antes de sua constituição definitiva, no sentido de encontrar a melhor interpretação do direito e dos fatos para definir qual é o tributo efetivamente devido, ou seja, encontrar o sentido correto da norma diante dos fatos.

Desse modo, não há falar em “disposição” ou “disponibilidade” do crédito tributário, porque tal questão não se coloca. Nos casos controversos à percepção dos fatos, a sua relevância jurídica e o direito a eles aplicável restará revelado apenas ao final do procedimento extrajudicial de solução de controvérsias, tal como ocorre nas decisões judiciais que, no exercício da jurisdição, vêm, justamente, “dizer o direito no caso concreto”. Após o procedimento arbitral (ou extrajudicial de outra natureza), os fatos juridicamente relevantes restarão devidamente definidos e o direito a eles aplicável, estabelecido em sua mais adequada interpretação. Esse crédito tributário resultante do procedimento arbitral, agora sim, será indisponível e passível de cobrança, sem prejuízo de outras hipóteses legais de disposição, como nos casos de parcelamentos especiais, em que usualmente há remissão de juros e anistia de multas, total ou parcialmente.

Nos casos incontroversos e mais corriqueiros, de aplicação direta da lei tributária, as mais das vezes pelo autolançamento, isto é, naqueles créditos tributários declarados e não pagos, não haveria margem para acordo, pois não há dúvida ou erro de fato ou de direito a sanar ou prevenir.

Não se trata, em nenhum momento, de negociação do tributo devido segundo a lei, mas sim do acertamento do crédito tributário, pela correta interpretação da lei e dos fatos em casos que envolvam maior complexidade e divergência de interpretação, tal como propugna o Professor Heleno Torres, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.²⁰

Do ponto de vista dos magnos princípios e valores do ordenamento jurídico brasileiro, sopesando-os, pode-se dizer que a arrecadação tributária e a aplicação da lei penal, ambos de titularidade exclusiva e monopólio do Estado, se equiparam.

No âmbito da lei penal, admite-se, mediante o instituto da colaboração premiada, tão utilizado atualmente e de especial importância para a Operação Lava-Jato, a mitigação das penas e até o seu perdão judicial. A chamada delação premiada consiste, em breves termos, num acordo entre as autoridades responsáveis pela persecução penal (MP e Autoridade Policial) e os investigados, em que, sucintamente, reduções de pena são concedidas em troca de informações relevantes e provas de crimes desconhecidos das autoridades, sendo tal procedimento sempre submetido à homologação judicial. Trata-se, como se pode ver, de uma transação penal, devidamente prevista e autorizada por leis específicas,²¹ além de estar prevista inclusive em tratados internacionais (Convenção de Palermo e Convenção de Mérida). O ordenamento jurídico em vigor admite, ainda, a legítima defesa e o estado de necessidade.²²

Ao Estado, enquanto titular do monopólio do uso da força, admite-se, pois, a transação em matéria penal, o que envolve, como lado reverso, os magnos valores da liberdade e da vida das pessoas,²³ sob o pálio do devido processo legal.²⁴

20 Em diversas reuniões na FIESP com o autor deste artigo.

21 Leis nº 8.072/90 (artigo 8º), 9.613/98 (artigo 1º, § 5º), 11.343/06 (art. 41), 9.807/99 (artigos 13 e 14), com regramento mais pormenorizado na lei nº 12.850/13.

22 Ver art. 188, inc. I, do Código Civil e artigos 23, incs. I e II, 24 e 25, do Código Penal.

23 Ver art. 188, inc. I, do Código Civil e artigos 23, incs. I e II, 24 e 25, do Código Penal.

24 Art. 5º, LIV, da Constituição Federal: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Não se há de conceber que este mesmo Estado que pode dispor do direito/dever de punir, por meio de transação penal, esteja impedido, de forma absoluta, de dispor do crédito tributário. Por mais relevante que seja o patrimônio público - e ele é -, a disposição do crédito tributário não imbrica com os valores da liberdade e da vida das pessoas, cingindo-se ao plano dos bens patrimoniais do contribuinte. O direito/dever de investigar e punir os crimes, de incumbência da polícia judiciária (Poder Executivo), do Ministério Público e do Poder Judiciário, encontra paralelo no direito/dever de lançar e cobrar o crédito tributário, por meio dos agentes fiscais (Poder Executivo), Procuradores (AGU) e do Judiciário, não se justificando uma rigidez absoluta quanto ao crédito tributário e, ao mesmo tempo, a flexibilidade da transação em matéria penal.

A conciliação, a mediação e a arbitragem (não a transação) podem ser utilizadas nos casos de dúvidas substanciais na interpretação dos fatos ou do direito, durante a constituição do crédito tributário. Nesses casos, como dito, fica afastado o óbice da indisponibilidade do crédito tributário, pois tais mecanismos de composição seriam utilizados no processo de constituição do crédito tributário. Já a transação, por força do disposto no art. 171, do Código Tributário Nacional, somente se aplicaria após constituído o crédito, e desde que exista litígio, como forma de sua extinção, no exercício das prerrogativas de concessão de remissão, anistia, moratória e parcelamento, desde que autorizadas por lei.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A arbitragem e também a transação envolvem um ponto de conflito entre o valor da justiça, próprio dos sistemas romano-germânicos, como o brasileiro, e o valor do pragmatismo (cumprimento da legislação) anglo-saxão.²⁵ A indisponibilidade do tributo é uma decorrência daquela interpretação mítica do princípio da legalidade e também da supremacia do interesse público - daí apre-

²⁵ A diferença de valores entre os sistemas romano-germânico (continental) e anglo-saxão foi exposta pelo Professor de Direito Penal da USP Alamiro Velludo Salvador Netto, em palestra sobre "Aspectos Penais do Direito Empresarial", realizada em 15 de dezembro de 2016, na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo.

sentar aquele caráter absoluto. Ocorre que, no Brasil, esse caráter, de tão arraigado, acaba tendo prevalência até sobre a relação de custo-benefício envolvida, a ponto de não se admitir transação, arbitragem ou qualquer forma de disposição do tributo, ainda que os custos relacionados à cobrança sejam maiores do que o valor do próprio tributo (benefício almejado).²⁶

Apesar de o art. 37 da Constituição brasileira trazer o princípio da eficiência da Administração Pública, ele ainda é uma novidade no sistema jurídico pátrio,²⁷ de conteúdo ainda não completamente definido.

Em trabalho sobre tal princípio, Paulo Eduardo Garrido Modesto, um dos formuladores da reforma administrativa de 1998 que inseriu a eficiência dentre os ditames da atividade administrativa do Estado,²⁸ assim discorre:

“Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente. Não se trata de uma extravagância retórica. Raciocínio semelhante vem sendo adotado há anos pela doutrina alemã, que chega a afirmar ser o princípio da eficiência um ‘princípio constitucional estrutural pré-dado’” ou, como parece melhor, uma ‘decorrência necessária da cláusula do Estado Social’. (...) A boa gestão da coisa pública é obrigação inerente a qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei. A função administrativa é sempre

26 Há, na legislação brasileira, limites mínimos de valor para ajuizamento de execuções fiscais, mas que não aliviam a ineficiência geral da cobrança do crédito tributário, mesmo de valores mais elevados, dado o tempo de duração do processo administrativo fiscal e do processo judicial. Cabe registrar a ocorrência recente de algumas iniciativas dos órgãos de cobrança fiscal, como a Portaria PGFN nº 396/2016, que instituiu o Regime Diferenciado de Cobrança de Crédito, que caminham no sentido da maior eficiência.

27 Esse princípio foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19 somente em 1998, não tendo precedente nas Constituições anteriores.

28 Ver art. 37, caput, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 (Reforma Administrativa), no qual foi incluído o princípio da eficiência, nos seguintes termos: “Artigo 37º. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (destacamos).

atividade finalista, exercida em nome e em favor de terceiros, razão pela qual exige legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade, publicidade e eficiência dos seus exercentes. (...) Eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores, é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto a otimização dos meios quanto a qualidade do agir final. Recorde-se que o administrador público é obrigado a agir tendo como parâmetro o melhor resultado, consultando-se o princípio da proporcionalidade (Cf. Juarez Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 85-86) (...) A obrigação de atuação eficiente, portanto, em termos simplificados, impõe: a) ação idônea (eficaz); b) ação econômica (otimizada) e c) ação satisfatória (dotada de qualidade)."²⁹

Como se verifica, o autor alinha o princípio da eficiência, do ponto de vista jurídico, não somente como uma obrigação de meio, mas também de resultado, de forma a que a Administração Pública não só empregue os meios adequados, como também logre alcançar os fins pretendidos pela Constituição e pela lei.

Rubens Gomes de Souza, apesar de negar a possibilidade de transação em matéria tributária, ao argumento de que a autoridade administrativa não poderia deixar de efetuar o lançamento, lembra que a lei nº 1.341/51,³⁰ reguladora da atuação dos Procuradores da República, permite, quanto aos tributos federais e somente em caso de discussão judicial, que os Procuradores, mediante

²⁹ <<http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/Principio%20da%20Eficiencia.PDF>> (Trabalho publicado originalmente na Revista Interesse Público, São Paulo, Ed. Notadez, nº 7, 2000, pp. 65-75, BDA- Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Ed. NDJ, ano XVI, nº 11, novembro, 2000, pp. 830-837).

³⁰ Lei Orgânica do Ministério Público da União, ver "Artigo 23 - Salvo quando autorizados pelo Procurador Geral, os órgãos do Ministério Público da União não podem transigir, comprometer-se, confessar, desistir ou fazer composições. Parágrafo único. Sempre que julgarem conveniente, deverão representar confidencialmente ao Procurador Geral para que este, opinando a respeito, obtenha do poder competente a necessária autorização para transigir, confessar, desistir ou fazer composições". Registre-se que o art. 24 da mesma lei prevê a responsabilização pessoal dos órgãos do MPF, solidariamente com a Fazenda Nacional, em caso de negligência, omissão ou abuso de poder: "Artigo 24 - Os órgãos do Ministério Público da União são responsáveis, solidariamente, com a Fazenda Nacional por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de suas funções."

autorização expressa do Procurador-geral em cada caso, venham a celebrar acordo com o contribuinte para encerrar o processo, caso se verifique que a Fazenda possa perder parcialmente, a fim de evitar os ônus de sucumbência.³¹ Aliomar Baleeiro também registra essa possibilidade de transação no ordenamento jurídico brasileiro.³² Trata-se claramente de uma medida inspirada no princípio da eficiência, ainda que este não existisse formalmente no direito vigente àquele tempo.

A eficiência impõe-se à Administração Tributária, e respeitando-se a legalidade, a isonomia e a responsabilidade fiscal, justifica-se a adoção da arbitragem e dos demais meios extrajudiciais de solução de controvérsias em matéria fiscal, nos termos da lei.

NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Por conta da forma federativa do Estado brasileiro, a Constituição de 1988 reserva à lei complementar³³ estabelecer normas gerais tributárias, especialmente, dentre outras matérias, sobre a obrigação, o lançamento, o crédito, a prescrição e a decadência tributários. Essa legislação aplica-se de modo uniforme à União e às unidades federativas subnacionais (Estados, Distrito Federal e Municípios), para padronizar a legislação tributária, em prol da segurança jurídica nessa matéria.

Atualmente, a lei complementar brasileira que desempenha esse papel (Código Tributário Nacional) não prevê a arbitragem ou demais meios compositivos como forma de extinção do crédito tributário, mas somente refere-se à transação, por sua vez aplicável apenas em litígios fiscais. Por outro lado, dada a adstrição da Administração Pública à lei e aquela concepção mítica do princípio da legalidade, seria não só prudente, como altamente recomendável, enquanto política legislativa, a adoção de uma lei complementar e de leis específicas sobre os meios extrajudiciais

31 Compêndio de legislação tributária, 4. ed., Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1964, p. 88.

32 Direito tributário brasileiro, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 575.

33 Espécie legislativa aprovada por maioria absoluta das Casas Legislativas da União (Câmara dos Deputados e Senado Federal) e que dispõe sobre matérias a ela reservadas pela Constituição.

de solução de controvérsias em matéria tributária, com vistas a atender à necessidade de segurança jurídica do Fisco e dos contribuintes, ainda mais para a inauguração de uma nova experiência como essa.

A lei serviria para fixar os limites, parâmetros e critérios de utilização dos expedientes pactícios em matéria tributária. Ao assim desempenhar, acabará por estabelecer os critérios de controle da atuação dos agentes públicos envolvidos, de modo a garantir-lhes segurança jurídica no exercício de tal mister, inclusive, eventualmente, com a previsão de autonomia funcional e até a contratação obrigatória de seguro de responsabilidade com esse fim, se for o caso.

Assim alinhavada, a legislação pautará, em tintas fortes, a atuação também dos órgãos de controle, de modo a salvaguardar a efetividade, segurança e agilidade da arbitragem e demais formas compositivas do crédito tributário, impedindo a glosa ou o questionamento infundados dos procedimentos compositivos adotados.

Da mesma forma, essa nova legislação acobertará a atuação fiscalmente responsável do Estado, diante da Lei de Responsabilidade Fiscal, dispensando compensação orçamentária exigida em casos de renúncia de receita, na medida em que a adoção dos mecanismos compositivos de solução de controvérsias tributárias não implicará perda de receitas, e sim ganho de produtividade e eficiência, com consequente realização de recebíveis mais rapidamente ou exclusão de receitas tributárias sem amparo jurídico.

CONCLUSÃO

Por razões históricas, culturais e institucionais, o nível de blindagem do crédito tributário no Brasil é extremamente elevado, a ponto de se considerá-lo um direito praticamente absoluto em comparação a valores como a liberdade e até a vida, na medida em que estes admitem certas ponderações, no sistema jurídico brasileiro, em determinadas circunstâncias, como nas delações

premiadas,³⁴ na autorização constitucional da pena de morte em tempo de guerra³⁵ e na licitude da legítima defesa e do estado de necessidade. Não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio que crédito tributário receba tratamento jurídico mais privilegiado que os valores da liberdade e até da própria vida, como ocorre no Brasil.

Portugal é uma referência na adoção da arbitragem em matéria tributária, e o Brasil deve se inspirar nessa experiência para desenraizar-se dos preconceitos que o afligem nessa matéria, com as devidas e necessárias cautelas nessa adaptação jurídico-institucional, em consideração às peculiaridades da sua cultura jurídica e fiscal.

A admissão, pautada em lei, da arbitragem e de outros meios compositivos do crédito tributário resultaria em redução de litigiosidade, rapidez e segurança na solução de controvérsias fiscais, incremento da conformidade fiscal, redução do passivo tributário e aumento da arrecadação, o que lançaria o Brasil a patamares de desenvolvimento institucional nunca dantes experimentados em sua história.

Os desafios não são poucos, mas a arbitragem, como os outros meios extrajudiciais de solução de controvérsias, são o caminho da modernidade que deve ser trilhado se o Brasil pretender se alinhar às melhores práticas internacionais de gestão pública dos tributos, em benefício de toda a sociedade brasileira.³⁶

34 Lei nº 12.850/2013 e outras.

35 Ver artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a", da Constituição Federal.

36 Ver art. 188, inc. I, do Código Civil e artigos 23, incs. I e II, 24 e 25 do Código Penal.



TATHIANE PISCITELLI

Doutora e mestre em direito pela Universidade de São Paulo. É professora de Direito Tributário e Finanças Públicas na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas

TATHIANE PISCITELLI

HÁ AMBIENTE INSTITUCIONAL PARA O USO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA?

O debate sobre o uso de métodos alternativos de resolução de disputas em matéria tributária não é novo. Ao menos desde a apresentação do projeto de lei (PL) nº 5082/2009, há discussões em torno do tema. O objetivo era disciplinar a transação na esfera federal, além de prever a criação de uma Câmara-Geral de Transação e Conciliação, vinculada à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que aprovaria previamente as transações tributárias. O andamento do PL na Câmara é incerto: em discussão há quase dez anos, ele foi, em abril de 2018, recebido pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados; até o momento da redação deste artigo, não havia manifestação do relator designado.

Em contraposição, do ponto de vista das demandas tributárias, não há dúvidas quanto ao aumento da litigiosidade. Apenas na esfera administrativa federal, no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), há R\$ 614 bilhões em disputa;¹ de

¹ Dados de maio de 2018, divulgados pelo próprio Tribunal. Informações disponíveis em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2018/presidente-do-carf-participa-de-segunda-edicao-do-evento-questoes-controvertidas-do-carf-analise-da-jurisprudencia201d/apresentacao-encontro-questoes-controvertidas-do-carf_versao-apresentada-1-output.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

outro lado, a Dívida Ativa da União já alcança 1,8 trilhões.² Dentre os valores em disputa no Carf, aproximadamente 96% são de débitos de até R\$ 15 milhões³ e, portanto, de menor potencial arrecadatório. O mesmo ocorre com os valores passíveis de cobrança judicial: cerca de 35% da Dívida Ativa da União são representados por débitos de menor valor.⁴ Em paralelo a esse cenário, desde o segundo trimestre de 2014, o Brasil tem enfrentado severa crise econômica e fiscal, com queda consistente nos níveis de arrecadação tributária. O governo, de seu lado, tem tentado reverter esse quadro pelo aumento de tributos e concessão de benesses para o pagamento parcelado de débitos já existentes. Dados da Receita Federal do Brasil apontam que os parcelamentos concedidos nos últimos dez anos representaram cerca de R\$ 176 bilhões em renúncia de receita para a União.⁵ Nesse cenário, ressurgiram os debates sobre a necessidade de aprovação de uma reforma tributária que agregasse mais simplicidade ao sistema e efetividade na arrecadação. Todavia, a despeito da importância desse tema, a solução parece-me estar em outra seara: no processo tributário. Uma reforma processual que conferisse maior racionalidade e celeridade ao processo tributário atenderia ao desiderato de eficiência arrecadatória, de um lado, e a uma maior realização de justiça perante os contribuintes, de outro.

Tal reforma poderia ser construída sob dois pilares: (i) o reconhecimento da necessidade de uma justiça especializada para o direito tributário, dado o grau de especialidade das disputas; e (ii) a introdução de métodos alternativos de resolução de conflitos em matéria tributária.

A concretização do primeiro pilar demandaria uma reestruturação do Poder Judiciário em todas as esferas e a criação de varas es-

2 Dados de 2016, divulgados em 2017, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Informações disponíveis em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/PGFN%20em%20Numeros%202017.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

3 Cf. nota 1.

4 Cf. nota 2.

5 BRASIL, Receita Federal do Brasil. Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais, 2017. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

pecializadas, inclusive no âmbito das execuções fiscais. Tal medida, além de trazer mais celeridade e sofisticação teórica para as decisões em matéria tributária, melhoraria, inclusive, a qualidade dos dados sobre o congestionamento judicial causado pelas execuções fiscais: segundo o Conselho Nacional de Justiça, as execuções fiscais seriam responsáveis por 90% da taxa de congestionamento do Poder Judiciário. O percentual, no entanto, não leva em conta a amplitude da matéria discutida no processo executivo: considerando a competência jurisdicional atualmente posta, não apenas a execução de débitos tributários é atraída para as varas de execução fiscal, mas sim toda e qualquer demanda executiva na qual o ente público figure como credor.

O segundo pilar, por seu turno, dependeria de alterações legislativas simples, que estendessem os métodos já existentes para o direito tributário. Nesse contexto, especificamente, insere-se o tema deste artigo: há ambiente jurídico-institucional para tanto? Minha hipótese é a de que sim. Conforme será visto nas linhas abaixo, a extensão expressa da arbitragem para o direito público, a aprovação da lei de mediação e a previsão, no Código de Processo Civil de 2015, do negócio jurídico processual colaboram para a comprovação dessa hipótese. O objetivo deste texto será, então, apresentar a evolução desse ambiente institucional e ponderar como o direito tributário pode se beneficiar dele.

Contudo, a compreensão da extensão dos métodos alternativos de disputa para a matéria tributária depende de considerações preliminares sobre o uso de instrumentos autocompositivos e heterocompositivos em tal seara e, ainda, da delimitação desses mesmos instrumentos no seio da legislação nacional. Esse será o objetivo do próximo item.

AS LINHAS GERAIS DA AUTOCOMPOSIÇÃO E HETEROCOMPOSIÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

As formas autocompositivas de resolução de conflito têm lugar na hipótese em que a solução do litígio é alcançada de comum acordo pelas partes e assistida por um terceiro. Ainda que a atuação

do mediador e do conciliador seja distinta em grau,⁶ ela não difere quanto ao mérito: o conflito se encerra nos termos alcançados pelas partes, sem que haja a delegação dessa solução a terceiro não integrante da relação jurídica conflituosa.

De outro lado, são heterocompositivos os métodos nos quais um terceiro imparcial é o agente que põe fim ao conflito; nessa hipótese, a decisão é imposta às partes, que a ela se submetem - tal é o caso da jurisdição estatal e dos tribunais arbitrais.

A evolução institucional quanto ao uso de ambos os métodos em temas relacionados à administração pública tem sido evidente nos últimos anos. O Código de Processo Civil aprovado em 2015 é a prova cabal dessa afirmação: seus dispositivos privilegiam o uso da conciliação e da mediação,⁷ e ainda preveem a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais entre as partes do litígio,⁸ sem limitar tais possibilidades a agentes privados.

De outro lado, ainda em 2015, foram publicados dois atos normativos relevantes, que caminharam na mesma direção: a Lei nº 13.140, que tratou da mediação entre particulares e da autocomposição no âmbito da administração pública, e a Lei nº 13.129, que alterou a lei de arbitragem (Lei nº 9.307/1996) para que esta passasse a prever expressamente a possibilidade do uso do mecanismo para a solução de litígios envolvendo a administração pública.

O objetivo dos próximos itens será detalhar cada um desses instrumentos, com vistas à comprovação da hipótese que motiva o presente texto: a existência de ambiente jurídico institucional favorável para a adoção de tais métodos em direito tributário.

6 Como é sabido, o conciliador pode sugerir encaminhamentos à solução do litígio, enquanto o mediador simplesmente auxilia as partes no atingimento do consenso e da solução. Nesse sentido, confira-se a redação do art. 165, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

7 BRASIL, Lei nº 13.105/2015. Art. 3o [...] § 2o - O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3o - A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

8 BRASIL, Lei nº 13.105/2015. Art. 190 - Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

AUTOCOMPOSIÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação são institutos cujo uso é largamente incentivado no corpo do Código de Processo Civil. Recentemente, tivemos evoluções normativas relevantes para o direito público. Em ambos os casos, reitera-se, a solução do litígio se dá pelo atingimento de consenso entre as partes, que podem, ou não, realizar concessões mútuas para tanto.

A já mencionada Lei nº 13.140/2015 previu a possibilidade de autocomposição de conflitos no contexto da administração pública, em todas as esferas – federal, estadual e municipal. Nos termos do art. 32 da lei, tal se daria pela criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, que teriam competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da própria administração, mas não só. Seria possível, igualmente, a autocomposição entre particulares e pessoas jurídicas de direito público, segundo previsão expressa do inciso II do mesmo dispositivo.

Em princípio, essas disposições se aplicariam aos conflitos entre particulares e a administração tributária. Contudo, por força da vedação expressa do art. 38 da lei, essa possibilidade ficou afastada para os casos em que “a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União”. Sobre esse dispositivo, algumas considerações adicionais são necessárias.

Inicialmente, deve-se ter claro que a proibição do art. 38 da Lei nº 13.140/2015 não representa a inaplicabilidade do instituto da autocomposição em litígios cujo objeto seja o direito tributário. Se assim fosse, a vedação seria geral para relações jurídicas tributárias, e não específica para os tributos federais. Disso decorre a inexistência de qualquer óbice institucional para a adoção de tais câmaras nos âmbitos estadual e municipal – a lei expressamente prevê essa possibilidade; a criação em si e os contornos da competência de cada câmara dependem, apenas, de decisão política (e legislativa) do ente.

Quanto aos créditos tributários federais, a possibilidade de auto-composição ficaria condicionada à revogação do art. 38 – todavia, reitera-se, não porque o instituto, a priori, não seria aplicado ao direito tributário, mas em razão de uma escolha legislativa de não submissão de casos tributários à resolução da Advocacia Geral da União – órgão competente para gerir as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

De outro lado, considerando o objetivo final da autocomposição disciplinada na lei nº 13.140/2015, seria possível utilizar-se desse aparato normativo para instituir, de forma sólida, a transação em matéria tributária. O instituto está previsto no art. 156, inciso III, do Código Tributário Nacional, como forma de extinção do crédito tributário e disciplinado no art. 171 do mesmo diploma. Trata-se de modalidade autocompositiva, na medida em que pressupõe a existência de concessões mútuas, visando ao fim do litígio.

A despeito da resistência acerca da instituição da transação em matéria federal, há adesão relativamente ampla de estados e municípios, que pode se intensificar ainda mais diante das disposições da lei nº 13.140/2015. Os municípios de Campinas (SP), Campo Grande (MS) e Rio de Janeiro (RJ) são bons exemplares nesse sentido: preveem a possibilidade de transação em casos em que há dúvidas interpretativas, incertezas na imputação de penalidades, ou mesmo nas situações em que há poucas chances de êxito para a Fazenda.⁹ Em todos os casos, o custo de manutenção de um litígio supera as concessões passíveis de serem realizadas, diante dessas hipóteses específicas. Trata-se, portanto, de medida salutar também para as contas públicas.

Ao lado dessa possibilidade e à luz dos dispositivos do Código de Processo Civil que estimulam o uso da conciliação, ainda poderiam ser cogitadas situações em que a autocomposição envolvendo o Fisco não tenham por objeto o tributo em si. Como exemplo, citem-se as audiências de conciliação voltadas a discutir garantias em processos de execução fiscal. A combinação do art.

⁹ Nesse sentido, confira-se MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane; FUNAGOSHI, Cristina Mari. A realidade da transação tributária no Brasil. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-realidade-da-transacao-tributaria-no-brasil-19042018>>. Acesso em: 06 set. 2018.

3º, § 2º, que estimula o uso da conciliação no curso do processo, com o art. 190, que faculta às partes convencionarem sobre os ônus do processo, ambos do Código de Processo Civil, conduz à plena possibilidade de utilização de tal faculdade no momento de fixar a garantia a ser indicada em processo de execução fiscal.

Nesse ponto, vale destacar que a eventual composição sobre a garantia a ser ofertada não implica renúncia ao crédito tributário, pois a disposição se dá não em relação ao montante devido de tributo, mas quanto ao objeto que será ofertado em garantia, como forma de viabilizar a defesa do executado em execução fiscal. Trata-se de assegurar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sem que se imponha ao executado ônus demasiado para tanto.

É fato notório que as autuações fiscais têm ganhado cores bastante pesadas para os contribuintes, em razão da imposição desmedida de multas agravadas ou qualificadas. Não raro, o crédito constituído supera, e muito, as possibilidades econômicas do contribuinte. Nessas situações, o oferecimento de uma garantia que seja capaz de abarcar a integralidade do valor em discussão é quase impossível. Para esses casos, em nome da preservação do devido processo legal, seria aplicável e adequada a conciliação entre as partes, com fundamento nos dispositivos acima mencionados, para dispor sobre a garantia a ser ofertada. Não há, como fica claro, renúncia ou disposição relativa ao crédito tributário em si.

Por fim, para corroborar o argumento geral desse item, no sentido de que as medidas autocompositivas podem se estender ao direito tributário, seja a partir de modificações legislativas simples – como o caso da proibição contida no art. 38 da Lei nº 13.140/2017 –, seja pela aplicação direta dos institutos já existentes – como na hipótese de autocomposição nos âmbitos estadual e municipal, além da conciliação sobre garantias –, destaque-se recente iniciativa da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que estabeleceu critérios para a realização de negócio jurídico processual em matéria tributária.¹⁰

¹⁰ Portaria PGFN nº 360/2018, disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2018/portaria-360-2018.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

Como é sabido, o negócio jurídico processual está previsto no já mencionado art. 190 do Código de Processo Civil, e a condição geral imposta para a sua aplicação é a presença de “direitos que admitam autocomposição”. A postura da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de prever formas e critérios para a aplicação de tal dispositivo, encerra qualquer debate sobre a impossibilidade de litígios tributários serem objetos de autocomposição: respeitado o valor constituído de tributo, questões transversais, como garantias, por exemplo, podem ser solucionadas pela colaboração entre as partes.

Firmados esses pontos, o próximo item se ocupará das medidas heterocompositivas, com foco específico na arbitragem tributária.

ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSSÍVEL EXTENSÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Conforme tratado nas linhas acima, a possibilidade de arbitragem entre particulares e a administração pública foi expressamente introduzida em nosso ordenamento pela lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem (lei nº 9.307/1966). Nos termos do art. 1º, § 1º, a “administração pública direta e indireta poderá se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, observado o princípio da publicidade (art. 2º, § 3º).

Diante disso, resta saber se seria possível valer-se da autorização legislativa geral, que possibilita a arbitragem com o poder público, para aplicar tal procedimento ao direito tributário. Em caso negativo, devemos investigar as razões da não aplicação: seria necessário instrumento legal próprio ou, ao contrário, o instituto não seria aplicável ao direito tributário, dadas as características do objeto do litígio. Desde logo, mencione-se que aqueles que rechaçam o uso da arbitragem no direito tributário o fazem especialmente em razão da suposta indisponibilidade do crédito tributário e, assim, da ausência de subsunção possível aos requisitos normativos.

De início, reitere-se que a arbitragem é método heterocompositivo de resolução de conflitos. Desse modo, não há participação das partes ou concessão quanto ao objeto do litígio; a solução é dada por um terceiro imparcial, que, nesse caso, é o tribunal arbitral. A clareza quanto a esse ponto é fundamental para compreender a questão relacionada à disposição, ou não, do crédito tributário.

Tendo-se essas premissas em mente, devemos analisar a primeira indagação: a lei nº 9.703/1996, com as alterações da lei nº 13.129/2015, é suficiente para permitir a arbitragem tributária, na medida em que o dispositivo é genérico o bastante para abarcar a administração pública como um todo? Em princípio, a resposta a essa questão seria positiva, se não houvesse uma lacuna legal.

A utilização da arbitragem em direito tributário implicaria a adoção de método alternativo de resolução de conflito cuja solução (sentença arbitral) não consta como forma extintiva do crédito tributário no art. 156 do Código Tributário Nacional. Ainda que esse entrave fosse superado, pela compreensão de que a previsão da sentença judicial em tal dispositivo supriria essa necessidade, já que possuem o mesmo status jurídico, haveria outro: seria necessário, também, dispor dos efeitos da exigibilidade do crédito tributário no curso do processo arbitral. Ao que me parece, seria adequada a previsão de suspensão da exigibilidade ao longo do processo, de forma a assegurar, a um só tempo, a ausência de prescrição para a Fazenda Pública e a impossibilidade de cobrança, durante o processo, do ponto de vista dos contribuintes.

Por essa razão, ainda que a lei nº 9.307/1996 seja ampla o suficiente para englobar a administração tributária, a implementação da arbitragem demandaria alterações específicas no Código Tributário Nacional, de forma a conferir maior segurança jurídica ao instituto. Nesse ponto, alinho-me ao entendimento de Leonardo Varella Giannetti.¹¹

11 GIANNETTI, Leonardo Varella. Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos. Tese (Doutorado em Direito) - PUC/MG. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

Na hipótese de superação dessa lacuna, resta enfrentar a pergunta mais geral: diante da indisponibilidade da receita pública, seria possível cogitar-se arbitragem em direito tributário? A resposta a essa questão está na natureza do método de resolução de conflito com o qual estamos lidando. Conforme destacado linhas acima, trata-se de medida heterocompositiva, cuja sistemática se alinha ao Poder Judiciário: julgadores imparciais colocam fim, de modo impositivo, a um litígio. Não há negociação ou concessão sobre o crédito tributário, mas decisão sobre sua legalidade.

Ademais, a indisponibilidade do crédito tributário não se confunde com a indisponibilidade da receita pública. A disciplina, arrecadação e fiscalização de tributos são requisitos da responsabilidade na gestão fiscal dos entes da Federação; nesse sentido, a administração tributária não pode se furtar à cobrança de valores que lhe são devidos, nos termos da lei. Essas afirmações são decorrência direta tanto do Código Tributário Nacional, mais notadamente do art. 142 do diploma, quanto da Lei de Responsabilidade Fiscal (lei complementar nº 101/2000), com destaque para o art. 11.

Contudo, não podemos confundir a indisponibilidade da receita tributária do ponto de vista do dever da administração de arrecadar com a possibilidade de discussão judicial ou arbitral sobre a pertinência de um litígio cujo objeto seja o direito tributário. Eventual decisão que afaste o tributo não revelará disposição sobre a receita pública, mas juízo legítimo de legalidade, que encerra o conflito entre o particular e a administração sem que tenha havido nenhuma concessão ou renúncia a receitas tributárias.

Por essa razão, superadas as questões legislativas pertinentes, seria plenamente aplicável o instituto para resolver demandas tributárias. É evidente que há muitos desafios a serem enfrentados, como os limites da competência do tribunal arbitral, a eventual existência de um valor máximo para a submissão de causas à arbitragem - tal qual ocorre em Portugal - e a renúncia à jurisdição estatal. Todas essas questões devem ser objeto de amplo debate entre poder público, agentes privados e academia. Os ganhos seriam evidentes: julgadores mais especializados, resoluções

mais céleres e maior acesso à jurisdição. Some-se a isso, ainda, o potencial aumento da eficácia arrecadatória, seja pela solução mais eficaz dos litígios, seja pela redução dos custos decorrentes de um Judiciário moroso.

A inclusão dos litígios com a administração pública na lei nº 9.307/1996 pavimentou o caminho para a extensão do mecanismo ao direito tributário. Basta que o ocupemos.

CONCLUSÕES

A previsão e disciplina de métodos alternativos de resolução de conflitos em matéria tributária trariam ganhos incontestes tanto para o Fisco quanto para o contribuinte: maior nível de especialização na tomada de decisões, flexibilidade e razoabilidade no oferecimento de garantias, dispensa do pagamento de penalidades em razão de transação, entre outras.

Ao lado de todas essas considerações, porém, há uma outra, igualmente relevante e pouco falada quando se trata de enfrentar o tema.¹² A adoção de tais métodos é demanda concreta do Estado Democrático de Direito; não apenas o acesso efetivo à jurisdição depende de decisões de mérito proferidas em prazo razoável, como a arrecadação mais eficiente resulta na concretização de direitos e garantias individuais, pois reverberam sobre o nível de receitas disponíveis para o Estado assegurar a melhor distribuição dos ônus e bônus provenientes do exercício da competência tributária.

As breves considerações delineadas acima indicam que a incorporação de tais métodos no direito tributário é possível e desejável. A evolução legislativa recente indica que o ambiente institucional é favorável à extensão da arbitragem, transação e mediação ao direito tributário. Previsões legislativas relativamente simples seriam suficientes para a adoção desses instrumentos. As vantagens estão postas de modo claro: maior eficiência à arrecadação tributária, sem prescindir da necessária segurança jurídica.

¹² Nesse sentido: PISCITELLI, Tathiane. Arbitragem no direito tributário: uma demanda do Estado Democrático de Direito. In PISCITELLI, Tathiane, MASCITTO, Andréa, MENDONÇA, Priscila Farricelli de. Arbitragem Tributária: desafios institucionais e a experiência portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 121-134.



ANDRÉA MASCITTO

Bacharel e mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pós-graduada em direito tributário pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Atualmente, é advogada, coordenadora do grupo de pesquisa “Métodos Alternativos de Resolução de Disputa em matéria tributária” na FGV e vice-presidente Jurídica Adjunta da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

ANDRÉA MASCITTO

SISTEMA “MULTIPORTAS” DE DISPUTAS TRIBUTÁRIAS NO BRASIL: HÁ ESPAÇO PARA ARBITRAGEM?

O objetivo deste artigo é tratar de forma sucinta o cenário atual das disputas tributárias no Brasil e refletir sobre a possibilidade da arbitragem tributária se tornar uma alternativa efetiva de resolução dessas disputas no país.

O artigo parte da apresentação de dados sobre a litigiosidade e a situação do Poder Judiciário, a partir do que entendemos que a arbitragem deve passar a ser efetivamente considerada como uma alternativa dentro de um sistema “multiportas” de solução de litígios em matéria tributária. Num segundo momento, identifica-se os principais desafios para a implementação da arbitragem dado o ordenamento jurídico tributário, processual e constitucional brasileiros e, ao final, traz uma reflexão sobre as mudanças e iniciativas que possibilitariam evoluirmos nesse tema.

PANORAMA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Hoje, o cenário brasileiro é, de um lado, de excessiva litigiosidade e, de outro, de pouca eficiência e efetividade, e significativa morosidade, em especial em processos de Execução Fiscal, nos quais historicamente se gasta muito tempo com a localização dos devedores, seus bens, discussão de garantias, provas etc.

Os estudos sobre o tema demonstram que o Judiciário não está dando conta das disputas tributárias, a despeito da reforma do Código de Processo Civil (CPC), em 2015, que instituiu mais fortemente a cultura dos precedentes justamente para trazer mais celeridade e mais isonomia nos julgamentos.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),¹ do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej) e do Instituto de Pesquisa Econômicas Aplicadas (Ipea)² mostram que:

- 40% de todos os processos atuais são Execuções Fiscais³ (30 milhões de processos);
- Custo médio de uma Execução Fiscal: R\$ 4,7 mil, ou seja, 1,05 mil euros;⁴ Taxa de congestionamento de uma Execução Fiscal é das maiores (quase 92% se comparado à média de quase 70% dos demais processos);
- Duração média de uma Execução Fiscal é de nove anos, enquanto outros processos levam aproximadamente entre cinco e sete anos; e
- Gasto total com o Judiciário: R\$ 84,8 bilhões (19 bilhões de euros) em 2017.

Além disso, dados das próprias Procuradorias mostram que a União Federal⁵ tem um estoque de dívida ativa a receber de R\$ 1,8 bilhão e que, se considerados ainda estados e municípios, esse valor chega a R\$ 3 trilhões. Estes dados ainda mostram que cerca de 1% das dívidas vinham sendo satisfeitas dentro desse modelo “tradicional” de cobrança.

Olhando para custos e entradas (ainda que potenciais), é inevitá-

1 Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf> >

2 Relatório publicado pelo Ipea e CNJ em Brasília, 2011.

3 Forma de cobrança judicial dos créditos dos entes públicos regida pela lei nº 6.830/80.

4 Referência de câmbio de R\$ 4,44 por euro em agosto/18.

5 Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/fevereiro/pgfn-disponibilizacao-2017-do-201cpqfn-em-numeros201d> >

vel pensar que a conta não fecha!

O custo do Judiciário é alto e as disputas em matéria tributária mobilizam grande parte do seu funcionamento (se considerados que 40% são Execuções Fiscais, havendo ainda milhões de outras espécies de ação, sejam ordinárias, cautelares fiscais etc.), mas qual é o resultado disso?

Não pretendo dizer que não deva existir disputa tributária judicial, longe disso, principalmente porque o acesso ao Judiciário é uma garantia constitucional⁶ e o Poder Judiciário é o guardião do direito e da interpretação e aplicação das normas. No entanto, esta não deve ser a única e, muitas vezes, nem a melhor forma de se cobrar e discutir tributos no Brasil e devemos refletir sobre um sistema “multiportas” em que a arbitragem seja uma das alternativas existentes para a solução de disputas tributárias.

Ao iniciar os estudos sobre o surgimento da arbitragem tributária em Portugal,⁷ saltou aos meus olhos que um de seus objetivos era finalizar as disputas tributárias mais rapidamente e, assim, arrecadar os valores em disputa que se mostrassem devidos para auxiliar o país a sair da crise e honrar os compromissos assumidos com a União Europeia em meio ao memorando de Tróika.⁸

Sem nem mesmo termos que adentrar à discussão da situação atual econômica do Brasil, os dados acima reportados denotam um contexto de morosidade, de ineficiência arrecadatória e de déficit da atividade jurisdicional (retorno de 56% pátria custeio da máquina do Judiciário, 3/5 dos processos vencem a citação, 2,6% chegam à fase de leilão/adjudicação de bens e 0,2% efetivamente satisfeitos). Repita-se: a conta entre as despesas e receitas das disputas levadas ao Judiciário não se justifica sob a perspectiva do governo brasileiro, fazendo sentido (puro e simples, de senso comum, extrajurídico) a busca por modelos alternativos, assim como Portugal fez no passado em meio a um contexto semelhante de abarrotamento e morosidade do Judiciário.

6 Art. n° 5, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira, de 1998.

7 Com o decreto-lei n° 10, de 20 de janeiro de 2011.

8 Memorando de Tróika: acordo celebrado por Portugal com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu objetivando o equilíbrio econômico-financeiro do país.

Isso por si só justifica que a comunidade jurídica, no mínimo, discuta essa possibilidade e deveria, ao menos em teoria, ser algo que motivasse o Poder Executivo e as autoridades fiscais fazendárias a avaliarem o assunto.

IDEIA DE UM SISTEMA “MULTIPORTAS” E A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

A ideia seria trazer ao ordenamento brasileiro mais uma opção para discussão tributária entre Fisco e contribuinte num âmbito célere e técnico. Parece-me claro que há espaço para isso, mas essa intenção não é tão simples. Embora a experiência portuguesa tenha muito a ensinar, não é possível transportar o modelo *ipsis literis*, pois há peculiaridades no direito brasileiro que nos impõem alguns desafios.

Os desafios para a implementação da Arbitragem Tributária no Brasil

Destaco aqui os principais desafios que enxergo para que a arbitragem tributária se torne uma realidade no Brasil:

a) A premissa de que o crédito tributário seria indisponível: mito ou verdade?

O primeiro, e eu diria o principal, reside na discussão sobre a indisponibilidade do crédito tributário (ou não). Seria essa uma verdade absoluta ou um mito que tornaria em vão esta discussão?

Nos Congressos de que participei no ano de 2018 na Europa⁹ ficou confirmado que o mito da indisponibilidade do crédito tributário não é um desafio brasileiro exclusivamente. A professora Gemma Patón García,¹⁰ por exemplo, mencionou ser esta também uma grande discussão na Espanha. Em Portugal, esse ponto foi mais facilmente superado porque a “consolidação do crédito” depende do decurso dos prazos ou decisão definitiva.¹¹

9 “Congresso Luso-Brasileiro de arbitragem em Direito Público”, organizado pelo CAAD em parceria com outras entidades de Portugal e do Brasil em março de 2018, e do “Congresso Ibero-Americano de Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos Tributários. Justiça Tributária: um novo roteiro”, organizado pela ISCAL em parceria com outras entidades da Espanha, de Portugal e do Brasil em maio de 2018.

10 Professora titular da Universidade Castilla-la Mancha.

11 Esse tema foi enfrentado e definido com propriedade nesse sentido pelo renomado

No ordenamento brasileiro, a constituição definitiva pode vir com o encerramento da disputa administrativa. A pré-constituição definitiva do crédito tributário, portanto, é um desafio menor,¹² mas após a briga é maior.

Noto que as discussões havidas no campo do direito administrativo e a evolução da doutrina administrativista em relação à distinção entre o interesse público e o interesse da administração pública muito contribuem para começarmos a refletir sobre o tema. Uma coisa é pensar no governo enquanto estrutura “administrativa” e executiva, que deve ser autossuficiente, autossustentável, manter suas finanças em dia e apta a custear suas obrigações; outra é o interesse público enquanto aquilo que melhor atenderá os anseios e desejos da coletividade, da população. Para que o interesse público nesta segunda acepção possa ser atingido enquanto uma das finalidades do Estado-governo é necessário que a Administração Pública esteja financeiramente saudável em termos de receita.

Sabe-se que os tributos são fonte primária da receita do Estado. Se para aferir essa receita se fizer necessário, ou ao menos justificável, discutir-se o crédito tributário perante uma “jurisdição alternativa” como o tribunal arbitral ou mediante concessões mútuas entre Fisco e contribuinte, por que não (desde que evidentemente de forma criteriosa, pública e com claros balizadores)? No que isso diferiria das anistias concedidas aos montes pelos governos de tempos em tempos apenas para fazer caixa em termos de discussão acerca de indisponibilidade do crédito tributário?

A alteração da Lei da Arbitragem em 2015¹³ para positivar a possibilidade da administração pública solucionar questões por pro-

jurista português especialista no tema, Conselheiro Jorge Lopes de Souza, responsável pela obra “Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária”, publicado pela editora Almedina.

12 Justamente por isso é que os projetos de lei hoje discutidos no Brasil tem por intuito permitir inicialmente a arbitragem tributária previamente à constituição do crédito tributário. Disponível em: < https://www.valor.com.br/legislacao/5729277/especialistas-e-governo-elaboram-nova-proposta-para-arbitragem-tributaria?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=a7bf3a4f11-EMAIL_CAMPAIGN_2018_08_13_09_43&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-a7bf3a4f11-380308757 >

13 Alteração da lei nº 9.307/96 pela lei nº 13.129/15.

cedimento arbitral deixa claro que suas disputas podem de fato se enquadrar no conceito de direito patrimonial disponível.

No mais, ainda que assim não fosse, parece-me que a questão não é propriamente de disponibilidade do crédito tributário, mas uma questão de jurisdição “alternativa”. Ainda haverá o exercício da atividade jurisdicional com a avaliação e julgamento da controvérsia instaurada entre Fisco e contribuinte, porém, ela será deslocada do Poder Judiciário estatal conforme conveniência das partes, como já ocorre por exemplo nas discussões decorrentes de contratos públicos (por exemplo, contratos de concessão formados entre Governo e particular).

O primeiro desafio, portanto, e eu ousaria dizer o principal sob a perspectiva jurídica, ao lado do velado temor extrajurídico de corrupção e/ou favorecimento nos tribunais arbitrais, é desmistificar o senso comum de que matéria tributária não seria arbitrável. O Estado já soluciona disputas com o particular via Tribunal arbitral enquanto jurisdição alternativa ao Judiciário por opção e dispõe do crédito tributário quando baseado em lei, a exemplo das conhecidas anistias para se manter equilibrado financeiramente.

b) Necessidade de lei para instituição da arbitragem tributária?

Isso nos leva ao segundo desafio: compreender se há necessidade de edição de lei para instituição de arbitragem tributária no Brasil. Esse ponto também gera controvérsia.

Há quem sustente, a exemplo das professoras Ada Pellegrini (in memoriam) e Selma Lemes, que o arcabouço normativo já posto dispensaria normas tributárias específicas. Isso se deveria à análise e interpretação das regras¹⁴ e da posição já consolidada na jurisprudência de equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, o que permitiria que demais diplomas - como o Código Tributário Nacional (CTN) - fossem interpretados considerando tal equiparação.

14 A exemplo do art. n° 852, do Código Civil, dos arts. n°s 151 e 156 do Código Tributário Nacional, e art. n° 1, parágrafo 1°, da Lei de Arbitragem.

No entanto, a despeito de compreender a racionalidade jurídica e de se tratar de uma questão eminentemente processual dado que relativa a uma forma de resolução de conflitos, enxergo - na qualidade de tributarista - que pouquíssimo poderemos evoluir sem a alteração e edição de regras tributárias específicas, ou seja, haveria algum espaço para a criação da arbitragem tributária sem modificação de lei em relação a disputas sobre fatos tributáveis previamente à constituição do crédito tributário; porém não a sua criação de forma ampla e independente de já ter sido constituído o crédito tributário, que é o momento em que geralmente se inicia a grande maioria das disputas entre Fisco e contribuintes.

Essa visão decorre do fato de que o direito tributário é regido pelo princípio da estrita legalidade e a Autoridade Fiscal não terá qualquer conforto ou estímulo para litigar via meio alternativo sem absoluta segurança, clareza e baliza que afaste riscos de responsabilidade funcional e afins.

Não é apenas o Fisco que se beneficiaria da segurança trazida pela norma, mas também o contribuinte, que não se preocuparia em adotar a arbitragem em razão de suas vantagens se estivesse tranquilo que seus direitos estariam claramente garantidos, sem margem para discussões.

Demandar-se-ia então ajustes no CTN, enquanto lei complementar, para que o início arbitragem fosse indicada - de forma ampla - como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário (o que preveniria riscos à renovação de certidão, deixaria clara a questão da garantia durante o litígio etc.), a sentença arbitral como causa extintiva do crédito, além dos devidos ajustes nos prazos decadenciais. Os procedimentos em si poderiam ser norteados por lei ordinária, e a regulamentação e detalhamento por instrução normativa e portaria. Toda essa estrutura seria dividida especialmente em razão do nível de burocracia para aprovação.

Finalmente, ainda falando em normas, destaco que todas as alterações e inovações em matéria tributária devem observar plenamente a Constituição Federal (o que parece óbvio, mas muitas ve-

zes não acontece na prática) e devem dialogar e estar alinhados com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

c) Questões arbitráveis, a isonomia e a confidencialidade x publicidade

Um terceiro desafio é definir quais as questões tributárias que seriam arbitráveis, isto é, sujeitas à resolução via arbitragem.

O modelo português fez importantes “recortes” tanto quantitativos (processos de até 10 milhões de euros) como qualitativos, deixando de fora as taxas e contribuições (tributos via de regra devidos à União Europeia).

No Brasil, me parece que, mais do que as espécies tributárias, são as questões que justificam a lide que devem ser ponderadas. Isso porque me parece difícil que, no modelo adotado no Brasil, possa ser delegado/transferido o poder exclusivo e reservado ao Supremo Tribunal Federal (STF) para julgar as questões constitucionais. Será que poderia ser arbitrável uma lide decorrente de discussão sobre a falta de validade constitucional para criação ou majoração de determinado tributo? Esta parece ser uma limitação do sistema alternativa da arbitragem advinda inclusive da Constituição Federal.¹⁵ Por isso, sou da opinião de que as questões tributárias que serão efetivamente levadas à arbitragem são aquelas motivadas por discussões de fato, individuais, e que dependam ou demandem conhecimento técnico estranho à seara do direito, tal como uma questão de classificação fiscal para fins de determinação da alíquota de determinado tributo. Este é o tipo da lide que, para mim, faria muito sentido fosse decidida via arbitragem; deixando espaço para que o judiciário defina as importantes questões hermenêuticas, de interpretação do direito, a qual afetará de forma isonômica os contribuintes.

A questão da isonomia é, portanto, um outro desafio nas arbitragens, que tipicamente não se preocupam com esse aspecto, sendo muitas vezes confidenciais, o que conflitaria com a publicidade

15 Art. n° 102 em especial.

que se exige em relação às disputas tributárias. Entretanto, não nos parece um problema observar os principais da publicidade e da isonomia até porque a confidencialidade decorre de previsão em regulamento das Câmaras de Arbitragem, não de lei. Trata-se em realidade de um “círculo virtuoso” que deveria ser construído em torno das arbitragens em matéria tributária: serem públicas para possibilitar a isonomia.

d) Outros desafios de caráter prático: Competência tributária pulverizada no Brasil, Competência da autoridade fiscal x responsabilidade funcional e Critérios para definição de câmaras e árbitros
Mais do que desafios jurídicos, os desafios que aponto sucintamente são desafios práticos e burocráticos.

O primeiro desafio destacado foi a competência tributária pulverizada no Brasil. Dado o caráter continental de nosso país e a competência tributária pulverizada, a implementação da arbitragem tributária demandará uma multiplicidade de medidas porque, mantendo coerência com o que falado anteriormente, os entes precisarão emitir novas normas.

Essas normas, regulamentares do próprio procedimento (de arbitragem) e também de seus efeitos, multiplicar-se-ão, ainda que deva haver uniformidade e direção dada por lei de caráter nacional.

Isso inclusive é fator ligado ao segundo desafio deste tópico, qual seja a competência da autoridade fiscal x responsabilidade funcional. Nota-se que há um desconforto dos agentes fazendários em relação à adoção da arbitragem como método de solução de controvérsia tributária porque temem eventual responsabilização funcional. Esse temor não é descabido dado que se tem notícia de casos de responsabilização em arbitragens com a Administração Pública. Por esse motivo, entendo importante que se considere incorporar à legislação que será erigida uma exceção a essa responsabilização desde que a atuação se dê dentro dos limites legais e regulamentares.

Finalmente, outro desafio a ser enfrentado será a delimitação de critérios para definição de câmaras e árbitros. Poderão ser câma-

ras privadas? Serão criadas câmaras públicas? Quem poderão ser os árbitros, que tipo de formação deles se exigirá, qual o processo para que participem de uma arbitragem, quantos serão, quem os indicará etc?

Constata-se que há, portanto, diversas questões que incitam o debate, porém, não me aprofundarei no tema dado que não é foco do presente artigo. Contento-me nesse tocante apenas a reiterar meu entendimento particular no sentido de que deva haver uma orientação e reunião dos critérios em lei de caráter nacional que possa vir a ser observada pela multiplicidade de entes públicos tributantes.

PRÓXIMOS PASSOS: O QUE É NECESSÁRIO PARA TORNAR A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA UMA REALIDADE?

A despeito desses inúmeros desafios, e também de haver muito trabalho pela frente, um sistema “multiportas” de disputas tributárias é desejável e há de fato espaço para arbitragem no Brasil. Algumas das “sementes” para essa realidade estão começando a ser plantadas pela própria demanda da sociedade.

De início, o diálogo e os debates que vêm ocorrendo na comunidade jurídica são essenciais para definição das vantagens, dos desafios e efetiva implementação desse método alternativo. É importante que haja representatividade de todos os players: contribuintes e suas entidades representativas e advogados, do Fisco (Receita Federal da União, Secretarias da Fazenda dos Estados, Secretarias de Finanças dos Municípios e respectivas Procuradorias de todos esses entes) e do Poder Executivo, dos magistrados e todo o Poder Judiciário e, finalmente, do Poder Legislativo.

Esse diálogo é que propiciará o amadurecimento e desenvolvimento da ideia e a mudança de mindset da administração pública necessários para abertura a essa alternativa. Aliás, conforme afirmei em artigo publicado recentemente¹⁶ em coautoria, já me parece que esse diálogo tem começado a render frutos no sentido de alteração do paradigma da relação entre Fisco e contribuintes

¹⁶ Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fazenda-da-pontape-inicial-para-adocao-de-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-07082018> >

da briga judicial e falta de contato para um paradigma de diálogo e possibilidade de adoção de soluções alternativas e celebração de negócios jurídicos entre Fisco e contribuintes, levando ao Judiciário apenas aquilo que de fato for necessário e recuperável dessa forma.¹⁷ Embora a arbitragem não demande necessariamente uma conversa entre as partes e sua proposta nem seja a de criação de soluções autocompositivas, mas sim de uma solução heterocompositiva alternativa ao Judiciário, essas medidas só mostram que há campo fértil para alternativas ao Judiciário e que as autoridades fiscais brasileiras estão começando a se abrir à ideia, dando vez a um futuro alinhamento de vontades.

Depois do diálogo, a efetiva criação de normas, o que caberá ao Legislativo e ao Executivo. Entendo que a experiência da arbitragem com a administração pública pode servir de aprendizado e inspiração nessas etapas de diálogo, criação das normas e aplicação prática da arbitragem entre Fisco e contribuintes, dado que também demandou o enfrentamento da discussão e o amadurecimento do conceito de direito patrimonial disponível do Poder Público.

Acho ainda que, dadas as circunstâncias políticas demandadas para aprovação de leis no Brasil, não deve ser descartada a possibilidade de aproveitarmos de imediato e inicialmente o canal de discussão formado na sociedade e eventualmente testarmos caminhos mais restritos e a possibilidade de criação inicialmente de uma arbitragem prévia à constituição dos créditos tributários, que possa no futuro mostrar que faz sentido uma alteração mais profunda no sistema tributário brasileiro, a qual possibilite sim a realização da arbitragem tributária como caminho alternativo à discussão do crédito tributário em juízo, com a força conjunta e o apoio político que são indispensáveis à implementação de mudanças em nosso país.

17 A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional notou que há necessidade de uma atuação mais “inteligente” e vem colhendo seus frutos, conforme notas recentemente publicadas na mídia brasileira.

CONCLUSÃO

Há espaço para a arbitragem tributária no Brasil, esse espaço está começando a ser aberto por uma demanda da própria sociedade (e seus diversos players) e, finalmente, os principais ingredientes necessários - na minha ótica - para que isso saia do papel são: diálogo e alinhamento de vontades de natureza social, jurídica e política; bem como inspiração e aprendizado a partir da experiência da arbitragem com a administração pública, efetivamente positivada há três anos, mas já há tempos discutida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS



LUIZ ALBERTO FIGUEIREDO MACHADO

Bacharel em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e graduado pelo Instituto Rio Branco. Foi ministro das Relações Exteriores, embaixador do Brasil em Washington e, atualmente, é embaixador do Brasil em Portugal.

LUIZ ALBERTO FIGUEIREDO MACHADO

A cooperação entre Portugal e Brasil é historicamente intensa em muitos campos do conhecimento. No Direito, partilhamos origens comuns e instituições semelhantes. Nossas máquinas burocráticas também são bastante parecidas, incluindo os desafios de suas gestões.

A arbitragem no Direito Público tem sido objeto de estudo aprofundado em Portugal, e tem chamado a atenção de juristas brasileiros como possível instrumento a ser utilizado no país. Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar a experiência da diplomacia brasileira com a arbitragem na solução de controvérsias territoriais no fim do século XIX e no início do século XX, tendo como exemplos as questões com a Argentina (Questão de Palmas, 1895), com a França (Amapá, 1900) e com a Grã-Bretanha (Guiana, 1904).

Portugal, por sua vez, tem sido referência paradigmática na arbitragem em questões tributárias entre contribuintes e fazenda pública, no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). As experiências portuguesas na matéria foram amplamente destacadas no I Congresso Luso-Brasileiro de Arbitragem em Direito Público, realizado em março passado, em Lisboa, ao qual compareci.

Vejo, com muita satisfação, a iniciativa dos promotores do evento em publicar esta compilação de artigos sobre o tema. A arbitragem é, certamente, um campo ainda a ser desbravado, e esta obra deverá ser contributo importante para o processo de aquisição de conhecimento na área, com a participação de importantes representantes das academias portuguesa e brasileira, bem como de árbitros que já atuaram em casos concretos na matéria.

Não tenho dúvidas de que este livro será ferramenta ímpar para o fortalecimento do debate sobre a relevância da aplicação da arbitragem em solução de controvérsias no Direito Público.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA ET AL., *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Brasília, Ipea, CNJ, 2011

BRASIL, Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015, Altera a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, maio 2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13129-26-maio-2015-780858-publicacaooriginal-147040-pl.html>

BRASIL, Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, e n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, julho 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

BRASIL, Lei n.º 9.307, de 22 de setembro de 1996, Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, setembro 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

CARLA AMADO GOMES E RICARDO PEDRO (coord.), *A Arbitragem em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2018

CARLA AMADO GOMES, DOMINGOS SOARES FARINHO E RICARDO PEDRO (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2015

CARLOS ALBERTO CARMONA, PEDRO BATISTA MARTINS E SELMA FERREIRA LEMES, 20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo, 2017

CARLOS BLANCO DE MORAIS, "Apontamento sobre a Submissão de Litígios à arbitragem Necessária", Newsletter CAAD, n.º 1, 2013

CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRA, "Arbitragem: a descoberta de um novo paradigma de justiça tributária?", A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e Desafios (coordenação: ISABEL CELESTE M. FONSECA), 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013

COMUNICADO IPEA N.º 127, de 4 de janeiro de 2012, Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4460/1/Comunicados_n127_Custo.pdf

ELIANE CARVALHO E GISELE MATION, "Arbitragem e Administração Pública: novos desafios". Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-administracao-publica-novos-desafios-21072015>

EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19, DE 1998, Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes Políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Exposição de Motivos Interministerial n.º 49, de 18 de agosto de 1995, dos Srs. Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaoodemotivos-148914-pl.html>

FELIPE SPERANDIO, The brazilian arbitration act 2015: what's changed? Lexis®PSLArbitration, junho 2015. Disponível em [https://www.clydeco.com/uploads/Files/Updates/The_Brazilian_Arbitration_Act_2015-whats_ch_\(2\).pdf](https://www.clydeco.com/uploads/Files/Updates/The_Brazilian_Arbitration_Act_2015-whats_ch_(2).pdf)

FERREIRO LAPATZA, J. J., Solución convencional de conflictos en el ámbito tributario: una propuesta concreta, Quincena fiscal, N.º 9, 2003, pp. 11-20

Francisco Sousa da Câmara no artigo "Tax Arbitration Courts or Tax Judicial Courts: which to choose and what to consider?", The Portuguese Tax Arbitration Regime, 2015, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, pp.147 e ss.

FREDERICO BARBOSA GOMES, "Arbitragem e Administração Pública: Experiencias atuais"

GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, "Constituição da República Portuguesa", Anotada, II, 2010

HELENO TORRES, "Crise Financeira e os 18 anos da LRF", <https://www.poder360.com.br/opiniao/economia/brasil-nao-pode-a-diar-reforma-tributaria-da-simplificacao-diz-helena-torres/>

ISABEL CELESTE FONSECA, "A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios", 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2013

JOÃO PEDRO ACCIOLY, "Arbitragem e Administração Pública: um panorama global", Contéudo da Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade De São Paulo - USP. Disponível em www.revistas.usp.br/rdda

JOSÉ ARTUR DUARTE NOGUEIRA, "A Arbitragem na História do Direito Português (subsídios)", Revista Jurídica, n.º 200, 1996

MANUEL PEREIRA BARROCAS, "Notas sobre a Arbitragem Administrativa no Direito Português", outubro, 2017

MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, "A Arbitragem no Projeto de Revisão do CPTA", Julgar, n.º 26, 2015, Coimbra Editora

MARIA DO ROSÁRIO ANJOS, "O âmbito material da arbitragem tributária à luz da jurisprudência arbitral", Revista Arbitragem Tributária n.º 2, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, janeiro 2015;

NUNO VILLA-LOBOS. Avaliação Sucessiva Perfunctória da Implementação da Arbitragem Tributária em Portugal, Desafios Tributários, coord. NUNO BARROSO E PEDRO MARINHO FALCÃO, Vida Económica, Porto, 2015

OLIVER WENDELL HOLMES, The Common Law, University of Toronto Law School, 2011

PEDRO A. MARTINS, A arbitragem no Brasil. [s.d]. Disponível em <http://batistamartins.com/arbitragem-no-brasil-2>

PEREIRA, Tânia Carvalhais. "O regime de migração de processos para a arbitragem tributária", Revista Arbitragem Tributária n° 7, junho de 2017, pp. 8-21. (pg 13 da obra)

PEREIRA, Tânia Carvalhais. "Arbitrabilidade do IVA na Importação", Cadernos IVA 2015, Almedina, 2015;

PEREIRA, Tânia Carvalhais. "Arbitrabilidade do IVA na importação", Cadernos IVA 2014, 2014.

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, "A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei n.º 13.129/2015: novos desafios", BDA - Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 33, n.º 1, janeiro, 2017

RELATÓRIO "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça, relativo a dados de 2016: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>

RELATÓRIO "Justiça em Números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus", Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, n.º 8, pp. 73-92, 2013

RELATÓRIO PGFN em Números, 2017, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN): <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2017/PGFN%20em%20Numeros%202017%20V7.pdf/view>

RUI MEDEIROS, "Arbitragem Necessária e Constituição", Estudos

em Memória do Conselheiro Artur Maurício”, Coimbra, 2015

SANTOS, Leonardo Marques dos. “Submission of contributions and levies to tax arbitration courts: presente or future”, The Portuguese Tax Arbitration Regime, Coord. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, 2015

SELMA FERREIRA LEMES, Pesquisa: Arbitragem em Números e Valores. Disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016.pdf

SELMA FERREIRA LEMES, Princípios e origens da lei da arbitragem. Revista do Advogado, n.º 51, 1997. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/Princ%C3%ADpios%20e%20Origens%20da%20Lei%20de%20Arbitragem.pdf>

SOUSA, Jorge Lopes de. “Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária”, Guia da Arbitragem Tributária, AAVV., Nuno Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira (coord.), Almedina 2013, pp. 95 e ss.,

VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais “Arbitragem Tributária Arbitragem Tributária Breves Notas” natureza especial dos tribunais arbitrais tributários”, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 7, 2014, p. 381.

VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais, “A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários”, ob. cit, pp. 87-122

VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. “Arbitragem Tributária: breves notas”, A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios”, 2013, pp. 375-388.

 **FGV PROJETOS**

 **caad**
CENTRO DE ARBITRAGEM
ADMINISTRATIVA

