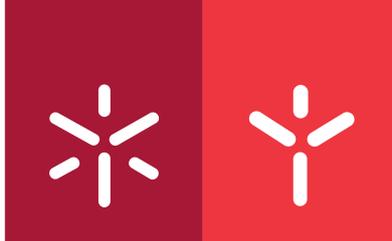




Universidade do Minho
Escola de Direito

Cláudia Sofia Melo Figueiras

**Arbitragem em Matéria Tributária:
à semelhança do modelo Administrativo?**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Cláudia Sofia Melo Figueiras

**Arbitragem em Matéria Tributária:
à semelhança do modelo Administrativo?**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Tributário e Fiscal

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Joaquim Freitas da Rocha
e da
Professora Isabel Celeste Monteiro da Fonseca.

Outubro de 2011

DECLARAÇÃO

Cláudia Sofia Melo Figueiras

Endereço electrónico: claudiafigueiras@hotmail.com

Telefone: 253 922891 / 965120644

Número do Cartão do Cidadão: 13306157 4 ZZ3

Título da Tese de Mestrado: Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?

Orientador(es): Exmo. Professor Doutor Joaquim Freitas Rocha e da Exma. Professora Doutora Isabel Fonseca

Ano de conclusão: 2011

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito Tributário e Fiscal

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

Agradecimentos

Uma ideia, uma história e um fim. É assim que descrevo todo o caminho travado até chegar ao momento último do nosso trabalho de investigação. Chegar à última estação deste percurso, repleto de altos e baixos, teria sido uma missão bem mais árdua, não fosse a preciosa ajuda de muitas pessoas. Algumas das quais, companheiras de estrada do início ao fim da aventura.

Para que ninguém fique excluído, os meus agradecimentos vão para todas os anónimos que de modo involuntário me ajudaram a chegar à estação de chegada.

Aos Senhores oradores, que me deram o privilégio de ou ouvir nos seminários e conferências a que tive oportunidade de assistir, quero agradecer as ideias que me transmitiram nos seus inspiradores discursos.

Ao Senhor Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha, agradeço a sua co-orientação, experiência, sabedoria, inteligência, empenho e ajuda demonstrados ao longo deste trabalho de investigação.

À Senhora Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca agradeço a sua co-orientação, experiência, sabedoria, inteligência, e ajuda empenhada demonstrados ao longo de todo este trabalho. Ser-lhe-ei eternamente grata pela forma como me manteve sempre informada, em relação a todos os seminários e conferências organizados, relacionados com o tema objecto da minha investigação. Pelo carinho com que sempre me tratou, muito obrigada.

Pela confiança que depositaram em mim, pela forma como sempre me receberam, pela disponibilidade que sempre demonstraram, pelas sugestões formuladas, pela ética de trabalho, pelo sentido de rigor, dever e profissionalismo, a ambos, agradeço a sua co-orientação.

À minha família, pelo incentivo e dedicação, e pela compreensão com a minha eterna falta de tempo.

À minha mãe, pelo seu companheirismo, pelo seu apoio, nos momentos de dúvida e de incerteza que me assolaram durante a realização desta tese.

Ao meu pai, esteja ele onde estiver, pela inspiração, apoio e sentido de presença metafísica e a quem dedico o presente trabalho de investigação.

Resumo

Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?

Este trabalho resume-se ao modo como a arbitragem voluntária, está consagrada em Direito Administrativo e como foi instituída em Direito Tributário. Procura-se dar resposta à seguinte questão: deve o modelo de arbitragem em matéria tributária seguir o exemplo do modelo administrativo?

A arbitragem é um meio jurisdicional de resolução de litígios, cuja origem é milenar e que, actualmente, se assume como uma instituição *re-emergente* com toda a sua força. A arbitragem assume diversas modalidades, podendo ser voluntária ou necessária, *ad hoc* ou institucional, de Direito ou segundo a equidade, interna ou internacional. Os Tribunais arbitrais têm uma natureza jurídica mista, pois nascem de um acordo de vontades, mas exercem uma função jurisdicional.

Vários obstáculos foram superados, comuns quer ao Direito Administrativo, quer ao Direito Tributário, bem como, específicos de ambos os ramos do Direito público. Não obstante, a arbitrabilidade dos litígios não se assume como um princípio geral de arbitrabilidade em ambos os ramos da ciência jurídica em estudo. Com efeito, quer em matéria administrativa, quer em matéria tributária, a arbitragem é restrita a determinadas questões.

Os regimes consagrados em ambos os ramos do Direito divergem. De facto, o regime de arbitragem em matéria administrativa limita-se, praticamente, a remeter para a LAV. Contrariamente, o modelo consagrado em Direito Tributário, apresenta um regime de arbitragem mais densificado e especialmente criado para as matérias do domínio tributário. Não obstante, não deve ignorar-se o precioso contributo, do amplo acolhimento da arbitragem, na reforma do contencioso administrativo de 2002/2004, para a emergência do debate, em torno da arbitragem, no seio da doutrina ligada ao Direito Tributário.

Existem vários aspectos do modelo administrativo que podem, alguns dos quais já o foram, ser seguidos pelo legislador na modelação do regime de arbitragem em matéria tributária. Outros aspectos, a nosso ver negativos, recomenda-se que sejam afastados do modelo tributário. Alguns dos quais foram-no efectivamente, outros não. Contudo, parece-nos que o legislador no Direito Tributário foi mais cuidadoso, levando-nos a questionar, a possibilidade de um novo trabalho de investigação com a questão invertida, ou seja: Arbitragem em matéria administrativa: à semelhança do modelo tributário?

Abstract

Arbitration in tax matters: in conformity with the administrative model?

This work sums up to how voluntary arbitration is embedded in administrative law and how it was constituted in the tax law. It seeks to answer the question below: should the model of arbitration in tax matters follow the example of the administrative model?

Arbitration, whose origin is ancient, is a jurisdictional means of resolving lawsuits. Nowadays it defines itself as an institution *re-emerging* with all its strength. Arbitration has many forms and is may be voluntary or required, *ad hoc* or institutional, by law or according to equity, domestic or international affairs. The arbitrary courts have a mixed nature.

Several obstacles have been overcome, in common with the Administrative Law and with the Tax Law and specific to both branches of public law. Nevertheless, the arbitrability of the lawsuits doesn't assume itself as a general principle of arbitrability in both branches of the judicial science in study. Whether in administrative or in tax matters, arbitration is restricted to certain issues.

The regimes established in both branches of law differ. In fact, the system of arbitration in administrative matters is limited practically to refer to the Voluntary Arbitration Law. On the contrary, the model set out in Tax Law presents a more densified arbitrary regime and specially created for the field of taxation. Nevertheless, the valuable contribution of the broad acceptance of arbitration should not be ignored in the reform of the governmental office for litigious matters (2002/2004), for an emergency of debate in what concerns the arbitration among the doctrine related to Tax Law.

There are several aspects to the administrative model which could be followed by the legislature (some of which already were) in shaping the regime of arbitration in what concerns tax matters. Other aspects, negative in our pion-of-view, are recommended to be removed from the tax code. However, it seems that legislator in the Tax Law was very cautious, leading us to question the possibility of a new researched paper with the reversed question, which is the following: Arbitration in administrative matters: in conformity with the tax model?

Índice

Parte I - Arbitragem: da sua contextualização histórica e contemporânea à sua noção

§ 1.º Da evolução histórica e da contemporaneidade da arbitragem 25

1. Breve referência à evolução histórica da arbitragem: em especial no ordenamento jurídico português 25
2. Enquadramento Constitucional dos Tribunais arbitrais 27
3. Da função jurisdicional dos árbitros 28
4. Localização da arbitragem no discurso das retóricas pós-modernas 30
 - 4.1. *Pós-modernidade*: Breve enquadramento 30
 - 4.2. *Pós-modernidade*: Transformações no Direito e arbitragem 31
 - 4.3. *Pós-modernidade*: Transformações no Estado e arbitragem 34

§ 2.º Da noção 37

1. Conceito 37
2. Distinção de figuras afins 39
 - 2.1. Arbitragem e os restantes meios alternativos de resolução de litígios (MARL): enquadramento geral 39
 - 2.2. MARL: Em especial em Direito Administrativo 41
 - 2.3. MARL: Em especial em Direito Tributário 43
3. Tipos de arbitragem 46
 - 3.1. Arbitragem voluntária e arbitragem necessária 46
 - 3.2. Arbitragem *ad hoc* e arbitragem *institucionalizada* 48
 - 3.3. Arbitragem de Direito e arbitragem de equidade 49
 - 3.4. Arbitragem interna e arbitragem internacional 49
4. Natureza jurídica 50

Parte II - A arbitrabilidade dos litígios em Direito Público: em especial em Direito Administrativo e em Direito Tributário; a referência ao modelo administrativo

§ 1.º A arbitrabilidade dos litígios em Direito Público 55

1. Arbitrabilidade 55
 - 1.1. Conceito: enquadramento geral 55

1.2. Em especial: da arbitrabilidade dos litígios em Direito Público com entes públicos.....	56
2. Obstáculos à arbitrabilidade dos litígios em Direito Público e respectiva superação.....	57
2.1. Obstáculos comuns ao Direito Administrativo e ao Direito Tributário e respectiva superação.....	57
2.1.1. A natureza imperativa e exclusiva da competência dos Tribunais administrativos e fiscais.....	58
2.1.2. A colisão com o <i>Direito Fundamental de acesso ao Direito a uma tutela jurisdicional efectiva</i> : a proposta de uma interpretação <i>actualista</i> do artigo 20.º da CRP.....	62
2.1.3. Vantagens e Desvantagens da arbitrabilidade das relações <i>jus-administrativas</i> e <i>jus-tributárias</i>	67
2.2. Obstáculos e respectiva superação: em especial em Direito Administrativo e em Direito Tributário.....	72
2.2.1. Em especial em Direito Administrativo.....	73
2.2.2. Em especial em Direito Tributário.....	75
§ 2.º Regime jurídico da arbitragem em matéria administrativa.....	80
1. Evolução do regime jurídico da arbitragem em matéria administrativa.....	80
2. Regime jurídico da arbitragem em matéria administrativa: <i>iure conditio</i>	85
2.1. Regime da arbitragem administrativa: análise do título IX do CPTA.....	85
2.1.1. Objecto da arbitragem em matéria administrativa.....	85
2.1.2. Critério de arbitrabilidade: ainda a disponibilidade do direito (?).....	88
2.1.3. Poderes de cognição do Tribunal arbitral.....	91
2.1.4. Critério de decisão dos árbitros.....	94
2.1.5. O Tribunal arbitral.....	96
2.1.5.1. Composição e estrutura.....	96
2.1.5.2. Órgão <i>decidendi</i> : requisitos, impedimentos e deveres.....	97
2.1.5.3. Custos e encargos com o processo.....	98
2.1.6. Processo arbitral: da <i>fase preliminar</i> ao <i>processo administrativo arbitral</i> (Processo arbitral, <i>stricto sensu</i>).....	99

2.1.6.1. <i>Fase preliminar</i> do processo arbitral: da sua constituição	99
2.1.6.1.1. A participação de terceiros na constituição do Tribunal arbitral: em especial dos <i>contra-interessados</i>	100
2.1.6.1.2. Direito à outorga do compromisso arbitral	104
2.1.6.2. <i>Processo arbitral administrativo</i> : princípios e tramitação	110
2.1.6.2.1. Princípios	110
2.1.6.2.2. Tramitação	111
2.1.6.2.2.1. Em especial: da decisão arbitral	113
2.1.6.2.2.1.1. Os meios colocação em crise da decisão arbitral: do pedido de anulação e do recurso	114
2.1.7. A novidade: a modalidade de Arbitragem institucionalizada	116
2.1.7.1. Da sua autorização no CPTA e da sua configuração como um direito potestativo	117
2.1.7.2. O Centro de Arbitragem Administrativa	120
2.1.7.2.1. Breve referência ao modelo institucional	121
2.1.7.2.2. Competência territorial	123
2.1.7.2.3. Competência material	124
2.1.7.2.4. Entidades vinculadas e competência do CAAD em razão do valor	124
2.1.7.2.5. O Tribunal arbitral institucional	126
2.1.7.2.5.1. Estrutura e composição	126
2.1.7.2.5.2. Custos e encargos processuais	126
2.1.7.2.6. Processo arbitral <i>institucional</i>	128
2.1.7.2.6.1. <i>Fase Preliminar</i>	128
2.1.7.2.6.2. Processo administrativo arbitral, <i>stricto sensu</i>	129
2.1.7.2.6.2.1. Princípios	129
2.1.7.2.6.2.2. Tramitação	132

Parte III - Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo Administrativo?

§ 1.º Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária 139

1. Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária: <i>iure conditio</i>	139
------------------------------------------------------------------------------------	-----

1.1. Regime da arbitragem tributária: análise do Decreto-Lei n.º 10/2011 de 20 de Janeiro	139
1.1.1. Objecto da arbitragem em matéria tributária	139
1.1.2. Critério de arbitrabilidade.....	145
1.1.3. Poderes de cognição do tribunal arbitral e critério de decisão dos árbitros	147
1.1.4. O Tribunal arbitral.....	147
1.1.4.1. Estrutura e composição	147
1.1.4.2. Órgão <i>decidendi</i> : requisitos, impedimentos e deveres.....	148
1.1.4.3. Custos com o processo: taxa de arbitragem.....	150
1.1.5. Processo arbitral: da <i>fase preliminar ao processo tributário arbitral</i> (Processo arbitral, <i>stricto sensu</i>).....	152
1.1.5.1. <i>Fase preliminar</i> do processo arbitral: constituição do tribunal e efeitos jurídicos.....	152
1.1.5.2. <i>Processo tributário arbitral</i> : princípios e tramitação	155
1.1.5.2.1. Princípios	155
1.1.5.2.2. Tramitação.....	157
1.1.5.2.2.1. Em especial: da decisão arbitral	158
1.1.5.2.2.1.1. Os meios de colocação em crise da decisão arbitral: do recurso e da impugnação	160
1.1.6. Regime transitório.....	162
1.2. Dos diplomas avulsos que completam o RAT	162
1.2.1. Portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março.....	163
1.2.2. Regulamento de custas aprovado pelo CAAD.....	164
2. Arbitragem em Matéria Tributária no Direito Comparado: em especial a experiência dos E.U.A e da Venezuela.....	165
§ 2.º À semelhança do modelo administrativo?	169
1. Arbitragem em matéria administrativa: exemplos de um modelo a seguir	169
1.1. O critério da disponibilidade do Direito	169
1.2. O princípio geral da recorribilidade das decisões arbitrais.....	171
1.3. A novidade da <i>arbitragem institucionalizada</i>	177

1.4. O CAAD e a possibilidade de criação de outros centros de arbitragem	181
2. Arbitragem em matéria administrativa: exemplos de um modelo a não seguir	182
2.1. A inexistência de apoio judiciário: colisão com a <i>dimensão prestacional</i> do Direito Fundamental de <i>acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva</i> (?)	182
2.2. A insuficiente densificação e juridificação do processo de arbitragem: a garantia da concretização de um <i>processo equitativo</i> (?)	185
2.2.1. A excessiva remissão para a LAV e existência de regras especiais	187
2.2.2. A falta de publicidade das decisões	188
2.3. A parca clareza e insuficiente densificação de algumas disposições do regime de arbitragem em matéria administrativa: colisão com o princípio da segurança jurídica (?)	190
2.4. A não consagração de critérios de selecção dos árbitros e respectivos impedimentos: a colisão com a garantia de uma boa decisão e da imparcialidade (?)	193
2.5. O Controlo do mérito e da conveniência da actuação administrativa: colisão com o <i>Princípio da separação de poderes</i> (?)	195
2.6. O critério da equidade: uma <i>arma perigosíssima</i> (?)	198
2.7. A falta de regulamentação dos custos e encargos do Tribunal arbitral	202
3. Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo? [Sim ou não?]	203

Lista das principais abreviaturas

Ac – Acórdão

Ac's – Acórdãos

AIBAT – Associação Ibero-Americana de Direito Tributário

APA – Associação Portuguesa da Arbitragem

AR – Assembleia da República

Art. – Artigo

CE – Constituição Espanhola

CIMI – Código do Imposto Municipal Sobre Imóveis

CIRC – Código do Imposto sobre Rendimento das Pessoas Colectivas

CIRS – Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CJA – Cadernos de Justiça Administrativa

CNUDCI – Comissão das Nações Unidas do Direito sobre Comércio Internacional

Coord. – Coordenação

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CPP – Código dos Contratos Públicos

CPPT – Código Procedimento e Processo Tributário

CPTA – Código Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e fiscais

GRAL – Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária

LGT – Lei Geral Tributária

IDEFF – Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa

LPTA – Lei de Processo nos Tribunais Administrativos

MARL – Meios Alternativos de Resolução de Litígios

NDA – Novo Direito Administrativo

ONG'S – Organizações não governamentais

Org. – Organização

Proc. – Processo

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

RAT – Regime da Arbitragem Tributária
RDAI – Revue de Droit des Affaires Internationales
RJEOP – Regime Jurídico de Empreitas de Obras Públicas
RNCAI – Rede Nacional de Centros de Arbitragem Institucionalizada
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
STA – Supremo Tribunal Administrativo
STJ – Supremo Tribunal da Justiça
TC – Tribunal Constitucional
TCA- sul – Tribunal Central Administrativo do Sul
TCE – Tribunal Constitucional Espanhol
ZPO – Zivilprozessordnung;

Introdução

1. Da apresentação do tema e da delimitação do Objecto

As pessoas, sociedades, comunidades e organizações, experimentam conflitos no seu processo quotidiano de interacção. O conflito não é algo anormal, mas um facto da existência, sendo uma forma de demonstração ou confrontação de posições naturalmente diferentes. Completamente inútil, tem sido supor que o simples aumento do conhecimento da humanidade, dos meios de comunicação e da civilização, em si mesmo, seriam capazes de diminuir drasticamente os conflitos interpessoais ou intergrupais e difundir uma moderada paz à vivência do indivíduo em sociedade. É inevitável que as diferenças, nomeadamente, económicas, sociais, étnicas, religiosas, filosóficas, políticas, mantenham o antagonismo e posições divergentes e belicistas entre as gentes⁽¹⁾.

O Homem, enquanto criatura naturalmente sociável, é um ser que carece de um sistema instintivo regulador da sua conduta. Este é capaz de actos de grande generosidade e altruísmo, mas, também, capaz de actos gananciosos e centrados em si mesmo. É um ente que carece de um sentido norteador, regulador das suas condutas, que esteja em permanente abertura para o mundo e para a realidade exterior.

É o Direito, enquanto conjunto de normas gerais e abstractas, que garante à sociedade a existência de uma base determinante de condutas e reguladora de comportamentos. A possibilidade do ente humano ser atingido disciplinarmente, pela privação da sua liberdade, e de ser obrigado a compensações e sanções, por seus pares, dentro de determinados parâmetros morais, sociais e de justiça adoptados, é um imperativo da convivência em sociedade⁽²⁾.

A Humanidade, vem, assim, experimentando, através dos séculos, o desenvolvimento de formas de *auto-defesa* e de vingança, mitigando, evolutivamente, essa actividade instintiva com a prática da via reflexiva da *auto-composição* que, CARNELUTTI, inventor do termo, reconheceu como compreendendo os tipos de *desistência*, que configura a renúncia à pretensão resistida pela parte contrária, o *reconhecimento*, como a aceitação natural unilateral da procedência da pretensão manifestada pela outra parte, e a transacção representando o acordo bilateral entre as

⁽¹⁾ Vide, Garcez, José Maria Rossani, *Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos recentes*, Editora Del Rey, Lda., Belo Horizonte, 2007, pág. 3

⁽²⁾ Vide, Garcez, José Maria Rossani, *Arbitragem...* pág. 4.

partes³⁾. Estas vias de *auto-composição*, no seu desenvolvimento, além da negociação directa entre as partes, englobaram, a forma de negociação assistida na modalidade de mediação⁴⁾.

Os conflitos podem atingir grandes e agudas proporções, dependendo de métodos de assistência para a sua solução. Métodos estes, que se diversificaram e especializaram e que passaram a compreender a obtenção de uma solução para o litígio, de forma coercitiva, por meio de uma sentença judicial, proferida por um juiz integrado na estrutura judiciária do Estado e por meio de sentença a ser obtida pelo método arbitral⁵⁾.

Historicamente, o auxílio de terceiros para que as partes pudessem chegar à solução dos seus conflitos, era feito através de conselheiros e mediadores, escolhidos de entre os mais sábios, os mais experimentados, ou entre os chefes das clãs e das tribos da sociedade, passando a compreender uma fórmula mais autocrática, em que o elemento mais sábio ditava a solução para o problema, a que as partes, pela convenção arbitral, deveriam obedecer. Na concepção romana o *judex* era um jurado, isto é, uma pessoa que era chamada para julgar um caso determinado, escolhido, em princípio, pelas partes, de entre os senadores e, assim, funcionando como um *árbitro legal*, ou um simples particular, designado de *arbiter*. Esta forma de composição do conflito, autocrática, está na génese da jurisdição encapada pelo Estado e que, ainda hoje, detém o monopólio [cada vez mais descentralizado] da administração da justiça entre as pessoas.

Este método de resolução de conflitos, não pode deixar de encarar-se como uma forma embrionária de arbitragem, prévio à própria organização judicial, e que nos últimos tempos tem vindo a assumir, de novo, um papel preponderante na sociedade. Com efeito, a sociedade actual está em completa mutação e demanda novos meios de organização social e novos métodos para a satisfação das suas carências. A confiança na justiça do Estado, a par das profundas movimentações sociais, está em queda vertiginosa. Para a sociedade é certa a ruptura entre o Direito e a justiça que se pretende da administração a cargo Estado. Neste contexto, em busca da sua reconciliação, a sociedade deixa-se seduzir pelos meios de resolução de litígios, prévios à própria organização judicial, entre os quais, a arbitragem.

A verdade é que, não obstante o nosso objecto de estudo respeitar a um meio de resolução de litígios, jurisdicional, consagrado para as relações *jus-administrativas* e *jus-*

³⁾Vide, Garcez, José Maria Rossani, *Arbitragem...* pág. 4.

⁴⁾Vide, Garcez, José Maria Rossani, *Arbitragem...* pág. 4.

⁵⁾Vide, Garcez, José Maria Rossani, *Arbitragem...* pág. 4.

tributárias, parece-nos que a solução certa, passaria pela utilização de meios prévios à nascença do conflito, tal como tem sido muito utilizado, em particular, no ordenamento jurídico italiano, no domínio tributário, e onde se verificou, efectivamente, uma redução significativa dos níveis de conflitualidade. Ademais, a introdução na formação do jurista de uma unidade curricular ligada à ciência da psicologia, seria ouro modo de, por um lado, evitar a conflitualidade e, por outro lado, quando não seja possível evitar o conflito, dirimir os seus efeitos, evitando-se a sua jurisdicionalização. Uma união entre o Direito e a psicologia seria o casamento perfeito e idílico para um contributo sério na redução dos níveis de conflito, ou flexibilização dos seus efeitos. O *jurista psicólogo* auxiliaria na formação do acordo, tendo em atenção os interesses de cada uma das partes. Seria mais fácil a realização de um acordo, prévio à nascença do conflito, ou até posterior e que evitaria a jurisdicionalização do litígio. Que mais pode desejar-se, senão uma composição de interesses que satisfaça ambas as partes em pré [ou pós] conflito?

A nossa investigação limita-se ao estudo dos Tribunais arbitrais, como forma alternativa de resolução de conflitos *jus-administrativos* e *jus-tributários*, aos Tribunais administrativos e fiscais [tributários]. A questão norteadora da nossa tese é a de saber até que ponto as soluções adoptadas no modelo instituído no Direito Administrativo devem, ou não, servir de paradigma ao modelo de arbitragem instituído no Direito Tributário. Dito de outro modo, o nosso objectivo é analisar o modo como está consagrada a arbitragem no contencioso administrativo e investigar até que ponto as soluções acolhidas no modelo administrativo devem, ou não, aplicar-se à arbitragem em matéria tributária.

Ao longo do nosso trabalho, faremos algumas referências de Direito Comparado, a maioria das quais em notas de rodapé. A escolha dos ordenamentos jurídicos referenciados reside no princípio de liberdade selectiva que norteia o trabalho de investigação. Também o conjunto de Autores estrangeiros citados, maioritariamente, do ordenamento jurídico Espanhol, deve-se, por um lado, ao já referido princípio de liberdade selectiva do investigador e, por outro lado, à proximidade e laços existentes entre este ordenamento jurídico e o nosso. Além disso, a oportunidade de escutar, em algumas conferências e seminários, algumas vozes da doutrina espanhola levou-nos a traçar um caminho mais próximo daquele ordenamento jurídico, do que de outros, que do mesmo modo, contribuiriam, certamente, para um bom trabalho de investigação.

Não obstante, em especial na arbitragem em Direito Tributário, não deixaremos de fazer um ponto autónomo alusivo ao Direito Comparado. Escolhemos a experiência comparada dos

ordenamentos jurídico norte-americano e do ordenamento jurídico venezuelano. Esta experiência comparada, autónoma não é efectuada na arbitragem em matéria administrativa. Tal deve-se ao facto de a arbitragem ser uma verdadeira novidade no Direito Tributário e, com a amplitude com que foi implementada no nosso ordenamento jurídico, ser pioneira a nível internacional. Neste prisma, concedeu-se uma maior importância à análise comparada no Direito Tributário.

Finalmente, o nosso objecto de trabalho não ficaria totalmente delineado se não têssemos uma breve consideração de cariz linguístico. Esta respeito à utilização do termos Direito Fiscal/matéria fiscal e Direito Tributário/matéria tributária. Reveste grande importância embora alguma doutrina sufrague de opinião diversa delimitar o que se entende por Direito Tributário e por *matéria tributária* e o que se entende por Direito Fiscal e *matéria fiscal*. Com efeito, somos partidários de que não deve reconduzir-se o conceito de Direito Tributário ao de Direito dos Impostos ou de Direito Fiscal⁽⁶⁾. Não pode falar-se indistintamente em Direito Fiscal e em Direito Tributário e correlativamente em *matéria fiscal* e *matéria tributária*. Embora, muitas vezes, o próprio legislador não seja coerente na escolha dos conceitos, afigura-se de grande relevo proceder à delimitação dos contornos de tais matérias⁽⁷⁾. O Direito Tributário abarca todo um conjunto de tributos desde as taxas, os impostos e as contribuições especiais. Efectivamente, como refere JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, o tributo é “*toda a prestação coactiva com finalidades financeiras*”⁽⁸⁾. Nesta definição caem todas as figuras que acima referimos ao contrário do que acontece quando usamos o termo Direito Fiscal ou *matéria fiscal* que, de entre as prestações coactivas citadas, engloba apenas os impostos. Deste modo, quando dizemos que o nosso trabalho tem por objecto a arbitragem em matéria tributária queremos dizer que estudamos a possibilidade da resolução, por árbitros, das controvérsias que

⁽⁶⁾ A este respeito, veja-se Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 4.ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 2011, págs. 13 a 15; e do mesmo Autor, “Competência dos tribunais tributários, pós-modernidade jurídica e des-jurisdicionalização”, in *Revista Scientia Iuridica*, n.º 310, Abril/Junho, 2007, págs. 287 a 308, em especial, págs. 288 a 292.

⁽⁷⁾ O legislador de Lei Geral Tributária – LGT andou bem ao fazer tal delimitação de conceitos. Com efeito, no artigo 3.º daquele diploma legal o legislador sob a epígrafe “Classificação de tributos” refere expressamente no n.º 2 que “Os tributos compreendem os impostos, incluindo os aduaneiros e especiais, e outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de outras entidades públicas.” Deste modo se o legislador da LGT entendeu ser importante referir expressamente que os tributos abarcam muito mais do que a figura do imposto, não podemos reduzir o conceito de Direito Tributário e *matéria tributária* ao conceito de imposto, ou então, falar em Direito Fiscal e *matéria fiscal* de um modo de tal forma alargado que abarque, para além da figura do imposto, as taxas e demais contribuições especiais (mesmo que sejam, por lei, equiparadas a impostos). Assim, como se disse, é pertinente no âmbito do Direito Adjectivo fazer esta delimitação conceitual de forma a obtermos coerência, rigor e certeza jurídica quando queremos aplicar as leis do processo. Do mesmo pensamento se partilha quando falamos em Arbitragem no domínio tributário.

⁽⁸⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 12.

oponham a Administração Tributária e o contribuinte que tenham por base impostos, taxas ou contribuições especiais⁹.

2. Dos motivos que presidiram à escolha do nosso objecto de investigação

Delimitado o objecto do nosso trabalho cumpre-nos expor os motivos que estiveram na origem da sua escolha.

Os meios alternativos de resolução de litígios, entre os quais a arbitragem, estão a seduzir a sociedade, insatisfeita com justiça tradicional e que procura meios mais eficazes e adequados à resolução dos seus conflitos. A sedução do Estado e demais entes públicos, pelos Tribunais arbitrais, levando à própria descentralização, ou desconcentração do monopólio do Estado sobre a função jurisdicional, inquietou-nos. Questiona-se o porquê dessa ampla sedução, agora, alargando-se a arbitragem ao Direito Tributário, se este meio de resolução de litígios já é milenar. A sedução do Estado e, fazendo uso do pleonasmo, a nossa sedução pela sedução do Estado à justiça privada, levou-nos a navegar por *mares nunca* [ou pouco] *dantes navegados*.

O propósito deste tema para investigação, surge num momento em que a arbitragem em matéria tributária constava de uma mera autorização legislativa. O alvoroço da questão centrava-se em torno da admissibilidade da arbitragem às matérias tributárias. Alheia à nossa escolha não ficou a discussão na doutrina em torno da admissibilidade da arbitragem às questões de Direito Público, particularmente, no âmbito do Direito Tributário, bem como, a autorização legislativa prevista no artigo 124.º da Lei do OE 2010.

A escolha do Direito Administrativo, como elemento de comparação, deve-se à inquestionável aproximação do Direito Tributário ao Direito Administrativo. Repare-se que não se duvida da autonomia científica do Direito Tributário face ao Direito Administrativo, rejeitando-se liminarmente a ideia de aquele seja um *sub-ramo* ou um *ramo especial* deste último. Ambos os ramos do Direito Público são ciências do Direito que se dedicam à prossecução do interesse público e à satisfação das necessidades públicas. No entanto, enquadram-se em modelos e princípios de actuação próprios e característicos de cada um.

Certo é que existem factores de aproximação entre o Direito Administrativo e o Direito Tributário. Entre esses factores de aproximação salientamos a actuação dotada de *ius imperium* e a forma de actuação por actos próprios, de um lado a Administração através do acto

⁹ Não obstante, as contribuições fiscais são equiparadas a impostos nos termos do artigo 4.º n.º 3 da Lei Geral Tributária – LGT.

administrativo e, do outro lado, a Administração Tributária através do acto tributário, *stricto sensu* e dos actos administrativos em matéria tributária, embora não se invalide e se deva reforçar o pioneirismo do Direito Tributário, entre os ramos do Direito público, na introdução do conceito de relação jurídica.

Estes e outros elementos de aproximação levaram a que não raras vezes o Direito Tributário fosse um *balão de ensaio*¹⁰⁹ nas soluções jurídicas aplicáveis ao Direito Administrativo. Esta tendência que se sente quer no âmbito material, quer no âmbito processual, não pode deixar de ter em atenção as diferenças existentes entre os dois ramos do saber jurídico, mas não se deve esquecer e indagar a potencial transmissibilidade de soluções, sendo certo que “o elemento de autoridade que existe nos dois domínios, e a diminuta liberdade que os sujeitos da lei usufruem, determina a aceitação de soluções jurídicas equivalentes, ou até idênticas”¹¹¹. Com este trabalho pretende-se inverter as posições, sendo que o *balão de ensaio* será agora o Direito Administrativo.

Durante o lapso de tempo que decorreu entre a proposta de investigação, o seu desenvolvimento e respectiva conclusão foi consagrado o regime legal da arbitragem em matéria tributária. O Decreto-Lei n.º11/2011 de Janeiro veio dar consagração efectiva à referida autorização legislativa. Com efeito, a arbitragem surge primeiro no Direito Administrativo e só agora é consagrada no Direito Tributário. A questão à qual procuramos dar resposta é, então, até que ponto pode ou deve o modelo de arbitragem instituído no Direito Administrativo ser seguido em Direito Tributário.

3. Da sequência da exposição

Apresentado o tema da nossa investigação, determinada a sua finalidade e apontadas as razões que nos movem, é chegado o momento de indicar a sequência a que obedecerá o presente estudo.

O nosso discurso segue o denominado método analítico piramidal. Com efeito, partimos de uma base mais alargada, ou seja, da contextualização histórica e contemporânea da arbitragem e da respectiva noção. À medida que avançamos no nosso trabalho, eis que

¹⁰⁹ Expressão utilizada por DIOGO FEIO em Feio, Diogo, “Arbitragem Fiscal em Portugal: o início de um caminho”, in *NewsLetter DGAE (Direcção-Geral da Administração Extrajudicial)*, n.º 25, Março, 2007, págs. 29 a 33, em especial, pág. 30.

¹¹¹ Vide, Feio, Diogo, “Arbitragem...”, cit. pág. 30.

chegados à arbitragem no Direito Público. Impõe-se, agora, analisar as vozes da doutrina em torno da questão da admissibilidade da arbitragem no Direito Administrativo e no Direito Tributário. Estudado o debate doutrinário, cumpre-nos apresentar o modelo de arbitragem instituído em Direito Administrativo. Neste ponto, não podemos deixar de fazer referência a uma associação comum a ambos os ramos do saber jurídico, isto é, o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Delineado o modelo administrativo, cumpre-nos o dever de traçar o modelo de arbitragem instituído em Direito Tributário. Traçado o regime de arbitragem neste ramo do Direito Público, eis que chegamos à última estação da nossa viagem. Com efeito, coloca-se agora a questão: arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo? Quais os aspectos do modelo administrativo que foram ou devem, *iure condendo*, ser adoptados pelo modelo tributário? O modelo tributário à semelhança do modelo administrativo: sim ou não?

Em termos estruturais, a nossa tese será dividida em três partes. Cada uma das nossas partes, por sua vez, divide-se em dois parágrafos, os quais, serão decompostos em diversos pontos e subpontos.

A parte I, intitulada “*Arbitragem: da sua contextualização histórica e contemporânea à sua noção*” tem como objectivo efectuar-se uma abordagem, em termos gerais, da figura arbitragem no ordenamento jurídico português, bem como, proceder-se à sua apresentação. Tendo em atenção tais objectivos, o nosso discurso terá, nesta fase, uma componente maioritariamente expositiva. Esta opção parte do pressuposto, de que em qualquer dissertação, impõe-se uma prévia abordagem geral ao tema, uma vez que assim começa o próprio trabalho de investigação. O primeiro parágrafo intitula-se “*Da evolução histórica e da contemporaneidade da arbitragem*”, divide-se em diversos pontos e sub-pontos. Aqui, analisa-se a história da arbitragem, faz-se o seu enquadramento constitucional, determina-se a função dos árbitros e busca-se a arbitragem no seio das correntes *pós-modernas*. O segundo parágrafo, intitulado “*Da noção*”, por sua vez, decompõe-se, também, em vários pontos e sub-pontos. Neste parágrafo, pretende-se, unicamente, proceder a uma breve caracterização da arbitragem e determinar a sua natureza jurídica.

A parte II intitula-se “*A arbitrabilidade dos litígios em Direito Público: em especial em Direito Administrativo e em Direito Tributário; a referência ao modelo administrativo*”. O primeiro parágrafo tem como título “*A arbitrabilidade dos litígios em Direito Público*”. Aqui, referimos a noção de arbitrabilidade e determinamos a arbitrabilidade das relações de Direito Público, com

entes públicos. De seguida, expõe-se a discussão na doutrina em torno da admissibilidade da arbitragem, em geral em Direito administrativo e em Tributário e, depois, em especial, em cada um daqueles ramos da ciência jurídica. Analisada a arbitrabilidade das matérias do direito público, partimos para a exposição do modelo de arbitragem consagrado em Direito Administrativo, impondo-se, em especial, a referência ao CAAD e chegamos, assim, ao segundo parágrafo desta parte que se denomina “*Regime jurídico da arbitragem em matéria administrativa*”.

A Parte três do nosso trabalho intitula-se de “*Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo Administrativo?*”. O primeiro parágrafo tem como título “*Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária*” e, neste, analisa-se o regime de arbitragem em matéria tributária consagrado no nosso ordenamento jurídico. O segundo parágrafo desta parte, e último do nosso trabalho, tem como título “*À semelhança do modelo administrativo?*”. Neste parágrafo dá-se a resposta à questão norteadora do nosso trabalho de investigação: Arbitragem em matéria tributária à semelhança do modelo administrativo? [sim ou não].

Parte I

***Arbitragem: da sua contextualização histórica e contemporânea à sua
noção***

§ 1.º Da evolução histórica e da contemporaneidade da arbitragem

1. Breve referência à evolução histórica da arbitragem: em especial no ordenamento jurídico português

Na actualidade, a crescente afirmação da arbitragem enquanto meio de resolução de litígios é fruto de várias mudanças, mas que na verdade nada mais são do que um *regresso* do passado ao presente. Senão vejamos.

Já em 1878, EDUARDO ALVES DE SÁ afirmava não haver “forma mais antiga, nem mais universal”⁽¹²⁾ do que a arbitragem e, também, em pleno no século XX, RENÉ DAVID⁽¹³⁾, caracterizava a arbitragem como sendo um dos fenómenos que mais marcara aquele século.

Antes do estudo do presente, é importante fazer uma reminiscência ao passado. Temos bem assente a premissa de que para um bom entendimento da actualidade da arbitragem é importante uma noção, ainda que breve, das suas origens⁽¹⁴⁾.

No nosso ordenamento, no século XII, não há ainda vestígios de uma arbitragem propriamente dita⁽¹⁵⁾. É a partir dos finais do século XII e inícios do século XIII que é possível

⁽¹²⁾ Vide, Sá, Eduardo Alves de, *Comentário do Código de Processo Civil Português*, vol. 2, Typ. De Cristovão Augusto Rodrigues, Lisboa, 1878, cit. pág. 108.

⁽¹³⁾ Com efeito, refere o Autor que “Le développement de l'arbitrage constitue l'un des phénomènes les plus marquants de notre siècle. Le mouvement en faveur de l'arbitrage se manifeste dans tous les domaines : droit civil et droit commercial droit du travail, droit international public. Il s'agit là, par ailleurs d'un phénomène international, qui ne connaît ni les frontières des Etats ni même celles, plus incertaines, des « systèmes de droit » : l'arbitrage prospère en Angleterre, au Canada et aux Etats-Unis comme en France, en Italie et en Allemagne ; le mot d'arbitrage est de même à l'honneur dans l'Union soviétique et dans les républiques populaires, de la Pologne et la Tchécoslovaquie à la Chine” (Vide, René, David, “Arbitrage et droit comparé”, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 11, n.º1, Janvier-mars, 1959, págs. 5 a 18, em especial, cit. pág. 5)

⁽¹⁴⁾ Neste ponto seguimos Barrocas, Manuel Pereira, *Manual de arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 51 a 57. No entanto, para um maior aprofundamento da história da arbitragem em Portugal pode ler-se, entre outros, Cortez, Francisco, “A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privados”, in *O Direito*, Lisboa, 1992, págs. 365 a 587; Nogueira, José Duarte, “A Arbitragem na História do Direito Português (Subsídios) in *Revista Jurídica Lisboa*, 1996, págs. 9 a 35; Miranda, Agostinho Pereira de, Matias, Célia Ferreira, “Regresso ao futuro: apontamentos sobre a história da arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano I, 2008, págs. 26 a 31.

⁽¹⁵⁾ Refira-se que já na Antiguidade Clássica é possível encontrar referências à arbitragem na Grécia antiga. Na *Iliada* de Homero, há referências a formas de composição de litígios que podem reconduzir-se à figura arbitral. No século V antes de Cristo, Heródoto demonstra familiaridade com um sistema de arbitragem privada separada do sistema público de resolução de contendas. Os filósofos Platão, Aristóteles e Demóstenes e o historiador Plutarco mencionaram a arbitragem privada. Na Roma antiga, dada a sua importância no direito processual romano, a arbitragem é também referida por muitos autores, tais como, Cícero, Catão, Juvenal, Plauto, Plutarco, Quintiliano e Séneca. Assim, já no Direito Romano, distinguia-se entre o *arbitrium in viri*, que era efectuado por um *arbitrator* e o *arbitrium ex compromisso* efectuada por um *arbiter*. Na primeira situação, o árbitro aplicava Direito e, na segunda situação, as partes celebravam um compromisso para submeter o feito a uma arbitragem privada, na qual era possível obter uma decisão cujo cumprimento era assegurado por uma *poena*. Na alta Idade Média, a arbitragem

encontrar, em Portugal, as primeiras referências documentadas a alguma forma de arbitragem, nomeadamente, a designação aos *alvidros* e, nos estatutos municipais, a referência *avenidores* ou *convenidores* eram juizes investidos pelo poder das partes. A garantia da execução das decisões dos *avenidores* ou *convenidores* era dada através da constituição de fiadores, aspecto que evidencia o carácter privado do mecanismo arbitral naquela época. Não obstante, existem referências de uma certa ligação dos árbitros aos Tribunais ordinários, nomeadamente, no controlo da independência dos decisores e como órgãos executores das decisões arbitrais. No século XIII, a arbitragem e o poder dos *alvidros* aparece mais claramente definido na perspetiva do poder central. A regra era agora a da liberdade de as partes submeterem a árbitros qualquer tipo de litígios fossem eles cíveis ou criminais. A submissão do litígio aos árbitros dependia totalmente do acordo das partes mediante o compromisso arbitral. A escolha dos *alvidros* e o seu número, bem como, a determinação do objecto da arbitragem dependiam da vontade das partes, sendo que o tribunal ordinário a respeitava abstendo-se de conhecer o litígio.

No século XV, as Ordenações Afonsinas, embora com algumas alterações, seguiram de perto o regime da arbitragem descrito no século XIII. Era visível o apoio prestado pelos Tribunais ordinários à arbitragem, nomeadamente, obrigando as partes a comparecer perante os *alvidros* para submeter o litígio à sua decisão quer assegurando a execução da sentença. As ordenações distinguem entre os *juizes árbitros* ou *alvidros* e os *alvidradores*. Os primeiros julgavam de acordo com o Direito constituído e os segundos seguindo o critério da equidade. No século XVI, as Ordenações Manuelinas, consagraram uma arbitragem com características semelhantes às das Ordenações Afonsinas⁽¹⁶⁾. As Ordenações Filipinas recriam o texto das Ordenações Manuelinas, mantendo-se em vigor até aos alvares do liberalismo no século XIX⁽¹⁷⁾.

privada é referida por vários autores como Acúrcio, Azo, Bártolo e Baldo. Existem muitos textos que fazem a distinção entre o *arbiter* do *arbitrator* e, por outro lado, o *arbitrator* do *amicabilis compositor* ou o *amicabilis compositor* do *arbitrator ex aequo et bono*. Em finais do século IX, a arbitragem constituía uma forma comum de resolução de litígios na Constantinopla. A legislação imperial compreendia leis arbitrais aplicáveis apenas aos judeus.

⁽¹⁶⁾ Introduzindo modificações apenas ao nível da renúncia ao recurso para os tribunais ordinários que foi revogada e, ainda, a possibilidade de se repetir no tribunal de recurso a produção da prova testemunhal, no caso de haver dúvidas sobre o modo como foi prestado o depoimento perante os árbitros. Atente-se que o facto de as partes deixarem de poder renunciar aos recursos sugere uma maior intervenção do poder central e como tal uma redução da autonomia da arbitragem.

⁽¹⁷⁾ A revolução Francesa em 1789 teve um grande impacto na arbitragem. Desde logo, porque se traduziu numa afirmação do poder do cidadão perante o Estado, levando ao conseqüente aumento da importância da arbitragem face aos Tribunais judiciais. No ordenamento jurídico francês, com a Revolução foi reconhecida à arbitragem uma importância estonteante. O mecanismo assume-se como um verdadeiro meio de reacção contra o poder absoluto do rei. Este meio de resolução de litígios torna-se mesmo obrigatório em determinadas matérias.

O artigo 1º do Decret 16-24 de Agosto de 1790 traduz a importância que foi reconhecida à arbitragem na altura. Dispõe o referido preceito legal que “L’arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyen, les législateurs ne pourront faire

O primeiro Código Civil português datado de 1876, nos seus artigos 44º a 58º, dedicou um lugar próprio à arbitragem. As principais novidades deste diploma foram a livre submissão à arbitragem de todos os litígios que admitam a transacção comercial e a supressão da homologação judicial do laudo arbitral na arbitragem interna.

As leis processuais do século XX, designadamente o Código de Processo Civil de 1939 e de 1961, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 47.690 de 11 de Maio de 1967, reduziram substancialmente a função e a importância da arbitragem⁽¹⁸⁾.

A partir de 1974, procura dar-se à arbitragem um lugar próprio e independente das leis do Processo Civil. A independência do Tribunal arbitral consegue-se com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 243/84 de 17 de Julho, declarado posteriormente inconstitucional⁽¹⁹⁾ e com a entrada em vigor da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto – Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) – que veio revogar o Título I do Livro IV do Código de Processo Civil, no qual estava consagrada a arbitragem até àquele momento e que dispõe o actual regime da arbitragem no nosso ordenamento jurídico.

2. Enquadramento Constitucional dos Tribunais arbitrais

A primeira referência à arbitragem na Lei fundamental remonta à Constituição da Monarquia Portuguesa de 1822, no artigo 194.^o⁽²⁰⁾ Fazendo uma breve análise à evolução da relação da arbitragem com o texto constitucional português, verifica-se que o mecanismo teve assento Constitucional no artigo 127.^o da Carta Constitucional; no artigo 123.^o, §3 da

aucune disposition qui tendrai à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité du compromis". Também a Constituição francesa de 3 de Setembro de 1791, reforçou o poder da arbitragem estipulando no capítulo V que "le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif" (Vide, Hanotiau, Bernard, "L'Arbitrabilité", in *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer law international, The Hague, 2003, págs. 29 a 264, em especial cit. pág. 43).

⁽¹⁸⁾ Este é o período da ditadura fascista, uma era de maior centralização e reforço do poder do Estado. Neste período, diz-se que houve uma *judicialização* da arbitragem passando os Tribunais arbitrais a funcionar no Tribunal de comarca e os árbitros eram vistos como estando numa posição de quase subordinação aos juizes.

⁽¹⁹⁾ Este Decreto-Lei foi declarado inconstitucional pelo Ac do TC n.º 230/86, de 08/07/1986, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. O principal motivo pela sua declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral foi a falta de autorização legislativa para legislar sobre a matéria respeitante aos Tribunais arbitrais. O Tribunal Constitucional estabeleceu jurisprudência no sentido de que a lei reguladora dos Tribunais arbitrais voluntários teria de ser aprovada pela Assembleia da República, só podendo o governo legislar sobre esta matéria havendo a autorização daquela Assembleia. No caso deste Decreto-Lei, não houve a necessária autorização legislativa, daí a sua inconstitucionalidade.

Além disso, este diploma foi fortemente criticado quanto ao seu conteúdo (A propósito veja-se Ventura, Raul, "Convenção de Arbitragem", in *ROA*, Ano 46, Lisboa, Setembro 1986, págs. 289 a 413, em especial págs. 129 e ss.).

⁽²⁰⁾ Este estatua "Nas causas cíveis e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juizes árbitros, para as decidirem".

Constituição de 1838; no artigo 73.^o da Constituição de 1911 e no artigo 4.^o da Constituição de 1933.

No texto originário da Constituição de República Portuguesa de 1976 (CRP), não era visível uma referência expressa à arbitragem⁽²¹⁾. O mecanismo estava regulado no Código de Processo Civil e não havia uma grande preocupação em encontrar um fundamento *supra-legal* que justificasse o reconhecimento da autoridade de caso julgado, à decisão de um *juiz* particular.

Na revisão Constitucional de 1982, a CRP passa, expressamente, a admitir no artigo 211.^o, n.^o 2⁽²²⁾, a existência de Tribunais arbitrais. O legislador veio conferir assento Constitucional aos Tribunais arbitrais, passando estes a ser *verdadeiras* categorias de Tribunais⁽²³⁾ aos olhos da Constituição. Além disso, veio tornar dependente de autorização da Assembleia da República a competência para legislar em matéria de organização e competência dos Tribunais arbitrais⁽²⁴⁾.

3. Da função jurisdicional dos árbitros

A *jurisdictio* pode definir-se “como a actividade exercida por juizes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do *direito* num caso concreto”²⁵ e está “organizatoriamente associada ao **poder jurisdicional**, e é subjectivo-organicamente atribuída a titulares dotados de determinadas características (juizes)”⁽²⁶⁾.

O artigo 202.^o da CRP reserva para os Tribunais o exercício da função jurisdicional. A lei Fundamental coloca, no artigo 209.^o, n.^o 2 da CRP, os Tribunais arbitrais no conjunto das categorias de Tribunais que o nosso ordenamento jurídico pode comportar. Estes são, por isso,

⁽²¹⁾ No entanto, segundo o Parecer do Conselho Consultivo n.^o 156/76, de 6 de Janeiro de 1977 a CRP admitia a existência dos Tribunais arbitrais, nos termos previstos na lei processual civil.

⁽²²⁾ Este passou a consagrar poderem “existir tribunais administrativos e fiscais, tribunais marítimos e **tribunais arbitrais**” (negrito nosso). Corresponde actualmente ao artigo 209.^o, n.^o 2 da CRP (com a alteração introduzida pela Revisão Constitucional de 1997) que estatui poderem “existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”.

⁽²³⁾ Assim se entendeu no Ac do TC n.^o 230/86 de 08/07/1986, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁽²⁴⁾ Esta passou a constar do artigo 168.^o n.^o 1 alínea q) da CRP, actual artigo 165.^o, n.^o 1, alínea p), (alteração operada pela revisão constitucional de 1997).

⁽²⁵⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 10.^a Reimpressão, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2011, cit. pág. 661.

⁽²⁶⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...cit.* pág. 661.

verdadeiros Tribunais à luz da nossa Constituição, exercendo, os árbitros uma verdadeira e própria função jurisdicional^{(27) (28)}.

Como referem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, sem distinguir os Tribunais arbitrais, “Os **tribunais** – todos e cada um deles – são *órgãos de soberania*”⁽²⁹⁾, e “depende em boa parte da lei a própria *constituição* e criação de tribunais, não apenas de cada tribunal nas categorias complexas (...), mas também quanto a certas categorias de tribunais cuja existência é constitucionalmente facultativa, como sucede com (...) os tribunais arbitrais”⁽³⁰⁾. Sustenta, ainda, GOMES CANOTILHO, que o ““Monopólio do juiz” é geralmente entendido como monopólio da *jurisdictio* exercida pelos juizes do estado, ou seja, como reserva de **juiz estadual**”⁽³¹⁾. No entanto, a Constituição ao admitir Tribunais arbitrais “parece não afastar a ideia de reserva de

⁽²⁷⁾ Refere FRANCISCO CORTEZ que “se, por um lado, é inegável que a arbitragem tem como fundamento a vontade das partes, a autonomia privada, também não deixa de ser verdade que a sua função é jurisdicional (...). O Estado é que, reconhecendo a utilidade pública da arbitragem voluntária, quebra o monopólio do exercício da função jurisdicional pelos seus órgãos” (Vide, Cortez, Francisco, “A arbitragem...”, cit. pág. 555).

⁽²⁸⁾ A jurisprudência Constitucional tem-se encaminhado no sentido que os árbitros exercem uma função jurisdicional. Com efeito, os árbitros exercem uma função jurisdicional, na medida em que declaram o Direito da causa, ou seja, o «juiz-árbitro» desenvolve uma função jurídica pela qual declara o Direito (*jurisdictio*), se bem que não possa executá-lo, ao invés do que se passa com o «Juiz-funcionário». Sendo que «esta evidente ausência de ‘potestas’ por parte do árbitro, enquanto não representa ou encarna a organização jurídico-política do Estado, se vê compensada com a ‘auctoritas’ (...) “As decisões do árbitro são verdadeiras e próprias decisões jurisdicionais, dotadas de autoridade»” (Citação do Ac do TC n.º 52/92 de 14/03/1992, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.); veja-se ainda os Ac’s do TC 250/96 de 29/02/1996 e 506/96 de 21/03/1996, ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

Também na Sentença 62/91 de 22 de Março de 1991, do Tribunal Constitucional Espanhol se entendeu que a arbitragem constitui “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que com la jurisdicción civil”.

⁽²⁹⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II – artigos 108.º a 296.º*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, cit. pág. 547.

⁽³⁰⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, Moreira, Vital, *Constituição...*, cit pág. 547.

Refere GOMES CANOTILHO, que “Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, os Tribunais têm uma *posição jurídica* idêntica à dos outros órgãos constitucionais de soberania” (Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, cit. pág. 658), o que “não significa que a posição *jurídico-constitucional* dos tribunais não apresente especificidades relativamente aos outros órgãos de soberania sobretudo (...) quanto à caracterização do *poder de julgar*. Em primeiro lugar, os tribunais estão «sujeitos à lei», de onde deriva não propriamente uma relação de soberania (...) mas a especificidade da própria função judicial: garantia, concretização e desenvolvimento do direito (...). Em segundo lugar, a posição constitucional do juiz não é pautada pela relação de representação ou pelo *carácter de representatividade*, exigidos, em geral, para os restantes órgãos de soberania” (Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, cit. pág. 658). Não obstante outras especificidades que os Tribunais arbitrais apresentem em relação aos demais órgãos de soberania, na verdade, pelo menos o *carácter de representatividade*, estará assegurado, na medida em que são as próprias partes que *elegem* directamente os seus juizes. Ainda que muitas outras querelas se possam erguer em torno da *soberania* dos Tribunais arbitrais, o problema da legitimação do poder, ou função de julgar, pensamos que, à primeira vista, não se colocará. Em nosso entendimento, do ponto de vista teórico, será até um ponto a favor da arbitragem, em relação aos Tribunais do Estado.

⁽³¹⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, cit. pág. 671.

juiz nas vestes de *juiz arbitral* (...), desde que sejam observadas as normas constitucionais relativas às competências, procedimentos e forma de criação destes Tribunais”⁽³²⁾.

Como refere, GOMES CANOTILHO, “O Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), de 2002, confirma a tendência para alargar o espaço de reserva de juiz arbitral à resolução de litígios jurídico-administrativos”⁽³³⁾. Do mesmo modo, entendemos que também o Decreto-lei n.º 10/2011 de 20 de Janeiro, ao consagrar no nosso ordenamento jurídico um Regime de Arbitragem Tributária (RAT), veio *re-confirmar* a tendência de alargamento do espaço de reserva de juiz arbitral, agora, também, na resolução de litígios *jus-tributários*.

4. Localização da arbitragem no discurso das retóricas pós-modernas

4.1. *Pós-modernidade*: Breve enquadramento

Ultrapassaria todos os nossos esforços esboçar, neste trabalho, uma profunda densificação do sentido que comportam as expressões *modernidade* e *pós-modernidade*⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾. O nosso intuito neste ponto é bem mais modesto e busca, tão só, localizar a arbitragem no discurso das retóricas *pós-modernas*.

Qualquer investigação em Direito convoca diversas fontes de saber. Como afirma JOAQUIM FREITAS DA ROCHA⁽³⁶⁾, tais fontes situam-se não só no âmbito jurídico, mas, também, ao nível da teoria do conhecimento, da sociologia e da filosofia. Se com o estudo da sociedade se compreende algumas das soluções adoptadas no jurídico, é também pela via da filosofia

⁽³²⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...* cit. pág. 671.

⁽³³⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...* cit. pág. 671.

⁽³⁴⁾ Sobre o tema veja-se alguma da bibliografia consultada: Santos, Boaventura Sousa, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, 6ª Edição, Edições Afrontamento, Porto, 1989; “Porque é tão difícil construir uma teoria crítica?”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 59, págs. 197 a 215; “Poderá o direito ser emancipatório?”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 65, Maio de 2003, págs. 3 a 76; Frydman, Benoît, *Les Transformations du Droit Moderne: Introductions aux grands courants de la pensée juridique*, Kluwer Éditions Juridiques Belgique et E. Story-Scientia, Kouterveld 2, 1999; Benyekhlef, Karim, *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, Éditions Thémis, Montréal, 2008; Cunha, Paulo Ferreira da; Silva, Joana Aguiar e; Soares, António Lemos, *História do Direito. Do Direito Romano à Constituição Europeia*, Reimpressão da Edição de 2005, Almedina, Coimbra, 2010.

⁽³⁵⁾ Com efeito, nem no seio do discurso onde tais expressões tiveram origem, a questão é linear.

Entre nós, num estudo da história do Direito, PAULO FERREIRA DA CUNHA/JOANA AGUIAR E SILVA/ANTÓNIO LEMOS SOARES, distinguem entre *pós-modernidade* e *postmodernidade*. Dizem os Autores, “Estas correntes, que, afinal, são todas mais ou menos classificáveis com pós-modernas (mesmo sem o saberem algumas) florescem sobretudo nos países anglo-saxónicos (e quase só com a concorrência do neo-positivismo e jurisprudência analítica, com as quais, porém, contactam ao nível da linguística e afins). Sopram na Europa continental outro tipo de ventos, que correspondem a uma renovação sem corte com a tradição original, e em que, com algum entusiasmo prematuro, mas não sem a prevenção de algum cepticismo, alguns viram uma possibilidade de postmodernidade (diversa da pós-modernidade entendida com Ersatz de velhas teorias: logo, tardo-modernidade)” (Vide, Cunha, Paulo Ferreira da; Silva, Joana Aguiar e; Soares, António Lemos, *História...*, cit. pág. 87).

⁽³⁶⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...*, cit. pág. 356.

política que se constroem diferentes teorias, as quais, no fim de contas, convergem num único sentido: a busca por uma noção de justiça. O objectivo, embora louvável, não deixa, ainda assim, de ser paradoxal.

É pelo estudo de alguns dos trabalhos inseridos no domínio daqueles vectores de conhecimento, que se chega à conclusão de que nos encontramos numa fase de *transição paradigmática*. É uma fase de transição dos paradigmas construídos pela *modernidade* e, na qual, procura-se construir novos paradigmas. Esta transição é facilmente apreensível, quando olhamos à nossa volta, e detectamos que muitas das instituições tradicionais dão sintomas de estar mergulhadas numa profunda crise. É a crise do Direito, é a crise do Estado. Esta crise acontece, porque os paradigmas da modernidade deixam de conseguir renovar-se e entram na chamada *crise final*.

Diremos, então, que a expressão pós-modernidade tem sido correntemente usada no vocabulário filosófico e sociológico para designar um contexto histórico-social que se funda na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade. A questão que aqui colocamos é quais as alterações que têm ocorrido no conceito de Direito e de Estado e em que medida isso se relaciona com o *reemergir* da importância da arbitragem.

4.2. *Pós-modernidade*: Transformações no Direito e arbitragem

Na óptica das correntes *pós-modernas*, o Direito da modernidade caracteriza-se como sendo um racionalizador da ordem social, de origem predominantemente estatal. A crítica centra essencialmente o seu discurso no carácter limitado do Direito enquanto fenómeno regulador dos problemas sociais, económicos e políticos. O fracasso do projecto da modernidade ficará a dever-se ao domínio do *conhecimento emancipação* pelo *conhecimento regulação*⁽³⁷⁾. A sociedade é que deve organizar o Direito e não o contrário⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ No *conhecimento emancipação*, ignorado pela modernidade, conhecer é reconhecer, é elevar o outro à categoria de sujeito. A ignorância reside no colonialismo, em que o outro é concebido como um objecto e não reconhecido como sujeito. A proposta que a pós-modernidade, menos conservadora, na linha de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, deixa ao Direito: procurar reinventar a tensão entre regulação social e emancipação social (Vide, Santos, Boaventura Sousa, "Poderá...", em especial, págs. 70 a 72)

⁽³⁸⁾ No centro da crítica está a crescente juridificação e a redução do Direito a um mero conjunto de esquemas racionais. É um período em que algumas correntes filosóficas, na linha de RICHARD RORTY, negam a mente enquanto *espelho da natureza* e, de um modo ainda mais radical, algumas abandonam a procura de revitalização da modernidade, assente na razão imperatriz, preconizada pela *Teoria Crítica* dos fundadores da Escola de Frankfurt e retomada, mais tarde, pelo projecto de revisão das concepções de racionalidade e de democracia de JURGEN HABERMAS (Vide, Vieira, Mónica de Brito; "Jurgen Habermas: Uma Teoria discursiva na Democracia", in *Pensamento Político Contemporâneo: Uma Introdução*, org. João Carlos Espada, João Cardoso Rosas, Editora Bertrand, Chiado, 2004, págs. 323 a 345; Monteiro

Verifica-se o emergir, no universo jurídico, de um Direito, cada vez mais, *reflexivo*³⁹⁾, *auto-limitado* pelo estabelecimento de processos de informação e de mecanismos limitativos de interferências entre os diferentes *sub-sistemas* da sociedade. Uma concepção monista do Direito está hoje ultrapassada, pois o Estado deixa de ser a fonte exclusiva. O Direito começa a ser produto da acção de vários actores sociais, primeiro, num plano *supra-estadual*, resultante da globalização e, segundo, num plano *infra-estadual* em resultado do aumento de mecanismos de *auto-regulação*⁴⁰⁾. As ideias que lhes estão subjacentes são a da libertação dos vários sectores da vida de uma regulamentação racional, o acolhimento de regras *extralegais* e de *equivalentes funcionais do Direito* e a transformação do *Direito racional* num *Direito reflexivo*.

Em alguns estudos de Direito contemporâneo é reiterado o vocábulo *crise* na descrição do seu estado actual. O Direito, esgotado na construção racional da modernidade, começa a ser substituído, refere DIOGO LEITE DE CAMPOS⁴¹⁾, por direitos individuais opostos, embora conciliáveis e com um sentido e um conteúdo muito dependente do caso em concreto.

Parece, assim, assistir-se ao progressivo amanhecer de um Direito, cada vez mais, construído com base em modelos *espontâneos* e *emocionalmente* regulativos. Os critérios racionais parecem ceder o seu lugar a critérios puramente *emocionais*⁴²⁾. Um dos principais factores negativos do que acabamos de referir é a crescente produção normativa, tornando o

Nuno Peres, "Richard Rorty: Liberalismo Pragmático", in *Pensamento Político Contemporâneo: Uma Introdução*, org. João Carlos Espada, João Cardoso Rosas, Editora Bertrand, Chiado, 2004, págs. 346 a 370; Santos, Boaventura, dos, "Porque..."

³⁹⁾ Sobre as refracções do movimento do pós-modernismo no Direito Constitucional leia-se, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, Almedina, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 9 a 21; em especial no Direito Tributário veja-se Rocha, Joaquim Freitas, *Licções...* págs. 386 e 387; "Competência..." págs. 292 a 308, em especial 292 e 293; do mesmo Autor, em relação ao ordenamento normativo em geral, veja-se Constituição, *ordenamento e conflitos normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

⁴⁰⁾ Tais mecanismos são visíveis, por exemplo, em algumas associações e ordens profissionais e em negociações colectivas de trabalho.

⁴¹⁾ Segundo DIOGO LEITE DE CAMPOS, situamo-nos numa era em que o "O indivíduo aparece como o "único" actor social, pronto assumir-se como o "único" autor de si próprio e dos outros. Dotado de uma vontade limitada e não limitável – sobretudo pela norma geral e abstracta, prévia à sua vontade" (Vide, Campos, Diogo Leite de, "A arbitragem voluntária, jurisdição típica do Estado-dos-Direitos e dos-cidadãos", separata da obra *A Evolução do Direito no século XXI. Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnold Wald*, Almedina, Coimbra, 2007, cit. pág. 44).

⁴²⁾ Neste sentido, JOAQUIM FREITAS ROCHA ao referir que "... consegue-se sem esforço reparar que muitas tomadas de decisão normativa são menos motivadas por critérios lógicos e racionais e mais por critérios de "emotividade", "medo", ou análogos. Basta pensar nas subidas ou descidas das taxas dos impostos antes ou depois dos períodos eleitorais ou na realização de determinadas despesas pública em consequência das reivindicações dos grupos de pressão e das represálias que estes possam levar a cabo. Do mesmo modo, se podem incluir aqui as leis a pedido de determinado grupo. Em todos estes casos, pode-se estar em presença de medidas que, do ponto de vista lógico, seriam desaconselháveis, mas que do ponto de vista emotivo, são fortemente aconselháveis. O Direito pós-moderno pretende chamar a atenção exactamente para isso: a norma é cada vez menos – na sua perspectiva, claro – uma ordenação racional dos poderes e da vida em sociedade" (Vide, Rocha, Joaquim Freitas, *Licções...* cit. pág. 357, em especial, nota de rodapé n.º 668.)

Direito uma *substância* cada vez mais *descartável* e de mera *funcionalização*, culminando num crescimento excepcional dos níveis litigação e conseqüente aumento do número de pendências judiciais⁽⁴³⁾. As instituições jurisdicionais, típicas do Estado Moderno, têm-se mostrado insuficientes para uma resposta eficaz aos problemas oriundos do Direito desta fase de *transição paradigmática*.

A arbitragem encontra, assim, um espaço próprio por onde pode começar a raiar. Com efeito, face aos crescentes níveis de litigação, que se tornam absolutamente inoportáveis para o sistema de justiça tradicional, os Tribunais arbitrais têm vindo a assumir-se como uma verdadeira alternativa para os cidadãos resolverem os seus litígios. Paralelamente, assiste-se à emergência de um Direito Público, *maxime* do Direito Administrativo e do Direito Tributário, que tendente para a *reflexividade* e moderador da actuação da Administração Pública estritamente vinculada, permite que os seus raios se vão progressivamente alargando àqueles novos territórios⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ PAULO FERREIRA DA CUNHA/JOANA AGUIAR E SILVA/ANTÓNIO LEMOS SOARES responsabilizam a forte produção normativa pela crise que se evidencia no Direito hodierno. Com efeito, referem aqueles autores que “Grande parte da grande crise do Direito actual decorre do congestionamento de tarefas, e do curto-circuito entre as funções para que foi concebido e “programado” e aqueles que hoje é chamado a cumprir. (...). O Direito corrente tornou-se numa técnica, entre outras, de remover essa pedra sem o incómodo (e relativo risco) de ter de dar-lhe pessoalmente um pontapé. (...). Não se pode, insistimos, dissociar este fenómeno de funcionalização do Direito das ilusões (...) de mobilização social ascendente largamente difundidas entre as massas (...), da aceleração do ritmo da vida moderna (...), e, conseqüentemente, do aumento excepcional da conflitualidade, sempre potencialmente litigiosa, judicial. (...). Ora, como o sistema imperante ao nível político tende a espelhar e a devolver quase sem deformações os inputs “da sociedade civil” em matéria jurídica (...) quase se não pode escapar a que, com os freios e contrapesos próprios da clarividência dos governantes e legisladores, e da lentidão ou prudência da burocracia, a produção hodierna de Direito vá acompanhando, no substantivo e no adjectivo, as exigências sociais. Ou o que se julgue que sejam. Mas a distância entre o reclamado e o necessário existe, muitas vezes, e os governantes devem de forma esclarecida e não eleitoralista fazer o que se deve e não o que rende popularidade.” (Vide, Cunha, Paulo Ferreira, Silva, Joana Aguiar e, Soares, António Lemos, *História...* cit. págs. 76,77 e 78).

Este fenómeno, na expressão de JOSÉ FRANCISCO DE FARIA DA COSTA, citado por CASALTA NABAIS, conduz a um verdadeiro totalitarismo do Direito que “tem conduzido, no que à acção dos tribunais diz respeito, a níveis de litigação e conseqüente volume de pendências judiciais absolutamente inoportáveis para o sistema” (Vide, Nabais, José Casalta, “Reflexão breve sobre a introdução da arbitragem tributária”, in *Mais justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 83 a 102, em especial, cit. pág. 88).

⁽⁴⁴⁾ Com efeito, quer o Direito Administrativo, quer o Direito Tributário, demonstram sintomas deste Direito da *pós-modernidade*.

A respeito do Direito Tributário, podemos retirar alguns desses elementos do discurso do Professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA. Refere o Autor que as abordagens pós-modernas do Direito são “significativas da ideia de um Direito *desracionalizado*, *descentrado* e *desestadualizado* (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 387). Em especial, a respeito da introdução de mecanismos de resolução de litígios no domínio tributário, apresenta-nos algumas manifestações pós-modernas no Direito Tributário, nomeadamente, ao nível do *princípio da indisponibilidade*, referindo “Na sua pureza e leitura categórica, trata-se de um princípio que exige o absoluto afastamento da vontade dos sujeitos da relação tributária (...) da possibilidade de conformação do conteúdo do respectivo objecto (...). Contudo, a análise normativa — seja em termos doutrinários, seja em termos de Direito positivo comparado — demonstra que na realidade as coisas já não se passam assim, admitindo-se que, em situações de conflitualidade valorativa relevante, se possa (na nossa perspectiva: se *deva*) proceder a uma *praktische Konkordanz* tendente a encontrar uma solução harmonizatória adequada” (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, “Competência... cit. pág. 295) e ao nível do *princípio da verdade material exacta*, referindo que “em lugar de se perseguir a todo o custo uma capacidade contributiva real e efectiva, por

Em suma, como refere KARIM BENYEKHFLEF⁽⁴⁵⁾, “Se font jour alors de nouvelles régulations qui ne corresponde plus vraiment au modèle heuristique du droit moderne et aux catégories habituelles de droit publique (administratif)”, sendo que isso se repercute, “dans trois champs: la gestions de l’appareil de d’État, les **règlements des différends** et la réglementation” (negrito nosso).

4.3. *Pós-modernidade*: Transformações no Estado e arbitragem

A modernidade centra o seu discurso em torno da razão e do Estado, os quais, terão sido os dois principais pilares daquele período histórico-social. Se a razão, como vimos, parece vir a ceder perante impulsos *emocionalmente regulativos*, também não é menos verdade que o paradigma tradicional de Estado⁽⁴⁶⁾ tem vindo a sofrer profundas alterações.

Na modernidade, o modelo de Estado, pouco a pouco, foi-se impondo como o centro de toda a organização política. O Estado foi progressivamente alargando o seu monopólio, sendo que a sua esfera de intervenção foi crescendo até ao advento do *Estado Providência*. Este modelo de Estado entra, contudo, em crise, em finais do Século XX, devido a factores

meio de uma administração odiosa ancorada numa excessiva ideia bipolar de soberania e sujeição 18, talvez se afigure mais adequado assegurar uma tributação baseada numa capacidade contributiva aproximada, porventura mais consentânea com a realidade dos ordenamentos actuais, aceitando-se que a verdade material ceda perante uma verdade formal pactuada (...). Neste quadro de quase impossibilidade de comprovação analítica dos dados empíricos, a investigação unilateral por parte da administração tributária, deve ser substituída pela cooperação entre esta e os contribuintes, formalizada pela celebração de acordos (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, “Competência...”, cit. págs 299 e 300).

No Direito Administrativo, é possível aferir algumas destas características do discurso de VIEIRA DE ANDRADE, referindo-se a um *Novo Direito Administrativo* que a doutrina tem caracterizado da seguinte forma: a) privatização (material, formal, instrumental e funcional) da actividade administrativa e o conseqüente uso misto do Direito Público e do Direito Privado; b) europeização e internacionalização do Direito Administrativo; c) economicização do Direito Administrativo, através da aplicação dos princípios da eficiência e da sustentabilidade, que propõe uma nova organização e gestão administrativa, caracterizada por novos métodos de interpretação e de avaliação das normas jurídicas, orientado para os resultados; d) cooperação coordenada (local, regional, nacional e europeia) baseada numa conectividade multi-nível das actuações administrativas horizontal e vertical; e) desmaterialização ou digitalização dos procedimentos, da informação e da comunicação nas relações com os particulares; f) deslegalização e rarefacção jurídica dos padrões normativos da actividade administrativa, num quando de policentralidade normativa e de centrifugação organizativa e social, que visa definição de políticas públicas nacionais e a execução ou co-implementação de políticas comunitárias designadamente no campo social e económico (Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pág. 25).

⁽⁴⁵⁾ Vide, Benyekhlef, Karim, Une *possible...*, cit. pág. 16.

⁽⁴⁶⁾ No sentido definido por CLARA CALHEIROS, que tomando o conceito trabalhado entre nós por FREITAS DO AMARAL e na sequência das reflexões de MARCELO CAETANO, define o Estado moderno como sendo “ a comunidade constituída por um **povo** que, afim de realizar o bem-estar, se assenhoreia de um **território** e nele institui, por autoridade própria, o **poder** de dirigir o destinos nacionais e de impor as normas necessárias à vida colectiva” (negrito nosso); (Vide, Calheiros, Clara, “Do Estado: história e conceitos” in *Teoria do Estado Contemporâneo*, org. Paulo Ferreira da Cunha, n.º de edição 2741, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2003, págs. 9 a 23, em especial, cit. págs. 14 e 15).

ideológicos, económicos e político, conduzindo a uma reavaliação do lugar que o Estado deve ocupar na sociedade contemporânea⁽⁴⁷⁾.

O fenómeno da mundialização será responsável por levantar a questão da própria pertinência de um modelo de Estado⁽⁴⁸⁾. A internacionalização leva ao desenvolvimento de multinacionais e a uma homogeneização dos valores e estilos de vida. Descentralização e desconcentração são, assim, palavras de ordem no discurso das retóricas pós-modernas.

Segundo BOAVENTURA DOS SANTOS⁽⁴⁹⁾, todas as teorias sobre Estado, até à actualidade, tornaram-se obsoletas face ao declínio do poder regulador. A *despolitização* do Estado e a *destatização* da regulação social estão a dar origem a uma nova forma de organização política que sob o mesmo nome – Estado – é articulada pelo próprio Estado e composta por um conjunto híbrido de fluxos, de redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos *estatais* e *não-estatais*⁽⁵⁰⁾, levando a uma transformação da soberania. Para travar aquilo a que chama de um verdadeiro *fascismo social*, o Autor apela, por um lado, à existência de uma nova lógica de *democracia redistributiva* que englobe tanto a acção estatal com a não estatal, reconstituindo-se uma nova esfera pública e à constituição de um *Estado Experimental* que permita a coesão entre as antigas instituições do Estado Moderno e as novas instituições que vão emergindo neste novo período histórico-social.

Todas as transformações que vêm ocorrendo no modelo de Estado tradicional acabam por afectar toda a sua organização política económica e social. A arbitragem pode encarar-se como uma instituição privilegiada neste novo modo de posicionamento do Estado. Com efeito, se, por um lado, a globalização e a internacionalização vieram alterar a organização política e social dos Estados⁽⁵¹⁾, por outro lado, no âmbito das relações internacionais, a arbitragem tem

⁽⁴⁷⁾ Sobre o assunto, veja-se Garcia-Huidobro, Joaquín, “A reconstituição do Estado” in *Teoria do Estado Contemporâneo org.* Paulo Ferreira da Cunha, n.º de edição 2741, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2003, págs. 59 a 90.

⁽⁴⁸⁾ Alguns Autores defendem a ideia de que se a sociedade internacional coexiste sem a existência de um modelo central de *Estado Internacional*, do mesmo modo, em espaços territorialmente definidos a sociedade poderá coexistir sem um centro com aquele modelo. Tal posição pode aferir-se em Pires, Edmundo Balsemão, *A sociedade sem centro: diferenciação funcional e unidade política da sociedade: a partir da obra de N. Luhmann*, Editora Autonomia 27, Lisboa, 2004.

⁽⁴⁹⁾ Vide, Santos, Boaventura de Sousa, “Poderá... em especial págs. 64 a 70.

⁽⁵⁰⁾ A mundialização é responsável pela diminuição das liberdades do Estado, quer devido ao emergir de novos actores económicos, quer devido à constituição de outras entidades, como as ONG'S. Assiste-se, por um lado, a uma progressiva regionalização e, por outro lado, ao desenvolvimento de entidades *supra-nacionais*. Todo este movimento é responsável por retirar ao Estado grande parte das suas funções tradicionais, entre as quais, o poder de regulação. Na sua função social o Estado está agora obrigado a manter-se numa lógica de parceria com outros actores sociais, pelo que as políticas de privatização e de desregulamentação marcam a ordem do dia.

⁽⁵¹⁾ Com efeito, assiste-se hoje em dia a tomadas de decisão internas que em muito são determinadas por recomendações vindas do exterior. Veja-se por exemplo, a Recomendação (86) 12 do Comité de Ministros do Conselho da Europa que sugere aos países membros a

sido o meio de resolução de litígios preferencial. É pelo sucesso que lhe vem sendo atribuído na economia e no comércio internacional que muitas das empresas internas começaram a demonstrar interesse em adoptar o mecanismo arbitral na resolução dos seus conflitos. De facto, no comércio internacional a arbitragem apresenta-se como um meio de resolver conflitos internacionais entre Estados Soberanos, entre empresas e entidades privadas em geral e entre um Estado soberano e empresas privadas estrangeiras investidoras nesses Estado⁽⁵²⁾.

A crescente parceria do Estado com os novos actores sociais *infra e supra estaduais* acabou por alargar-se progressivamente à administração da justiça. Se o Estado tem vindo a aceitar a colaboração, alguns casos até substituição, de novos actores sociais nas suas funções sociais e de regulação, não espanta que faça o mesmo com a função jurisdicional. Parece que é a comunidade que vai tomando conta de si, não restando outra alternativa ao Estado que não seja retirar-se lenta e progressivamente, apenas permanecendo com um órgão central *fiscalizador*.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁽⁵³⁾ alerta para os perigos da emergência de um novo tipo de fascismo: o *fascismo social*. No caso da arbitragem esse novo tipo de fascismo poderá conduzir ao domínio da justiça por grupos sociais mais favorecidos. Torna-se, portanto, necessário encarar o mecanismo com alguma cautela e não deixar cegar-se pelo brilho ilusório de algumas das suas vantagens, principalmente, quando nos situamos no domínio de matérias que contendem com o interesse público, como é o caso dos ramos do Direito objecto de estudo neste trabalho.

adopção de medidas de fomento da arbitragem e de meios que completem a via jurisdicional, tendentes a constituir uma via alternativa mais acessível e eficaz aos meios comuns.

Repare-se, mais recentemente, que no Memorando da Troika a arbitragem em matéria tributária é colocada como uma prioridade no conjunto de medidas a adoptar pelo Governo (Vide, ponto 3.35 (iii) do memorando).

⁽⁵²⁾ Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem...* págs. 61 a 63.

⁽⁵³⁾ Vide, Santos, Boaventura de Sousa, "Poderá...", em especial págs. 14 e ss.

§ 2.º Da noção

1. Conceito

Actualmente não existe, no universo jurídico, um conceito universal de arbitragem⁽⁵⁴⁾. Não obstante, é comumente aceite que a arbitragem é um mecanismo que tem como *última ração* a resolução de litígios.

Segundo FRANCISCO CORTEZ o mecanismo arbitral é “uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio”⁽⁵⁵⁾.

Para MANUEL PEREIRA BARROCAS a arbitragem “*constitui um modo de resolução dos litígios entre duas ou mais partes, efectuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuído por convenções das partes*”⁽⁵⁶⁾. O Autor sustenta que a arbitragem não se reduz a um simples procedimento metodológico que tem como mera finalidade a obtenção de um determinado resultado. É bem mais do que isso, é “um modo, sob um ponto de vista funcional e procedimental, de satisfazer a finalidade para que existe: resolver litígios”⁽⁵⁷⁾. O conceito proposto por MANUEL PEREIRA BARROCAS exclui a *arbitragem necessária*, pois, segundo argumenta o Autor, a mesma não constitui uma verdadeira arbitragem⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ Sobre o conceito de arbitragem, veja-se Fouchard; Gaillard; Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Edited by Emmanuel Gaillard e John Savage, Kluwer Law Arbitration, The Hague, The Netherlands, 1999, em especial, págs. 9 a 11 (veja-se as referências dos autores).

⁽⁵⁵⁾ Vide, Cortez, Francisco, “A arbitragem...”, cit. págs.366 a 368

⁽⁵⁶⁾ Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...*, cit. pág. 31.

⁽⁵⁷⁾ Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...*cit. pág. 31, nota de rodapé 1.

⁽⁵⁸⁾ Não pretendemos discutir neste trabalho a natureza da chamada *arbitragem necessária*, pois a maioria da doutrina portuguesa tem feito referência e aceite a existência destas duas modalidades arbitragem.

Ainda assim, gostaríamos de referir que sendo a arbitragem entendida como um mecanismo alternativo aos Tribunais comuns para a resolução dos litígios é curioso que a mesma possa ser imposta por lei, pois, ao sê-lo, deixa de ser uma verdadeira alternativa para as partes e impõe-se como uma verdadeira obrigação. O elemento histórico permite-nos chegar a essa conclusão. Se a arbitragem, nas suas origens, teve sempre como pressuposto a autonomia da vontade das partes, é estranho que se chame *arbitragem* a um mecanismo que tem origem legal e que não pressupõe qualquer acto de vontade. No entanto, a modalidade tem consagração legal expressa no artigo 1.º n.º 1 da LAV, pelo que não deixaremos de fazer-lhe referência.

No estrangeiro, ALEJANDRO HUERGO LORGA, sustenta que “Ante la tendencia habitual a la utilización impropria del término «arbitraje», hay recordar que uno dos seus requisitos imprescindibles es su carácter voluntario” (Vide, Lora, Alejandro Huergo, “El Arbitraje en el Derecho Administrativo”, in *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, org. Silvia Barono Vilar, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 273 a 275, em especial notas de rodapé n.º 1 e 2).

Também GOMES CANOTILHO refere que “A Constituição dá cobertura à criação de tribunais arbitrais (art. 209.º, n.º 2), entendendo-se que esta norma abrange os tribunais arbitrais voluntários (...), discutindo-se apenas a legitimidade constitucional de tribunais arbitrais necessários”⁽⁵⁹⁾.

Em especial no Direito Administrativo⁽⁶⁰⁾, JOÃO CAUPERS define a arbitragem como “uma técnica de solução de conflitos *hetero-compositiva*, pois exige a intervenção de um terceiro; *convencional* porque tem fundamento num acordo firmado entre as partes; *formalizada*, porque pressupõe a escolha de procedimentos pré-determinados que hão-de ser seguidos pelos árbitros e pelas partes; e uma técnica *quási-judicial*, que garante uma solução obrigatória para as partes, uma vez que os árbitros são verdadeiros juizes, embora não façam parte da justiça do Estado e sejam escolhidos pelas partes⁽⁶¹⁾. Por sua vez, JOSÉ LUÍS ESQUIVEL descreve a arbitragem como “um meio de resolução de litígios fora dos quadros dos tribunais que integram a justiça oficial ou dos tribunais do Estado (...). Na arbitragem, as partes em litígio, em vez de se dirigirem a estes últimos tribunais, submetem o litígio à apreciação de terceiros (os árbitros), os quais, por força da lei, actuam, como um verdadeiro tribunal, tendo as respectivas decisões a natureza de sentença, com força de caso julgado”⁽⁶²⁾.

Em especial, no Direito Tributário⁽⁶³⁾, DIOGO LEITE DE CAMPOS diz-nos que “o processo arbitral é dotado necessariamente de um carácter voluntário, do acordo de as partes se submeterem a ele, acordo que pode ser anterior ou posterior ao nascimento do conflito”⁽⁶⁴⁾, acrescentando que “a arbitragem é equiparável ao processo judicial, à resolução da questão por

⁽⁵⁹⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...* cit. pág. 671.

Parece-nos, aliás, justificar-se a discussão sobre a legitimidade constitucional dos Tribunais arbitrais necessários. A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem-se, contudo, pronunciado no sentido de admitir a sua constitucionalidade (vejam-se os Ac's do TC n.º 32/87 de 28/01/1987, n.º 33/88 de 02/02/1988 e n.º 52/92 de 14/03/1992, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt)

⁽⁶⁰⁾ Tem-se entendido, com razão, que “as fontes de Direito Processual Administrativo, não apresentam qualquer definição específica neste domínio” (Vide Esquivel, José Luís, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2004, cit. pág. 116) pelo que poderá afirmar-se que os aspectos básicos que se apontam à figura no seio do Direito Privado, são exactamente os mesmos a que doutrina administrativa recorre para descrever a figura no Direito Administrativo.

⁽⁶¹⁾ Vide, Caupers, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª Edição, Âncora Editora, Lisboa, 2009, cit. pág. 544.

⁽⁶²⁾ Vide, Esquivel, José Luís, *Os Contratos...*, cit. págs. 75 e 76.

⁽⁶³⁾ A maior parte dos estudos que consultamos sobre a arbitragem em Direito Tributário não avançam com um conceito específico de arbitragem em matéria tributária, quando consultamos alguns estudos sobre o tema, o meio de resolução de litígios, no essencial, comporta, tal como no Direito Administrativo, as mesmas características do que a arbitragem estudada no Direito Privado. Embora o termo de comparação seja mais amplo no Direito Administrativo, ramo no qual se têm desenvolvido mais estudos sobre a matéria, sempre poderemos concluir que também as fontes de *Direito Processual Tributário*, não apresentam uma definição específica neste domínio, sendo que os aspectos básicos que se apontam à figura no seio do Direito Privado, serão em tudo semelhantes aos se apontam à mesma no Direito Tributário.

⁽⁶⁴⁾ Vide, Campos, Diogo Leite de, *A Arbitragem Tributária: “A Centralidade da Pessoa”*, Almedina, Coimbra, 2010, cit. pág. 55.

juízes do Estado”⁽⁶⁵⁾. No ordenamento jurídico vizinho, em termos aproximados, PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA descreve a arbitragem como “una técnica, a través de la cual, dos partes, que se encuentran enfrentadas sobre una misma cuestión presente o futura, deciden, de mutuo acuerdo, someter su resolución a un tercero – denominado árbitro –, obligándose ambas a acatar la decisión emitida por este último”⁽⁶⁶⁾.

Os conceitos apresentados permitem-nos, de um modo geral, identificar as principais características do mecanismo arbitral. Este apresenta-se como um meio de resolução de litígios, alternativo aos Tribunais do Estado, constituindo, portanto, um meio extrajudicial de resolução de conflitos. É um método que requer a intervenção de um terceiro imparcial, isto é, de um *juiz árbitro*, para solucionar o litígio. A decisão arbitral, por força da lei, produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo juiz tradicional, pelo que tem força de caso julgado⁽⁶⁷⁾. Sempre se poderá concluir, tomando as palavras de JOÃO LOPES DOS REIS que “A arbitragem não é *proceso especial*, mas um verdadeiro *proceso alternativo de resolución de litígios*”⁽⁶⁸⁾.

2. Distinção de figuras afins

2.1. Arbitragem e os restantes meios alternativos de resolução de litígios (MARL): enquadramento geral

O conceito de Meios Alternativos de Resolução de Litígios (MARL), para efeito do presente trabalho, deve entender-se num sentido amplo, pois compreende todos os meios de resolução de litígios de modo alternativo aos Tribunais do Estado⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁵⁾ Vide, Campos, Diogo Leite de, *A Arbitragem Tributária...* cit. pág. 55.

⁽⁶⁶⁾ Vide, Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje en el Ordenamiento Tributario Español: Una Propuesta*, Marcial Pons, Madrid, 2005, cit. pág. 29.

⁽⁶⁷⁾ A propósito da natureza jurídica da decisão arbitral defende MANUEL PEREIRA BARROCAS que aquela “tem inquestionavelmente a natureza jurídica de uma sentença”, pelo que “dado o seu carácter vinculativo para as partes, não pode ser equiparada no que de mais essencial ela tem, ao mero laudo pericial, que não é vinculativo mas apenas opinativo.” (Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* cit. págs. 426 e 427)

⁽⁶⁸⁾ Vide, Reis, João Luís Lopes dos, *Representação forense e arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, cit. pág. 122.

⁽⁶⁹⁾ Com efeito, a expressão MARL ou RAL tem também sido usada em dois sentidos mais restritos e divergentes entre si.

Num primeiro sentido para significar um conjunto de meios alternativos a uma resolução contenciosa de litígios e, nesta medida, alternativos quer aos Tribunais, quer à arbitragem. A este propósito, faz sentido considerarem-se as palavras de JOÃO LOPES DOS REIS, quando sustenta que a arbitragem constitui um processo alternativo de resolução de litígios, no entanto, a característica da alternatividade é visível quando se coloca o mecanismo como uma opção face à jurisdição dos Tribunais comuns, pois, em bom rigor, a arbitragem, em constante evolução, é também, cada vez mais, um verdadeiro *proceso de litigação*, tal como o processo tradicional (Vide, Reis, João Luís Lopes dos, *Representação...*, pág. 123, em especial nota de rodapé n.º 238 e os Autores citados).

Num segundo sentido para significar “toda e qualquer forma que permita a resolução de conflitos sem o recurso ao sistema de justiça tradicional, através da intervenção de um terceiro, imparcial e neutro, estranho ao conflito, cujo papel e grau de ingerência na produção

A arbitragem não é o único meio alternativo de resolução de litígios que o nosso ordenamento jurídico comporta, embora, surja, inúmeras vezes, indistintamente ligada às siglas MARL ou, mais frequentemente, RAL (Resolução Alternativa de Litígios)⁽⁷⁰⁾. Com efeito, quer no Direito Administrativo, quer no Direito Tributário, existem outras formas de resolução de litígios alternativas aos Tribunais da justiça oficial, as quais, não se resumem à arbitragem, figura, com a qual, não se devem, de modo algum, confundir⁽⁷¹⁾.

Poderá classificar-se os diferentes meios de resolução alternativa de litígios de acordo com três tipologias diferentes⁽⁷²⁾. Numa primeira tipologia, deverá distinguir-se entre mecanismos de *auto-composição* de interesses⁽⁷³⁾, nos quais, a solução do litígio decorre da vontade das partes e mecanismos de *hetero-composição* de interesses, nos quais, a solução do litígio é imposta por um terceiro. Numa segunda tipologia, poderá distinguir-se entre mecanismos que visam impedir o nascimento do litígio, isto é, mecanismos de *prevenção* e mecanismos que visam sanar o litígio, ou seja, mecanismos *sucessivos* de composição do litígio. Numa terceira

do resultado final difere em função do procedimento em causa” (Vide, Oliveira, Maria da Conceição, “Mediação e Arbitragem no Roteiro da “Boa Administração” in *Mais justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 59 a 77, em especial, cit. pág. 66).

⁽⁷⁰⁾ Para um estudo mais aprofundado sobre a utilização dos MARL, veja-se Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* págs. 64 e ss.

⁽⁷¹⁾ Ainda que não seja um MARL, não se deve confundir a arbitragem com a figura do arbitramento.

O arbitramento pode analisar-se sob dois sentidos. Num primeiro sentido o arbitramento poderá ser considerado um mero meio de prova. Ou seja, o arbitramento neste primeiro sentido será aquilo que vulgarmente se chama de “peritagem”, “perícia”, ou “prova pericial”, em que se requer a um terceiro “perito”, um parecer técnico sobre determinados factos que podem ser determinantes para a resolução de um determinado conflito (Para uma distinção entre arbitragem e arbitramento, neste primeiro sentido, pode ver-se o Ac. do Tribunal de relação do Porto (TRP) de 27/05/1993, proc. n.º 0310984 e, mais recente o Ac. do TRP de 29/11/2010, proc. n.º 850/08.OTBPVZ.P1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt). Num segundo sentido, o arbitramento é também uma técnica mas que visa o preenchimento por terceiros de determinados elementos relativos a um negócio jurídico. Esta distinção coloca-se a propósito do n.º3 do artigo 1.º da LAV que permite as partes considerarem abrangidas pelo conceito de litígio, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estão na base da convenção de arbitragem. Segundo JOÃO LOPES DOS REIS a diferenciação entre arbitragem e arbitramento assume-se como verdadeiramente “melindrosa”, sendo que tudo dependerá se o terceiro exerce um poder jurisdicional, ou se limita a pronunciar uma “decisão qualificada, técnica ou pericial (neste caso, o arbitramento constitui perícia contratual), ou meramente equilibrada e sensata, que preencha o espaço de um declaração negocial” que as partes, pura e simplesmente, não sabem, não podem, ou, ainda, não querem emitir. Segundo o Autor, este é, no fundo, um acto complementar do negócio que é celebrado entre as partes (Vide, Reis, João Luís Lopes dos, *Representação...* cit. págs. 93 e 94).

⁽⁷²⁾ Seguindo a classificação proposta por Moreno, Juan Rosa, *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 21 a 23 e seguida, no nosso ordenamento jurídico, por JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, em Esquível, José Luís, *Os Contratos...* pág. 82.

⁽⁷³⁾ Meios de *auto-composição*, na medida em que pressupõe o fim do conflito entre as partes através do acordo de vontades ou do sacrifício ou renúncia de uma das partes, ou seja, sem a imposição coerciva da vontade de uma delas (Vide, Bolado, Roberto O. Bustillo, *Convenios Y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional Del Procedimiento*, 3.ª Edição, Thomson Reuters, 2010..., pág. 198).

Refira-se, ainda, que quando nos referimos a meios de *auto-composição* de interesses estamos a referir-nos a meios de resolução de litígios que apelam a si o Direito, são, portanto meios que se distinguem de formas sociológicas de composição de conflitos, prévias à intervenção do Direito.

tipologia, deverá distinguir-se entre mecanismos *filtro* que se destinam a evitar que o litígio seja afecto a mecanismos de *hetero-composição* e mecanismos *complementares* que se caracterizam por resolver um litígio de modo semelhante, mas alternativo aos Tribunais estaduais.

A arbitragem, de acordo com a primeira tipologia, deverá classificar-se como um mecanismo de *hetero-composição*, pois requer a intervenção de um terceiro, encarregue da resolução do litígio, cuja decisão terá força vinculativa. Em função da segunda tipologia, poderá agrupar-se entre os meios *sucessivos*, pois é chamada a actuar perante um litígio já existente e de acordo com a terceira tipologia a arbitragem é claramente um meio *complementar* de resolução de litígios.

2.2. MARL: Em especial em Direito Administrativo

Além do mecanismo arbitral, podem identificar-se outros meios alternativos de resolução de litígios em matéria administrativa⁽⁷⁴⁾.

Com efeito, as impugnações administrativas⁽⁷⁵⁾, nomeadamente, as reclamações e os recursos, são, desde sempre, um meio aos dispor dos cidadãos para resolverem os seus litígios com a Administração. De acordo com as tipologias *supra* apresentadas, podem classificar-se como mecanismos de *auto-composição* do litígio⁽⁷⁶⁾, *sucessivos*, pois visam compor um litígio já

⁽⁷⁴⁾ Não é um MARL no sentido referido, no entanto, deverá distinguir-se, ainda, da arbitragem a *actividade administrativa arbitral*.

A *actividade administrativa arbitral* é uma expressão utilizada por RÁMON PARADA para significar toda a actividade que a Administração realiza quando é chamada a decidir litígios entre particulares sobre direitos de natureza privada ou de natureza administrativa (Vide, Parada, Ramón, *Derecho Administrativo I: Parte General*, 17.ª Edição, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 510 e ss; "Arbitraje Y Derecho Administrativo. La Actividade Arbitral de la Administración", in *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 0, Escola Galega e Administración Pública, Santiago de Compostela, 1992, págs. 13 a 43).

Alguns Autores falam a este respeito em *procedimentos triangulares* para colocar em relevo que o conflito de interesses subjacente ao procedimento administrativo não é tanto entre a Administração e um particular, mas entre particulares, actuando a Administração como um árbitro ao decidir o conflito entre um e outro (A este respeito, Montalvo, Rafael Fernández; Gamello, Pilar Teso; Laso, Ángel Arozamena, *El Arbitraje: Ensayo de Alternativa Limitada Al Recurso Contencioso-Administrativo*, org. Consejo General del Poder Judicial, Lerko Print, S.A., Madrid, 2004, pág. 35, em especial, Autor citado na nota de rodapé n.º 41). Estamos, por exemplo, perante casos em que a entidade administrativa, porque as suas atribuições implicam uma maior aproximação a determinados sectores da actividade económica, exercem uma efectiva resolução de conflitos entre particulares, distinguindo-se, pois, da arbitragem que é objecto do nosso estudo.

⁽⁷⁵⁾ Da lição de VIEIRA DE ANDRADE poderá aferir-se outro critério distintivo. Com efeito, segundo o Autor "A reclamação e os recursos administrativos (...) não pertencem ao âmbito da justiça administrativa, porque a resolução da controvérsia não é jurisdicional e não cabe a um tribunal", pelo que, deste modo, também se distinguem da arbitragem que integra a dimensão funcional da justiça administrativa (Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa - Lições*, 11.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, cit. pág. 74).

⁽⁷⁶⁾ Hoje, meios de *auto-composição* na medida em que o recurso aos meios de impugnação administrativa suspendem o prazo de impugnação contenciosa, nos termos do artigo 59.º n.º 4 do CPTA, pelo que a decisão (que cabe à Administração Pública) nunca será forçada, na medida em que o cidadão poderá, ainda, recorrer aos Tribunais (aqui incluindo-se os arbitrais). Se o cidadão aceitar a decisão, quer lhe seja

existente, e de filtragem, na medida em que pretendem evitar uma composição *hetero-compositiva* do litígio⁽⁷⁷⁾.

A conciliação⁽⁷⁸⁾ é um meio não jurisdicional⁽⁷⁹⁾ de *auto-composição* de interesses, na medida em que a solução do litígio depende, em última instância, da vontade das partes, embora, haja a intervenção de um terceiro *conciliador*. Este último tem o poder de formular recomendações ou sugestões visando unicamente uma aproximação das partes. É um meio *sucessivo* de composição do litígio e poderá funcionar como um *filtro* à composição *hetero-compositiva* do litígio⁽⁸⁰⁾.

A mediação apresenta, em tudo, características muito semelhantes às da conciliação e nem sempre a doutrina e o legislador distinguem ambas as figuras⁽⁸¹⁾. Optamos, contudo, por fazer uma diferenciação utilizando como critério distintivo o poder de intervenção do terceiro *mediador*⁽⁸²⁾. Com efeito, na mediação, este último, não se limita a tentar aproximar as partes,

favorável, ou não, não haverá directamente um acordo de vontades, no entanto, estamos perante um sacrifício ou renúncia de uma das partes, sem a existência de uma imposição coerciva.

Além disso, aquilo que VIEIRA DE ANDRADE chama de “impugnações administrativas prévias necessárias”, estão actualmente reduzidos aos casos determinados expressamente na lei, pelo que a decisão em recorrer aos mesmos, grande parte das vezes, é uma opção voluntária do cidadão. Dai, também, o seu carácter alternativo na resolução de litígios *jus-administrativos* (Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A justiça...* cit. pág. 75, nota de rodapé n.º 120).

⁽⁷⁷⁾ Sobre a importância do papel de *filtragem* no recurso aos meios jurisdicionais das impugnações administrativas, veja-se Oliveira, António Cândido de, “Resolução alternativa de litígios: as impugnações administrativas”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 113 a 120)

Dada a insuficiência que o meios tradicionais de impugnação têm tido no papel de *filtro*, o Professor propõe a necessidade de uma “impugnação refundada”, através da “institucionalização de comissões ou órgãos constituídos por membros qualificados no aspecto jurídico (ainda que não só neste aspecto) a funcionar junto dos ministérios, das autarquias locais ou dos institutos públicos, com competência para uma apreciação, em primeira linha, das impugnações, dando sobre elas um parecer não vinculativo” (Vide, Oliveira, António Cândido, “Resolução...”, cit. pág. 118).

⁽⁷⁸⁾ A este propósito, refira-se o anteprojecto das comissões de conciliação administrativa, cuja ideia subjacente à sua criação era o descongestionamento dos Tribunais administrativos, sobrecarregados com a litigância da função pública.

⁽⁷⁹⁾ Tal como o artigo 202.º, n.º 4 da CRP prevê.

⁽⁸⁰⁾ Hoje o artigo 187.º do CPTA prevê que os Centros de Arbitragem, criados ao abrigo deste artigo, possam exercer funções de conciliação no âmbito de procedimento administrativo.

⁽⁸¹⁾ Com efeito, nem sempre é feita esta distinção, quer ao nível da Lei, quer no seio da própria doutrina que, muitas vezes, utiliza os termos indistintamente. Por exemplo, JOÃO MARTINS CLARO, ao referir-se ao projecto de conciliação administrativa referindo a este como “uma forma de mediação” (Vide, Claro, João Martins, “A arbitragem no anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, in *CJA*, n.º 22, Julho/Agosto, 2000, págs. 83 a 87, em especial, cit. pág. 84).

⁽⁸²⁾ No entanto tem todo o interesse a referência à posição adoptada por CÁTIA CEBOLA, que estabelece outro critério distintivo entre a conciliação e a mediação. Com efeito sustenta a Autora “A nossa postura decanta-se a favor da consideração da conciliação como um mecanismo mais afecto ao processo e, pelo contrário, da mediação como método não processual. Assim, o termo conciliação deverá limitar-se à tentativa de resolução do conflito por acordo levada a cabo no âmbito de um processo jurisdicional, administrativo ou arbitral, seja pelo *decidendi* responsável pelo mesmo, seja por terceiro com uma conexão directa ao processo, como sejam (...) os advogados ou procuradores das partes. Esta posição justifica que os advogados possam tentar obter acordo com a parte contrária e, frustrada esta possibilidade, sigam a via judicial, o

dispondo do poder de apresentar propostas (não vinculativas) para uma solução concreta do litígio⁽⁸³⁾.

A transacção pode definir-se como o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões⁽⁸⁴⁾. Poderá classificar-se como um meio de *auto-composição* de interesses, uma vez que cabe às partes decidir a medida de cada uma das suas concessões. Pode funcionar como um mecanismo *preventivo* de um futuro litígio, ou então, como um meio *sucessivo* de composição de um conflito. Deste modo, poderá, ainda, funcionar como um verdadeiro mecanismo de filtragem quando evite o recurso aos meios de *hetero-composição* de interesses, ou então, já no decurso de um processo jurisdicional⁽⁸⁵⁾.

2.3. MARL: Em especial em Direito Tributário

Tal como em matéria administrativa, é possível identificar-se outros meios de resolução alternativa de litígios em matéria tributária.

Além das impugnações administrativas ou procedimentos impugnatórios de segundo grau⁽⁸⁶⁾, nomeadamente, o recurso hierárquico⁽⁸⁷⁾ e a reclamação graciosa⁽⁸⁸⁾, da conciliação⁽⁸⁹⁾, da

que nunca se verificará na mediação (...) se o mediador não lograr a obtenção de acordo em sede de mediação, a sua intervenção termina, não podendo inclusivamente ser testemunha num futuro processo judicial ou arbitral sobre os factos narrados durante as sessões a que presidiu” (Vide, Cebola, Cátia Marques, *A Mediação: Um novo instrumento da Administração da Justiça para a resolução de conflitos*, Tese de Doutoramento Europeu da Autora, realizada sob a orientação de Fernando Martin Diz, Tradução do resumo e das conclusões para português, Universidade de Salamanca, Faculdade de Direito, 2011, por gentil cedência da Autora, a Exma. Doutora Cátia Cebola Marques, cit. pág. 22).

⁸³ Tal como a conciliação o artigo 187.º do CPTA prevê a criação de Centros de Arbitragem que possam exercer as funções de mediação, no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa. A este propósito, refira-se, tal como na conciliação, a importância do papel do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Sobre a mediação e a importância do CADD na promoção deste meio de resolução de litígios veja-se Oliveira, Maria da Conceição, “Mediação...”, págs. 70 a 71.

⁸⁴ Vide, artigo 1248º do CC.

⁸⁵ Sobre a transacção Administrativa no Direito Administrativo português, veja-se Esquível, José Luís, *Os Contratos...* págs. 92 a 107.

⁸⁶ Em especial, deve distinguir-se a arbitragem do procedimento de revisão da matéria tributável fixada por métodos indirectos, previsto nos artigos 91.º a 94.º da Lei Geral Tributária (LGT). Embora também tenha como objectivo a solução de um conflito de pretensões, mediante o recurso a peritos, deve distinguir-se do processo de arbitragem.

Não obstante, alguma doutrina tende a entender que estamos, neste procedimento, perante “a solução de um litígio em tudo idêntica à que é alcançável em sede de processo arbitral” (Vide, Nabais, José Casalta, “Reflexão...”, cit. pág. 94). Entendimento, com o qual não se concorda.

O pedido de revisão da matéria tributável fixado por métodos indirectos é um procedimento impugnatório em que se visa questionar graciosamente o acto de fixação da matéria colectável, quando fixada com recurso a métodos indirectos de avaliação. Em termos muito breves e gerais, caracteriza-se como um procedimento que assenta num debate contraditório entre um perito indicado pelo contribuinte e outro perito da Administração Tributária, conduzido por este último, podendo eventualmente contar com a participação de um perito independente, e que tem como objectivo o estabelecimento de um acordo quanto ao valor da matéria tributável a considerar para efeitos de liquidação. Este pedido pode ter como fundamento, nomeadamente, a errónea quantificação da matéria colectável ou a não verificação dos pressupostos de determinação indirecta, sendo, nestes casos, um meio prévio necessário à impugnação judicial, prevista no artigo 117.º do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT). Esta sumária caracterização do procedimento permite-nos, desde logo, aferir os seus principais traços distintivos do processo de arbitragem:

mediação⁽⁹⁰⁾ e da transacção⁽⁹¹⁾ que poderá acontecer, quer no âmbito do procedimento tributário⁽⁹²⁾ – em que se vise a fixação de determinados valores patrimoniais para servir de base à tributação, ou se proceda à redução⁽⁹³⁾, conversão, suspensão da eficácia ou revogação de um acto tributário ou administrativo em matéria tributária –, quer após o procedimento tributário, antes do processo jurisdicional, ou já no decorrer do mesmo⁽⁹⁴⁾, devem distinguir-se da arbitragem as *avenças tributárias*.

-
- (i) Não é, pelo menos quando necessário, um meio *alternativo* de resolução de litígios, no sentido por nós acolhido, porque não se traduz numa verdadeira alternativa, contrariamente à arbitragem; ainda que assim se entenda ou se uma adopte um outro entendimento em relação ao conceito de MARL seria sempre, contrariamente à arbitragem, um mecanismo de *auto-composição de interesses* na medida em que visa um acordo entre o contribuinte e a Administração Tributária, sendo certo que na falta desse acordo, será o órgão competente para a fixação da matéria tributável que decidirá de acordo com o seu prudente juízo e havendo acordo, verificar-se-á uma vinculação bilateral, não podendo, por um lado, a Administração Tributária liquidar o tributo com base em valor diferente e, por outro lado, o contribuinte impugnar a futura liquidação com base na ilegalidade da avaliação indirecta; seria, ainda, um mecanismo de *filtragem* aos meios de *hetero-composição* do litígio;
 - (ii) É um procedimento administrativo que, na falta de acordo, culmina com uma decisão administrativa, ao contrário do processo de arbitragem que finda com uma *decisão jurisdicional*;
 - (iii) Sem com ela, obviamente, se confundir tende a aproximar-se da figura do arbitramento, no sentido de *peritagem*, pela qual se requer aos terceiros *peritos* um parecer técnico sobre determinados factos, do qual poderá, contudo, resultar um acordo entre os peritos, sendo certo que a própria LGT fala sempre em “peritos” e não em árbitros.

Em suma e ainda que na sua estrutura e *modus operandi* se aproxime do processo de arbitragem, os efeitos da decisão que decorrem do procedimento de revisão da matéria tributável com base em métodos indirectos afastam-no claramente da arbitragem que é, além do mais, um processo jurisdicional e não um procedimento administrativo.

⁽⁸⁷⁾ Vide, artigos 66.º e 67.º ambos do CPPT.

⁽⁸⁸⁾ Vide artigos 69.º e ss do CPPT.

⁽⁸⁹⁾ A respeito da criação de comissões de conciliação no domínio das matérias de Direito Tributário, veja-se o Protocolo assinado entre o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Centro de Arbitragem Administrativa no qual se prevê a criação, sob a directa responsabilidade do CAAD, de uma rede estruturada de comissões de conciliação, mediação e consulta que poderão ter competência só em matéria administrativa ou em matéria administrativa e tributária, de acordo com o seu regulamento interno e, cuja área de competência territorial, será definida de acordo com aquele regulamento, a qual deverá ser sempre igual à da competência de um Tribunal administrativo e tributário de 1.ª ou de 2.ª instância. Para tal, estudarão em conjunto e proporão ao Ministério da Justiça as alterações regulamentares ou legislativas necessárias para que fique consagrada a intervenção das referidas comissões também na fase judicial e na área tributária, clarificando os diferentes efeitos do acordo, nomeadamente, a renúncia à via graciosa ou contenciosa, se o acordo for obtido numa fase pré-judicial, ou a extinção da instância se o acordo for obtido já numa fase judicial.

⁽⁹⁰⁾ A respeito da criação de comissões de mediação, veja-se a nossa nota de rodapé anterior.

⁽⁹¹⁾ Sobre as transacções fiscais poderá ler-se Nabais, José Casalta, *Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, págs. 108 a 115.

⁽⁹²⁾ Vide, artigos 156.º, III e 171.º do *Código Tributário Nacional* Brasileiro. Ainda que o *Código Tributário Nacional* Brasileiro preveja a possibilidade de uma lei autorizar a transacção como forma de terminar os litígios *jus tributários*, tal autorização tem-se mostrado carente de efectividade na prática. Actualmente existe, contudo, um anteprojecto de lei que estabelece um conjunto de regras gerais sobre a transacção administrativa e também judicial de litígios tributários

⁽⁹³⁾ Por exemplo, os Compromises previstos no *Internal Revenue Code* Norte-americano, title 26, sub-title F, chapter 74, § 7122.

⁽⁹⁴⁾ Por exemplo, em Itália a *Conciliazione Giudiziale*, prevista no *Decreto legislativo n.º 218* de 19 de junho de 1997. Não obstante a semelhança com o termo conciliação, a verdade é que o acordo entre a Administração Tributária e o contribuinte alcança-se sem que haja a

Estas podem definir-se como “esquemas previstos legalmente mediante os quais se procede à determinação *antecipada* e *global* do objecto de tributação. Este objecto, entendido amplamente, tanto poderá ser a matéria colectável, como a colecta, como o conteúdo das obrigações acessórias”⁽⁹⁵⁾, cujo objectivo será, assim, o de estabelecer alguma segurança jurídica e financeira na esfera das partes.

De acordo com as tipologias por nós *supra* referidas, estas poderão funcionar como meios de *auto-composição* de interesses, *preventivos* do surgimento do litígio, e como mecanismos de *filtragem* ao recurso a meios de *hetero-composição de interesses*⁽⁹⁶⁾. Seguindo as *Lições* do professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA⁽⁹⁷⁾ poderá distinguir-se entre:

- i) *As avenças fiscais stricto sensu*, que consistem em “acordos prévios celebrados entre o credor tributário e um *determinado contribuinte em particular*, tendo por referência um ou mais períodos de tributação”⁽⁹⁸⁾, nos quais se fixa o sentido de alguns conceitos indeterminados, rendimentos, valores patrimoniais, despesas ou o conteúdo de uma ou mais obrigações⁽⁹⁹⁾;

intervenção de um terceiro conciliador (a este respeito, veja-se, Aucejo, Eva Audrés, Aucejo, Eva Audrés, *La Resolución Alternativa de Conflictos Tributarios en Itália*, Instituto de Estudos Fiscales, Madrid, 2008, págs. 97 a 110).

⁽⁹⁵⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 392 e 393.

⁽⁹⁶⁾ Ainda que adoptando um conceito mais restrito de avença, enquanto “acordo entre o contribuinte e a Administração fiscal” que visa a determinação da matéria colectável, e classificando-a como um verdadeiro contrato fiscal, JOSÉ CASALTA NABAIS adopta uma posição contrária à nossa referindo que a sua “causa-função não é prevenir (...) um litígio, mas obviar às dificuldades que a tributação analítica envolveria para a Administração fiscal e atender à comodidade e economia que um tal mecanismo proporciona ao respectivo contribuinte” (Vide, Nabais, José Casalta, *Contratos...* págs. 105 a 108, em especial, cit. págs. 105 e 108).

⁽⁹⁷⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* págs. 392 a 395.

⁽⁹⁸⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 393.

⁽⁹⁹⁾ Exemplos destes tipos de acordos são os *Closing agreements* previstos no *Internal Revenue Code* Norte-americano, title 26, sub-title F, chapter 74, § 7121; as *Voraussetzung der verbindlichen Zusage* previstas na *Abgabenordnung* alemã, § 204; em Itália, o *accertamento con adesione* previsto no *Decreto legislativo n.º 218 de 19 de Junho de 1997*, não obstante a discussão na doutrina italiana em relação à sua natureza jurídica unilateral, bilateral ou eclética (a este respeito, veja-se, Aucejo, Eva Audrés, *La Resolución...*, págs. 56 a 59); e as *actas con acuerdo*, previstas na *Ley General Tributaria Española*, artigo 155.º (Sobre os meios de resolução alternativa de litígios referidos, num estudo de Direito Comparado e, em especial, no ordenamento jurídico espanhol, veja-se Lapatza, Ferreiro; González Luis Alonso; Aucejo, Eva Audrés; Fernández, Blanca Bosch; Chuecos, Montserrat Casanellas; García, Francisco Cañal; Frias, Ángeles García; Novoa, César García; Rozas, José Andrés; Albalat, Susana Sartorio; Tovillas, José M^a; Martín, Sonia; Pardo, Luisa Esteve; Lucas, Cristian Oliver; Lobenhoffer, Martin; Fernández-Grande, Rafael Olañeta; Paz, María Olay de; Galtés Joan Pagés; Ferrer, Esteban Quintana; Mora, Vicente Royuela, *La Justicia Tributaria en España. Informe sobre las relaciones entre la Administración y los contribuyentes y la resolución de conflictos entre ellos*, Edición Marcial Pons, Madrid, 2005; em especial, sobre as *actas con acuerdo*, veja-se Serrano, M^a Luisa González-Cuellar Serrano, “Las Actas de Conformidad y Las Actas con Acuerdo en la Nueva Ley General Tributaria” in *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, org. Eusebio González García Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 463 a 481)

- ii) As *convenções colectivas fiscais* ou *convénios fiscais*⁽¹⁰⁰⁾ que são acordos prévios, celebrados entre o credor tributário e um determinado conjunto de contribuintes, isto é, trata-se de um pacto “entre o credor tributário e vários devedores, num grupo mais ou menos alargado e representados em corpos diversos, tendo por base um critério de representatividade profissional (...), geográfica (...), social (...), empresarial (...) ou outros”⁽¹⁰¹⁾ em que se fixa, por exemplo, a base tributável durante um determinado período de tributação⁽¹⁰²⁾ ou fazem-se campanhas de sensibilização ou estudos planeados e direccionados para um determinado sector económico⁽¹⁰³⁾.

3. Tipos de arbitragem

3.1. Arbitragem voluntária e arbitragem necessária

A arbitragem tem sido distinguida como podendo ser voluntária ou *necessária*. A aceitação desta última como uma verdadeira modalidade de arbitragem é, porém, questionável, bem como, a sua Constitucionalidade⁽¹⁰⁴⁾. Contudo, ainda que o nosso estudo se cinja à modalidade de arbitragem voluntária, interessa distinguir ambas as modalidades.

A arbitragem diz-se voluntária quando as partes podem escolher entre recorrer à via tradicional ou à arbitragem. Essa escolha apenas dependerá da sua vontade em subtrair, ou não, determinado conflito de pretensões aos Tribunais da justiça oficial. Uma vez feita a opção pelo Tribunal arbitral, as partes ficam obrigatoriamente limitadas àquela escolha, não podendo recorrer aos Tribunais Estaduais, sob pena de preterição do Tribunal arbitral⁽¹⁰⁵⁾. A arbitragem necessária é um tipo de arbitragem imposta por lei. As partes não têm opção, pois, determinado litígio, por força da lei, deve obrigatoriamente ser submetido à jurisdição arbitral⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Distinguindo os convénios fiscais das avenças fiscais e classificando ambos os meios como contratos fiscais, veja-se Nabais, José Casalta, *Contratos...* págs. 115 a 117.

⁽¹⁰¹⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 394.

⁽¹⁰²⁾ Por exemplo em Itália, *La pianificazione fiscale concordata ou accertamento con adesione di massa* prevista na *Lei n.º 311 de 30 de Dezembro de 2004*.

⁽¹⁰³⁾ Por exemplo a *colaboración social* prevista no artigo 92.º da *Ley General Tributaria* Espanhola.

⁽¹⁰⁴⁾ Veja-se, a nossa parte I, § 2.º, ponto 1, em especial, notas de rodapé n.º 58 e 59.

⁽¹⁰⁵⁾ Neste sentido, Varela, Antunes, Bezerra, J.Miguel, Nora, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 303; Pinheiro, Luís lima, *Arbitragem transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 88 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Exemplos de arbitragem necessária no Direito Português são: o artigo 28.º da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto (Lei da Televisão); os artigos 364.º e 374.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro (Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas); o artigo

A lei n.º 36/86 de 29 de Agosto, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003 de 8 de Março, é o diploma que regulamenta actualmente a arbitragem voluntária em Portugal⁽¹⁰⁷⁾. O legislador optou por não consagrar um conceito legal de arbitragem voluntária. Do diploma, na sua generalidade, somente retiramos algumas das principais características do mecanismo. Primeiro, o reconhecimento de que a arbitragem voluntária assenta na autonomia privada, ou seja, é nela que se funda a constituição e o funcionamento do Tribunal arbitral⁽¹⁰⁸⁾. Segundo, e ainda relacionado com o princípio da autonomia privada, limita-se a intervenção do Tribunal estadual ao estritamente necessário. Por último, a eficácia jurisdicional da intervenção é independente da intervenção do órgão estatal, embora, na falta de cumprimento voluntário da decisão arbitral, ela careça da intervenção do Tribunal de primeira instância⁽¹⁰⁹⁾.

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA⁽¹¹⁰⁾ apontam como principais características dos Tribunais arbitrais voluntários as seguintes: primeiro o facto de se formarem, normalmente, *ad hoc* para o julgamento de determinado litígio, esgotando-se nessa tarefa, o que não impede a existência de Tribunais arbitrais permanentes; segundo, são formados por iniciativa das partes;

221.º, n.º 4, do Código de Direitos de Autor; o artigo 59.º, n.º 6, do Código da Propriedade Industrial; os artigos 38.º e 42.º e ss do Código das Expropriações; os artigos 510.º e 511.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

⁽¹⁰⁷⁾ A necessidade de uma elaboração ou reformulação da LAV tem sido bastante discutida nos últimos tempos. Sobre a questão, entre outros, pode ler-se Silva, Paula Costa e; Pina, Miguel Esperança; Gouveia, Rita; Miranda, Agostinho Pereira de; Fontes, Tito Arantes; Pimentel, João; Casanova, Nuno Salazar; Pereira, Frederico Gonçalves; Monteiro, Nuno Libano, "Lei da Arbitragem Voluntária em Debate", in // *Colecção de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, coord. António Teixeira Duarte, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Fevereiro de 2008, págs. 28 a 57; Pinheiro, Luís de Lima, "Tópicos para uma reforma da Lei Portuguesa da Arbitragem Voluntária", in // *Colecção de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Fevereiro de 2008, págs. 69 a 78.

Com efeito, dando voz aos apelos da doutrina que se dedica ao tema foi apresentado pelo antigo Governo à Assembleia da República a Proposta de Lei 48/XI para aprovação de uma nova Lei de Arbitragem Voluntária. Não obstante, com a dissolução da Assembleia da República, a proposta acabou por caducar sem ter entrado em vigor uma nova Lei. Para uma leitura geral das críticas apontadas à proposta de Lei apresentada pelo antigo Governo em detrimento da proposta apresentada pela Associação Portuguesa da Arbitragem (APA) consulte-se o sítio da internet <http://arbitragem.pt/noticias/index.php>.

Actualmente, sabe-se, que em 22 de Setembro de 2011, foi divulgada no site da Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 22/XII do novo Governo que visa a aprovação da nova Lei de Arbitragem Voluntária, em consonância com a proposta apresentada pela APA (Para maiores desenvolvimentos consulte-se o já referido sítio da internet da APA (<http://arbitragem.pt/noticias/index.php>)).

⁽¹⁰⁸⁾ A vontade das partes em cometer o litígio a arbitragem manifesta-se na convenção de arbitragem. Sob a epígrafe "Convenção de arbitragem", dispõe o artigo 1.º n.º 2 da LAV que "A convenção de arbitragem pode ter por objeto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)".

Como refere LUIS LIMA PINHEIRO "O **acordo das partes** em submeter a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis a arbitragem constitui a convenção de arbitragem." (negrito nosso) (Vide, Pinheiro, Luís Lima, "Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)" in *ROA*, Vol. I e II, Ano 64, Novembro 2004, texto disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos>, com último acesso em 10/10/2010, cit. da Introdução.

⁽¹⁰⁹⁾ Sob a epígrafe "Execução da decisão" dispõe o artigo 30.º da LAV que "A execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1ª instância, nos termos da lei de processo civil."

⁽¹¹⁰⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição...* págs. 543 e ss.

terceiro, não têm competência própria, julgando litígios que caberiam na competência normal dos Tribunais estaduais; finalmente, em quarto lugar, os árbitros são leigos escolhidos segundo certas regras estabelecidas na lei.

Em suma, sempre se poderá concluir que a arbitragem voluntária:

- (i) Consiste num meio de resolver litígios com eficácia jurisdicional;
- (ii) Tem origem numa convenção das partes, mediante a qual, confiam a árbitros, por si escolhidos ou designados nos termos da lei, a resolução de um ou mais conflitos que existam ou possam vir a existir entre si;
- (iii) Normalmente, com carácter ocasional, embora se admita a criação de centros permanentes de arbitragem.

3.2. Arbitragem *ad hoc* e arbitragem *institucionalizada*

Na arbitragem *ad hoc*, o Tribunal arbitral é constituído por um árbitro ou árbitros escolhido ou escolhidos pelas partes e funciona segundo as regras por elas estabelecidas ou, na falta de acordo, estipuladas pelo árbitro ou árbitros, consoante estejamos perante um Tribunal singular ou colectivo, respectivamente. Neste tipo de arbitragem não existe a intervenção de nenhuma instituição com carácter permanente. Como refere FRANCISCO CORTEZ “uma arbitragem será *ad hoc* quando o tribunal arbitral é constituído e o respectivo processo arbitral definido e se desenvolve sem a intervenção ou apoio de qualquer centro ou entidade permanente”⁽¹¹¹⁾.

Na arbitragem institucionalizada⁽¹¹²⁾, o Tribunal arbitral constitui-se sob a égide de uma instituição com carácter permanente e com uma regulamentação própria aplicável ao processo arbitral. FRANCISCO CORTEZ diz-nos que uma arbitragem será institucional quando “for organizada sob a égide de uma instituição permanente, com um regulamento próprio que se aplica ao processo arbitral, que normalmente intervém, quer para suprir a falta de acordo das partes na designação dos árbitros, quer na prestação de apoio logístico ao desenvolvimento do processo, recebendo como contrapartida o pagamento pelas partes de uma taxa variável segundo o valor da causa”⁽¹¹³⁾. A arbitragem institucional, para o Direito Privado, vem consagrada

⁽¹¹¹⁾ Vide, Cortez, Francisco, “A arbitragem...”, cit. pág. 367.

⁽¹¹²⁾ A arbitragem institucionalizada está legalmente prevista no artigo 38º da LAV. Sob a epígrafe “Arbitragem institucionalizada” dispõe este artigo que “O Governo definirá, mediante decreto-lei, o regime da outorga de competência a determinadas entidades para realizarem arbitragens voluntárias institucionalizadas, com especificação, em cada caso concreto, do carácter especializado ou geral de tais arbitragens, bem como as regras de reapreciação e eventual revogação das autorizações concedidas, quando tal se justifique.”

⁽¹¹³⁾ Vide, Cortez, Francisco, “A arbitragem...”, cit. pág. 367.

no nosso ordenamento jurídico no artigo 38º da LAV⁽¹¹⁴⁾, sendo que a instituição arbitral com carácter de permanência terá de possuir competência outorgada pelo Ministério da Justiça⁽¹¹⁵⁾.

3.3. Arbitragem de Direito e arbitragem de equidade

Esta é uma distinção que tem por base os critérios adoptados pelo árbitro na resolução do litígio. Com efeito, o critério norteador das decisões do árbitro tanto poderá ser a equidade como o Direito constituído⁽¹¹⁶⁾.

Na arbitragem de Direito, os árbitros decidem o litígio com base nas referências normativas legalmente aplicáveis, ou seja, os *juízes árbitros* interpretam a lei e aplicam normas jurídicas de modo semelhante aos juízes que integram a justiça oficial do Estado. No que respeita à decisão segundo a equidade, é controverso o que se deva entender por uma decisão exclusivamente com base nesse critério norteador. Com efeito, a expressão resolução de um litígio com base em critérios de equidade, comporta uma pluralidade significativa, cuja análise se relega para momento posterior nesta dissertação.

3.4. Arbitragem interna e arbitragem internacional

Tomando por referência a distinção feita por FRANCISCO CORTEZ⁽¹¹⁷⁾, diremos que a arbitragem é internacional quando tem por referência uma relação jurídica cujos elementos fundamentais estão em contacto com várias ordens jurídicas e será interna quando o litígio resulta de uma relação jurídica que apenas tem contacto com uma ordem jurídica. Distingue-se a arbitragem interna da internacional, pois, aquela ocorre em território nacional, como alternativa aos Tribunais nacionais comuns, normalmente competentes para a resolução do litígio e tem como objecto um litígio, entre dois ou mais sujeitos, regulado pelo Direito vigente na ordem jurídica nacional, não englobando nem matérias próprias do Direito Internacional Público, nem do Direito Internacional Privado.

⁽¹¹⁴⁾ Sob a epígrafe “Arbitragem institucionalizada” dispõe este artigo que “O Governo definirá, mediante decreto-lei, o regime da outorga de competência a determinadas entidades para realizarem arbitragens voluntárias institucionalizadas, com especificação, em cada caso, do carácter especializado ou geral de tais arbitragens, bem como as regras de reapreciação e eventual revogação das autorizações concedidas, quando tal se justifique”

⁽¹¹⁵⁾ O Decreto-lei n.º 425/86 de 27 de Dezembro, em cumprimento do disposto no artigo 38º da LAV, define o regime jurídico aplicável à autorização para a realização de arbitragens institucionalizadas.

⁽¹¹⁶⁾ Em relação à arbitragem voluntária no Direito Privado, sob a epígrafe “Direito aplicável; recurso à equidade” prevê o artigo 22.º da LAV que “Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes, na convenção de arbitragem ou em documento subscrito até à aceitação do primeiro árbitro, os autorizem a julgar segundo a equidade.”

⁽¹¹⁷⁾ Vide, Cortez, Francisco, “A arbitragem... cit. pág. 367

No âmbito do presente trabalho, debruçar-nos-emos, apenas, sobre a designada arbitragem interna, particularmente, a que surge como alternativa aos Tribunais Administrativos e Fiscais [tributários] para a resolução de controvérsias que surjam no âmbito das relações de *jus-administrativas* e *jus-tributárias*. Embora se admita algumas referências que se considerem pertinentes, exclui-se do objecto do nosso estudo a arbitragem internacional. Repare-se que excluir arbitragem internacional não é correlativo da exclusão da arbitragem *estrangeira*, ou seja, o estudo de algumas arbitragens internas em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

4. Natureza jurídica

Entende-se, geralmente, por natureza jurídica da arbitragem a sua recondução “a um conceito da ciência jurídica (*construção*), designadamente aos conceitos de contrato e de jurisdição”⁽¹¹⁸⁾. Segundo o LUIS LIMA PINHEIRO, a determinação da sua natureza jurídica depara-se com duas ordens de dificuldades. A primeira relaciona-se com a conformação jurídica da arbitragem interna, em relação ao ordenamento jurídico em que esta se insere, o que pode ser relevante para a resolução de questões relacionadas com a sua natureza jurídica⁽¹¹⁹⁾. A segunda contende com o facto das questões relacionadas com a natureza jurídica, serem tradicionalmente colocadas com respeito a um instituto jurídico ou a uma relação jurídica. No caso da arbitragem, a determinação da sua natureza jurídica não tem em vista o mecanismo como um instituto jurídico⁽¹²⁰⁾, mas como um actividade ou processo com o qual se visa a obtenção de um determinado fim.

A questão não é consensual e são normalmente três as correntes tradicionais que se debatem a natureza jurídica da arbitragem⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Vide, Pinheiro, Luís Lima, *Arbitragem...*cit. pág. 181.

⁽¹¹⁹⁾ Na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, aos quais faremos referência ao longo desta dissertação, a regulação da arbitragem não apresenta diferenças significativas que se projectem no plano da natureza jurídica da arbitragem.

⁽¹²⁰⁾ Na verdade, nem mesmo a noção da arbitragem enquanto instituto jurídico é consensual. Por exemplo, MANUEL PEREIRA BARROCAS, contrariamente a CHARLES JARROSSON que a designa como uma *instituição*, prefere a expressão *modo*, devido à existência de duas modalidades de arbitragem – *ad hoc* e *institucional* (Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...*, pág. 31, em especial nota de rodapé n.º 1).

⁽¹²¹⁾ MANUEL PEREIRA BARROCAS faz ainda referência a uma tese autonomista. Segundo o Autor esta é uma tese que coloca o acento tónico na independência da arbitragem em relação ao Estado, principalmente da arbitragem comercial internacional. Em suma, os defensores desta corrente afirmam que a arbitragem tem uma natureza claramente processual, nascida de um negócio jurídico próprio que é a convenção de arbitragem; esta, no entanto, não deve ser encarada como um verdadeiro contrato que impõe às partes obrigações específicas e o direito a uma prestação. Como refere e bem MANUEL PEREIRA BARROCAS, ao reduzir a arbitragem a um mero negócio jurídico processual esta tese ao afastar-se da tese contratualista, não explica as obrigações que decorrem da convenção de arbitragem para ambas as partes e, por outro lado, ao afastar-se da tese jurisdicionalista, não explica a coercibilidade da decisão arbitral (Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...*, pág. 42 e ss)

Em primeiro lugar, identifica-se uma corrente jurisdicional. Esta assenta no entendimento de que a arbitragem tem natureza judicial, dado que os árbitros se equiparam aos juizes do Estado. Deste modo, é também ao Estado que cabe controlar e regular todo o mecanismo arbitral, desempenhando, assim, os árbitros uma verdadeira função estadual. Os defensores desta corrente assentam no pressuposto de que o Tribunal arbitral só existe na medida em que a Lei do Estado em que se insere o permita, sendo que a única diferença entre o juiz e o árbitro reside no facto de o primeiro receber o seu poder directamente da soberania, ao passo que o segundo, recebe igualmente aquele poder da soberania, no entanto, a sua nomeação é da competência das partes interessadas. Acolher esta corrente será admitir, em última instância, uma *judicialização* da arbitragem. Esta tese é sustentada normalmente pelas vozes mais tradicionais, que negam o exercício da função jurisdicional por órgãos que não sejam estaduais e que não admitem uma quebra no monopólio estatal da actividade jurisdicional.

Em segundo lugar, identificamos, uma corrente contratualista que assenta no pressuposto de que a arbitragem tem natureza contratual. Nesta acepção a arbitragem é um verdadeiro negócio jurídico que decorre única e exclusivamente da vontade das partes. Segundo os precursores desta corrente o Estado não tem qualquer controlo sobre o mecanismo arbitral, pelo que só é verdadeira arbitragem a que resulta daquela vontade. A intervenção do Estado, nomeadamente, quanto à execução da sentença arbitral, reveste uma natureza meramente acessória que em nada se confunde com a essência da arbitragem. Numa variante mais radical desta corrente, a arbitragem nada mais é do que uma forma de emanação indirecta da vontade das partes, delegada no árbitro, e cuja decisão é executada, não como se de uma sentença se tratasse, mas como um mero contrato.

Por fim, é possível identificar uma corrente mista ou híbrida que conjuga elementos de cada uma das correntes *supra* expostas. Os seus precursores defendem que quanto à sua origem, a arbitragem aproxima-se mais da corrente contratual, na medida em que tem como berço uma convenção, um acordo de vontades, mas, quanto aos seus efeitos, recolhe influências da corrente jurisdicional, dado que a sentença arbitral tem força de caso julgado e tem o mesmo valor jurídico de uma sentença de um Tribunal de primeira instância.

Atendendo a que na doutrina, maioritariamente, a natureza jurídica da arbitragem é analisada tendo por referência apenas as três teses referidas e uma vez que esta tese tem ganho alento sobretudo ao nível da natureza jurídica da arbitragem comercial internacional e reportando-se o nosso estudo à arbitragem interna, optamos por excluí-la da nossa análise principal.

Do nosso ponto de vista, é a corrente mista que melhor explica, pelo menos à luz do nosso ordenamento jurídico, a natureza jurídica da arbitragem⁽¹²²⁾. Com efeito, no ordenamento jurídico Português, tendo em atenção o disposto no artigo 1.º n.º 1 da LAV, que impõe como pressuposto da arbitragem a existência de uma convenção entre as partes e o artigo 26.º da LAV que confere força de caso jugado e força executiva à decisão arbitral, conjugando-os com os artigos 202.º e 209.º n.º 3, ambos da CRP, quer nos parecer que esta será a corrente que melhor explica a natureza jurídica da arbitragem.

⁽¹²²⁾ Neste sentido também aponta MANUEL PEREIRA BARROCAS quando sustenta que “A *tese mista* coloca no seu lugar actual a arbitragem e dá conteúdo científico à sua realidade económica e sociológica” (Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* cit. pág. 44).

Parte II

***A arbitrabilidade dos litígios em Direito Público: em especial em Direito
Administrativo e em Direito Tributário; a referência ao modelo
Administrativo***

§ 1.º A arbitrabilidade dos litígios em Direito Público

1. Arbitrabilidade

1.1. Conceito: enquadramento geral

A arbitrabilidade consiste na qualidade inerente a um determinado litígio de poder ser submetido a apreciação por um Tribunal arbitral. Nas palavras de BERNARD HANOTIAU é “une condition de validité de la convention d’arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres ⁽¹²³⁾”.

O conceito de arbitrabilidade comporta duas dimensões⁽¹²⁴⁾. Uma primeira dimensão consiste na arbitrabilidade subjectiva ou *ratione personae*, que significa a possibilidade da resolução de um litígio por árbitros, tendo em atenção a qualidade das partes⁽¹²⁵⁾, ou seja, a susceptibilidade do Estado ou demais entes públicos celebrarem uma convenção de arbitragem. Uma segunda dimensão consiste na arbitrabilidade objectiva ou *ratione materiae* que respeita às matérias que podem ser objecto de arbitragem. É o Estado que tendo em atenção critérios de ordem política, económica, social ou moral, exerce um poder determinante na selecção das matérias que podem ou não ser objecto de apreciação pelo Tribunal arbitral. Normalmente, na determinação das matérias arbitráveis, alguns Estados, guiam-se por determinados critérios de arbitrabilidade⁽¹²⁶⁾. Tais critérios, reconduzem-se, por via de regra, ao critério da ordem pública⁽¹²⁷⁾, ao critério da patrimonialidade⁽¹²⁸⁾ e ao critério da disponibilidade do direito⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²³⁾ Vide, Hanotiau, Bernard, “L’Arbitrabilité... cit. pág. 39.

⁽¹²⁴⁾ Embora grande parte da doutrina recorra à análise do conceito de arbitrabilidade sob estas duas dimensões, o conceito é por vezes usado unicamente para designar a arbitrabilidade objectiva. Com efeito, alguns Autores rejeitam a autonomia conceitual da expressão *arbitrabilidade subjectiva*, em relação à capacidade jurídica do Estado ou demais entes públicos autónomos para celebrarem convenções de arbitragem (A este respeito, veja-se Ventura, Raul, “Convenção... págs. 289 a 413)

⁽¹²⁵⁾ Vide, Caramelo, António Sampaio, “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Editora Revista dos Tribunais, Ano 7, 2010, págs. 129 a 161, em especial, pág. 130.

⁽¹²⁶⁾ Vide, Hanotiau, Bernard, “L’Arbitrabilité... pág. 95 e ss.

⁽¹²⁷⁾ É visível uma referência ao critério da ordem pública no artigo 2060º do Código Civil Francês. Segundo refere BERNARD HANOTIAU o critério da ordem pública a que recorre o legislador no citado preceito nada mais é do que uma explicitação do critério da disponibilidade do direito enunciado no artigo 2059º do mesmo diploma legal (Vide, Hanotiau, Bernard, “L’Arbitrabilité... pág. 107, em especial nota de rodapé n.º 220). Sobre o critério da ordem pública no ordenamento jurídico francês, veja-se também Caramelo, António Sampaio, “Critérios... págs. 134 a 140.

⁽¹²⁸⁾ Este critério surge pela primeira vez no artigo 177º, n.º1, da lei Suíça de Direito Internacional Privado de 18 de Dezembro de 1987, para as arbitragens internacionais e actualmente está consagrado no ordenamento jurídico alemão no §1030º, n.º 1, do *Zivilprozessordnung* (ZPO), embora conjugado com o critério da transigibilidade do direito e, por influência, idêntica solução é visível no §582, n.º1 do Código Civil Austríaco.

No nosso ordenamento jurídico, a LAV consagra o critério da disponibilidade do direito⁽¹³⁰⁾, como o critério conceitual que define as matérias arbitráveis⁽¹³¹⁾. Este é um critério ao qual se recorre em diversos ordenamentos jurídicos⁽¹³²⁾. Este critério, segundo LUÍS LIMA PINHEIRO⁽¹³³⁾, significa que um litígio será arbitrável se respeitar a direitos que as partes podem constituir e extinguir por acto de vontade e aos quais podem livremente renunciar.

1.2. Em especial: da arbitrabilidade dos litígios em Direito Público com entes públicos

A arbitrabilidade⁽¹³⁴⁾ *ratione personae* dos litígios em que intervém o Estado ou demais entes públicos decorre expressamente da primeira parte do artigo 1.º, n.º 4 da LAV, nos termos do qual “O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem”, vigorando, entre nós, um *princípio geral de livre arbitrabilidade* dos litígios em que pelo menos uma das partes seja um ente público.

A arbitrabilidade *ratione materiae* dos litígios em que intervém o Estado ou demais entes públicos decorre da leitura da 2.ª parte do artigo 1.º n.º 4 da LAV, segundo a qual o Estado ou as outras pessoas colectivas de direito público só poderão celebrar uma convenção de arbitragem “se para tanto forem autorizadas por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado”⁽¹³⁵⁾. Assim, poderá concluir-se que quando os litígios emergem de uma relação jurídica de Direito Privado, a arbitrabilidade do litígio *ratione materiae*

⁽¹²⁹⁾ Para uma abordagem sobre este critério veja-se Caramelo, António Manuel, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de “jure condendo”, in *ROA*, ano 66, II, Dezembro de 2006, págs. 1233 a 1265.

⁽¹³⁰⁾ No entanto, vindo a ser aprovada a Proposta de Lei n.º 22/XII (a este respeito, veja-se a nossa Parte I, § 2.º, ponto 3, sub-ponto 3.1., em especial nota de rodapé n.º 95), o critério de arbitrabilidade dos litígios será alterado para o critério da patrimonialidade combinado, à semelhança da lei alemã, com o critério secundário da transigibilidade do direito controvertido (Vide artigo 1.º, n.º 1 e 2.º da Proposta de Lei n.º 22/XII).

⁽¹³¹⁾ Vide, artigo 1.º n.º 1 da LAV.

⁽¹³²⁾ Por exemplo, no ordenamento jurídico Espanhol, artigo 2.º n.º 1 da Lei 60/2003; Italiano, artigo 806º do Código de Processo Civil; Francês, artigo 2059º e 2060º do Código Civil (embora com referência ao critério da ordem pública – veja-se a nossa parte II, § 1.º, ponto 1, sub-ponto 1.1., nota de rodapé n.º 127). Refira-se também alguns países de língua oficial portuguesa, tais como, o ordenamento jurídico Moçambicano, artigo 5º da Lei 11/99 de 8 de Julho, Angolano, artigo 1º da Lei 16/03, de 25 de Julho de 2003; da Guiné-Bissau, artigo 1.º do Decreto-Lei 9/2000, de 25 de Setembro.

⁽¹³³⁾ Vide, Pinheiro, Luís, Lima, *Arbitragem Transnacional. A determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 105.

⁽¹³⁴⁾ Sobre a arbitrabilidade de litígios com entes públicos, com destaque na doutrina nacional, veja-se a Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Almedina, 2007.

⁽¹³⁵⁾ Vindo a ser aprovada a Proposta de Lei n.º 22/XII, a arbitrabilidade *ratione materiae* e *ratione personae* dos litígios que envolvam o Estado e demais entes públicos, passará a constar do artigo 1.º, n.º 5, com a seguinte redacção “O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado”. Parece-nos que a redacção da Proposta de Lei não alterará o conteúdo essencial da redacção actual da LAV.

seguirá o critério geral de arbitrabilidade definido pelo artigo 1.º, n.º1 da LAV, ou seja, o critério da disponibilidade do direito e quando os litígios emergem de uma relação jurídica de Direito Público, *maxime* do Direito Administrativo e do Direito Tributário, terá ainda que existir *lei especial* a autorizar a arbitragem⁽¹³⁶⁾. Em nosso entendimento, *lei especial* será, como refere LUIS CABRAL MONCADA⁽¹³⁷⁾, lei da Assembleia da República (AR) ou Decreto-lei autorizado. Actualmente, após a superação de vários obstáculos, existe quer no Direito Administrativo, quer no Direito Tributário *lei especial* a autorizar a arbitragem.

2. Obstáculos à arbitrabilidade dos litígios em Direito Público e respectiva superação

2.1. Obstáculos comuns ao Direito Administrativo e ao Direito Tributário e respectiva superação

A arbitragem é um meio de resolver conflitos que normalmente se associa ao Direito Privado e cuja origem está indissociavelmente ligada àquele ramo da ciência jurídica⁽¹³⁸⁾. No

⁽¹³⁶⁾ Em alguns ordenamentos jurídicos de língua oficial portuguesa tem-se seguido uma solução semelhante, alguns iguais, à do nosso ordenamento. Veja-se o artigo 1.º, n.º 3 da Lei de Arbitragem voluntária de Angola; o artigo 1.º n.º4 da Lei de Arbitragem de Cabo Verde (Lei 76/VI/2005, de 16 de Agosto); o artigo 1.º n.º4 da Lei de Arbitragem Voluntária de São Tomé e Príncipe (Lei n.º 9/2006, de 26 de Outubro de 2006); veja-se em especial o Regime da Arbitragem se Macau (Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho) que dedica um capítulo à “Arbitragem voluntária no domínio do contencioso administrativo” e que no artigo 39.º-A, sob a epígrafe “Âmbito”, estatui que “No domínio do contencioso administrativo, pode ser submetido a arbitragem o julgamento das questões que tenham por objecto: a) Contratos Administrativos; b) Responsabilidade da Administração ou dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo a efectivação do direito de regresso; c) Direitos Subjectivos ou interesses legalmente protegidos de conteúdo patrimonial, designadamente quantias que devam ser pagas a título diferente do tributário.

⁽¹³⁷⁾ Vide, Moncada, Luís Cabral, “Modelos alternativos de justiça; a arbitragem no Direito Administrativo”, in *O Direito*, Ano 142º, Vol. III, Novembro 2010, págs. 481 a 495, em especial, pág. 485.

⁽¹³⁸⁾ Com efeito, também no Direito comparado, pode ver-se que em matérias relacionadas com Direito Público, ou em que estejam envolvidas entidades Públicas, a arbitragem não tem uma história muito recente e isenta de dificuldades, em alguns casos, ainda mesmo, uma *história encoberta*.

Em Espanha, JUAN ROSA MORENO, refere que “Al contrario de lo que, classicamente, há ocurrido respecto a los conflictos intersubjectivos privados donde encontramos referencias positivas al arbitraje ya en antiguos textos normativos, en el Derecho Administrativo son escasas y recientes las disposiciones que a ella hacen referencia, y sua admissibilidade sólo encuentra óbices” (Vide, Moreno, Juan Rosa, *El arbitraje...*, cit. pág. 73).

Em Itália, EMANUELLE BOSCOLO escreveu “Il tema dell’ estendibilità dei modelli arbitrali a fatiscie in cui sai parte l’amministrazione pubblica costituisce uno dei capitoli più spinosi del dirrito processale amministrativo. Per lungo tempo si è ritenuto che nell ambito dei rapporti tra cittadino e amministrazione tutta l’area delle controversie ricadenti nella giurisdizione del giudice amministrativo fosse esclusa dalla possibilità di deferimento ad arbitri” (Vide, Boscolo, Emanuele, “L’arbitrato nei rapporti tra cittadini ed amministrazione”, in *L’arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, Giuffrè Editore, Milão, 2007, págs. 3 a 16, em especial, pág. 3). Em sentido semelhante, SERGIO RISTUCCIA, explicando o porquê da experiência histórica da arbitragem no seio da relação litigiosa, em que são parte a Administração Pública e o cidadão, ser amplamente controversa. Segundo o Autor, além de outras razões apontadas, isso deve-se “per motivi culturali e

Direito Administrativo, refere JOSÉ LUIS ESQUÍVEL⁽¹³⁹⁾, que a arbitragem não tem, nem poderia ter, uma história tão antiga devido, por um lado, à juventude deste ramo do Direito, face ao Direito Privado e, por outro lado, ao facto da sua introdução neste ramo da ciência jurídica não ter sido inicialmente encarada de forma pacífica. Também no Direito Tributário, só muito recentemente, veio a admitir-se a arbitrabilidade de alguns litígios. Vejamos, em seguida, quais os obstáculos comuns a ambos os ramos do saber jurídico, e o modo como formam sendo superados.

2.1.1. A natureza imperativa e exclusiva da competência dos Tribunais administrativos e fiscais

Um dos principais obstáculos comuns à arbitrabilidade em matéria de administrativa e matéria tributária decorria, segundo alguns Autores, da imperatividade e exclusividade da competência dos Tribunais administrativos de fiscais, em matéria administrativa e tributária.

No âmbito da discussão sobre a reforma do contencioso administrativo, JOÃO CAUPERS⁽¹⁴⁰⁾ apontava três como os principais obstáculos à consagração da arbitragem em matéria de Direito Administrativo. Deixando, por ora, de lado o primeiro e o terceiro desses obstáculos, cuja análise se relega para outro momento desta dissertação⁽¹⁴¹⁾, interessa-nos tomar em atenção o segundo desses obstáculos. Este obstáculo era, nas palavras do Autor, específico dos países cujo modelo de justiça administrativa é próximo do modelo francês e nos quais existe uma dualidade de jurisdições, “possuindo tribunais administrativos, *proprio sensu*”⁽¹⁴²⁾. Sustentava que “existindo uma jurisdição administrativa, esta detém o monopólio do controlo contencioso sobre os actos administrativos”⁽¹⁴³⁾ pelo que o âmbito da arbitragem seria limitado

concettuali radicati nella logica pubblicistica del sistema” (Vide, Ristuccia, Sérgio, “Perché arbitrato e Pubblica Amministrazione”, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, coord. Ugo Draetta, E.G.E.A, Milão, 1991, págs. 1 a 18, em especial, cit. pág. 2)

Em França, recentemente, DOMINIQUE FOUSSARD, escreveu num artigo que “Il est interdit aux personnes morales de droit public – Etat, collectivités territoriales, établissements publics – de recourir à l’arbitrage (...) Qu’elles interviennent sous l’autorité du droit public ou qu’elles empruntent les procédés du droit privé, peu importe, la voie de l’arbitrage leur est fermée. Il est permis de penser que cette règle est l’effet d’une malchance, et que si elle a été érigée en un dogme, certes assorti de compromis, elle est devenue au fil du temps contestable et qu’elle est, par suite, vouée au dépérissement, et dès lors sans avenir”¹³⁸, acrescentando, mais à frente, que “ L’arbitrage, dit-on, fait traditionnellement mauvais ménage avec le droit administratif” (Vide, Foussard, Dominique, “L’arbitrage en matière administrative. Histoire, Hasard, Préjugés, Raison ?”, in *La Revue des Juristes*, n.º 2, Abril, 2010, págs. 29 a 39, em especial, cit. pág. 30).

⁽¹³⁹⁾ Vide, Esquível, José Luís, *Os Contratos...*, pág. 135.

⁽¹⁴⁰⁾ Vide, Caupers, João, “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, in *CJA*, n.º 18, Braga, 1999, págs. 3 a 11, em especial, págs. 5 e 6.

⁽¹⁴¹⁾ Veja-se a nossa parte II, §1.º, ponto 2, sub-ponto 2.2.1.

⁽¹⁴²⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 5.

⁽¹⁴³⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 5.

“pelas fronteiras exteriores do acto unilateral e autoritário da administração: no interior deste espaço, a competência dos tribunais administrativos é exclusiva e não pode ser substituída pela via arbitral”^{(144) (145)}.

No âmbito da discussão sobre a admissibilidade da arbitragem no domínio das matérias tributárias, também DIOGO ORTIGÃO RAMOS/PEDRO VITAL MATOS defenderam que um argumento de peso contra a arbitrabilidade das relações *jus-tributárias* decorria do artigo 212.º, n.º 3 da CRP que “delimita e determina a competência dos tribunais administrativos e fiscais aparentemente de forma imperativa, não deixando margem para que os litígios compreendidos no âmbito da respectiva jurisdição possam ser dirimidos por outros tribunais. Efectivamente, ao contrário da delimitação constitucional da jurisdição dos tribunais judiciais, a competência dos tribunais administrativos e fiscais não é feita de forma subsidiária. (...). Por outras palavras, não obstante a inexistência de uma delimitação constitucional expressa do âmbito de jurisdição possível dos tribunais arbitrais, parece que estes não poderão dirimir litígios cuja competência se encontre constitucional e expressamente reservada aos tribunais administrativos e fiscais. É pois aceitável entender que, face ao quadro constitucional actualmente em vigor, a jurisdição dos tribunais arbitrais apenas poderá ser legalmente fixada por sobreposição à jurisdição dos tribunais judiciais, parecendo nessa medida constitucionalmente vedada a instituição de tribunais arbitrais destinados a dirimir litígios tributários”^{(146) (147)}.

A tudo isto, somava-se a consideração, seguindo o discurso de ANA PERESTRELO OLIVEIRA, “de que a natureza pública do sujeito tornaria incoerente a sua subtracção à

⁽¹⁴⁴⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 6.

⁽¹⁴⁵⁾ Também ALEXANDRA LEITÃO referiu que um dos principais obstáculos apontados à arbitrabilidade em matéria de Direito Administrativo prendia-se com o “facto de a competência dos tribunais administrativos ser de ordem pública” (Vide, Leitão, Alexandra, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002, cit. pág. 396).

⁽¹⁴⁶⁾ Vide, Ramos, Diogo Ortigão; Matos, Pedro Vital, “Admissibilidade da Arbitragem Tributária no âmbito do Ordenamento Jurídico Português”, in *Newsletter DGAE (Direcção-Geral da Administração Extrajudicial)*, n.º 25, Março, 2007, págs. 25 a a 28, em especial, cit. pág. 26.

⁽¹⁴⁷⁾ A este respeito, refere ANSELMO RODRIGUES que alguns Autores têm defendido que “a competência dos tribunais administrativos e fiscais não é feita de forma subsidiária, pelo que está vedada constitucionalmente vedada a instituição de tribunais arbitrais destinados a dirimir litígios administrativos e tributários ao contrário do que acontece com os tribunais judiciais” (Vide, Rodrigues, Anselmo, “A possibilidade de arbitragem tributária”, in *Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 25 a 34, em especial cit. pág. 31).

Do mesmo modo, FILIPE ROMÃO refere a propósito da admissibilidade tributária que “existe ainda quem entenda que a lei reserva de forma exclusiva a competência judicial de forma exclusiva a competência judicial em matéria tributária aos tribunais do Estado, o que (...) obstará à criação de tribunais arbitrais tributários” (Vide, Romão, Filipe “A arbitragem em Direito Tributário – Traços gerais” in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs.45 a 61, cit. pág. 48).

jurisdição estatal”⁽¹⁴⁸⁾. Nas palavras de JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, esta atitude justificava-se na dificuldade “em aceitar que a Administração Pública, ligada a uma ideia de poder público, sujeita à legalidade administrativa e à realização do interesse público, possa, por convenção, afastar a competência dos tribunais administrativos, criados justamente para apreciar litígios de natureza jus-administrativa [e *jus-tributária, ipso facto*], para submeter-se ao julgamento de árbitros”⁽¹⁴⁹⁾ (parênteses nosso).

Em termos de Direito Comparado, também este obstáculo tem sido apontado por alguma doutrina espanhola, quando se trate da arbitrabilidade de litígios de Direito Público, *máxime* do Direito Administrativo e do Direito Tributário. Vejamos algumas considerações.

Refere ALEJANDRO HUERGO LORA “ La razón que explica la prohibición del arbitraje administrativo se encuentra en que el mismo elimina, pura y simplemente, el control judicial sobre la actividad administrativa (...) Si la presencia del interés público y la tutela del mismo mediante un régimen normativo especial (...) es lo que transforma una cuestión en administrativa y justifica que su conocimiento no corresponda al orden jurisdiccional civil, sino a uno especializado (el contencioso-administrativo), mal se puede admitir que las partes (que no son titulares del interés público) desplacen a los Tribunales de lo contencioso-administrativo para sustituirlos por unos árbitros designados por ellas”⁽¹⁵⁰⁾.

Também a respeito dos problemas constitucionais e chamando à colação o artigo 106.º n.º 1 da Constituição Espanhola⁽¹⁵¹⁾, refere ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO que “La actividad desplegada por la Administración en cumplimiento de la finalidad que la Constitución le encomienda es controlada por los Tribunales conforme al artículo 106.1. Es decir, la Administración *actúa* (...) sirviendo los intereses generales (...) y los Tribunales *controlan* su actuación (...) qué lugar le queda en este esquema al arbitraje? (...). Lo que en mi opinión es (...) dudoso es que un contrato celebrado entre la Administración y un particular pueda excluir el preceptivo control judicial de la actividad administrativa”⁽¹⁵²⁾

Por sua vez, PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA refere a subtracção do controlo da legalidade da actuação da Administração aos Tribunais do Estado, como um possível obstáculo à

⁽¹⁴⁸⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 51.

⁽¹⁴⁹⁾ Vide, Esquivel, José Luís, *Os Contratos...*, cit. pág. 136.

⁽¹⁵⁰⁾ Vide, Lora, Huergo Alejandro, “El Arbitraje...”, cit. págs. 279 e 280.

⁽¹⁵¹⁾ De acordo com o artigo 106.º, n.º 1 da CE “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

⁽¹⁵²⁾ Vide, Bolado, Roberto O. Bustillo, *Convenios Y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional Del Procedimiento*, 3.ª Edição, Thomson Reuters, 2010, cit. págs. 455 e 456.

arbitrabilidade dos litígios jus-administrativos. Sustenta que “y el concreto ámbito que nos ocupa (...) podría pensarse que los actos emanados de la Administración sólo pueden revisarse en vía jurisdiccional, quedando reservada la competencia de control de la actuación administrativa a los jueces y Tribunales (...); lo que conllevaría implícitamente la imposibilidad de sustraer tales facultades a los mismos y encomendárselas a un órgano resolutorio diferente, cual puede ser el arbitral”⁽¹⁵³⁾.

Também ANTONIA AGULLÓ AGUERO aponta como obstáculos à introdução de mecanismos de resolução alternativa de litígios em matéria tributária, entre os quais a arbitragem, “El principio de legalidad de la actuación administrativa **y del control judicial de la legalidad administrativa**” (negrito nosso)⁽¹⁵⁴⁾.

No entanto, este obstáculo foi cedendo face a vários contra-argumentos que a *doutrina pró-arbitragem* tem vindo a alvitrar.

Com efeito, venceram os argumentos de alguns Autores, entre os quais PAULO OTERO, que sustentou competência dos Tribunais administrativos e fiscais valeria sem “sem prejuízo da possível derrogação ou excepção provocada por compromissos arbitrais ou cláusulas compromissórias”⁽¹⁵⁵⁾. Argumenta que a lei definidora da competência material dos Tribunais administrativos mostra-se hoje dotada de uma “considerável flexibilidade, desempenhando um papel supletivo face à vontade das partes em deslocarem para mecanismos arbitrais o julgamento de litígios ou controvérsias”^{(156) (157)}.

Também ANSELMO RODRIGUES sustentou que não vence o argumento “que o artigo 212.º da CRP delimita e determina a competência dos tribunais administrativos e fiscais de forma imperativa (...)”⁽¹⁵⁸⁾, pois, “a jurisprudência do tribunal constitucional quando exclui os tribunais administrativos do conhecimento de matéria administrativa referente aos actos da competência dos órgãos que resolvem as questões administrativas relacionadas com os

⁽¹⁵³⁾ Vide, Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje...*, cit. pág. 46.

⁽¹⁵⁴⁾ Vide, Aguero, Antonia Agulló, “La introducción en el Derecho Tributario Español de las fórmulas convencionales previstas en la Ley 30/1992”, in *Convención e Arbitraje en el Derecho Tributario*, org. Gabriel Elorriaga Pisarik, Instituto de Estudios Fiscales, 1996, págs. 181 a 190, em especial, cit. pág. 184.

⁽¹⁵⁵⁾ Vide, Otero, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2.ª reimpressão da edição de 2003, Almedina, Coimbra, 2011, cit. pág. 1057.

⁽¹⁵⁶⁾ Vide, Otero, Paulo, *Legalidade...* cit. pág. 1060.

⁽¹⁵⁷⁾ Do mesmo modo, sustentou ALEXANDRA LEITÃO não existir “qualquer tipo de incompatibilidade de natureza entre a arbitragem e o Direito Público, uma vez que não existe uma “reserva de jurisdição estatal” para julgar a Administração Pública” (Vide, Leitão, Alexandra, *A protecção...*, cit. pág. 397).

⁽¹⁵⁸⁾ Vide, Rodrigues, Anselmo, “A possibilidade...”, cit. pág. 31.

funcionários judiciais ou com juízes é a prova do contrário demonstrando que para aquele Tribunal Constitucional também a jurisdição administrativa não é exclusiva”⁽¹⁵⁹⁾ ⁽¹⁶⁰⁾.

JORGE LOPES DE SOUSA sustenta, em nosso entendimento com toda a razão, que “O artigo 209.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) permite tribunais arbitrais, sem referir a exclusão de qualquer matéria. Este artigo 209.º, em que se faz referência aos tribunais arbitrais, é uma norma geral em que se elencam as várias categorias de tribunais, entre as quais se incluem os tribunais administrativos e fiscais no seu n.º 1, alínea *b*). Se se pretendesse limitar a jurisdição dos tribunais arbitrais a matérias englobadas na jurisdição comum, então o lugar adequado para tal referência aos tribunais arbitrais seriam o artigo 210.º ou o 211.º, em que se trata das competências dos tribunais judiciais, e não o artigo 209.º, relativo a todas as categorias de tribunais. Por isso, o n.º 3 do artigo 212.º da CRP (...) não pode ser entendido como um atribuição exclusiva de competência àqueles tribunais para a apreciação de litígios emergentes das relações fiscais”⁽¹⁶¹⁾

A respeito da consideração que acrescentamos seguindo o discurso de ANA PERESTRELO OLIVEIRA, a Autora defendeu, e bem, que tal visão era fruto de uma concepção “largamente ultrapassada, que via no recurso dos entes públicos à arbitragem um «golpe» na soberania estatal”⁽¹⁶²⁾.

2.1.2. A colisão com o *Direito Fundamental de acesso ao Direito a uma tutela jurisdicional efectiva*: a proposta de uma interpretação *actualista* do artigo 20.º da CRP

Um segundo obstáculo comum a ambos os ramos do saber jurídico decorre da possível colisão da arbitragem com o *Direito de acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efectiva*.

O *Direito Fundamental de acesso ao Direito a uma tutela jurisdicional efectiva* vem consagrado no artigo 20.º da CRP e encontra-se densificado no artigo 268.º, n.º 4 e 5 da CRP

⁽¹⁵⁹⁾ Vide, Rodrigues, Anselmo, “A possibilidade...”, cit. pág. 31.

⁽¹⁶⁰⁾ Também FILIPE ROMÃO refere que “O facto de, nos termos do artigo 212.º, n.º3 da Constituição da República Portuguesa, competir aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, não parece impedir a existência e tribunais arbitrais (...) na área administrativa e fiscal (...). Na realidade (...) a reserva de competência atribuída aos tribunais administrativos e fiscais por aquela norma constitucional admite excepções, sendo uma de tais excepções precisamente a possibilidade de recurso a tribunais arbitrais” (Vide, Romão, Filipe “A arbitragem...”, cit. pág. 49)

⁽¹⁶¹⁾ Vide, Sousa, Jorge Manuel Lopes de, “Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária)*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 63 a 72, em especial, cit. pág. 66

⁽¹⁶²⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 51.

para a justiça administrativa e tributária. Este é um verdadeiro Direito Fundamental, “constituindo uma garantia imprescindível da protecção de direitos fundamentais”⁽¹⁶³⁾, uma *norma-princípio* estruturante do Estado de Direito e de uma Comunidade de Estados, informada pelo respeito por aquele Estado, pelas Liberdades Fundamentais e pelos Direitos do Homem⁽¹⁶⁴⁾. Este carece, é certo, de conformação “através da lei, ao mesmo tempo que lhe é congénita um incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado (e, hoje, também da União Europeia), no sentido de colocar à disposição dos indivíduos – nacionais ou estrangeiros, pessoas individuais ou colectivas – uma organização judiciária de um leque de processos garantidores da tutela judicial efectiva”⁽¹⁶⁵⁾. A norma reconhece, em si, vários direitos conexos, mas distintos. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, em comentário ao artigo 20.º da CRP, dizem-nos quais são esses direitos: “(1) o *direito de acesso ao direito* (n.º 1); (2) o *direito de acesso aos Tribunais* (n.º 1); (3) o *direito à informação e consultas jurídicas* (n.º 2); (4) o *direito ao patrocínio judiciário* (n.º 2); (5) o *direito à assistência de advogado* (n.º 2)”⁽¹⁶⁶⁾. Em especial, o *direito de acesso aos tribunais* significa, como sintetiza GOMES CANOTILHO, “fundamentalmente, *direito à protecção jurídica através dos tribunais*”⁽¹⁶⁷⁾ e este inclui “no seu âmbito normativo quatro «sub-direitos» ou dimensões garantísticas: (1) o direito de acção ou de acesso aos tribunais; (2) o *direito ao processo* perante os tribunais; (3) o direito à decisão da causa pelos tribunais; (4) o direito à execução das decisões dos tribunais”^{(168) (169)}.

Segundo ANSELMO RODRIGUES um argumento que pode ser invocado e que muitos Autores invocam “é retirado do facto de o artigo 20.º da CRP instituir como direito fundamental, o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva”⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶³⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I - Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, cit. pág. 408.

⁽¹⁶⁴⁾ Vide, artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e artigo 6.º do Tratado da União Europeia (TUE).

⁽¹⁶⁵⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I...* cit. pág. 409.

⁽¹⁶⁶⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I...* cit. pág. 409.

⁽¹⁶⁷⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito ...*, cit. pág. 488.

⁽¹⁶⁸⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I...* cit. pág. 414.

⁽¹⁶⁹⁾ No Direito Comparado, também PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA, refere que este é um Direito Fundamental e que a jurisprudência tem entendido que o mesmo goza de “um contenido complejo, comprendiendo, fundamentalmente, los siguientes derechos, a saber: el derecho de acceso a los Tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho que sea congruente com lo solicitado; el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; así como el derecho a los recursos previstos en la Ley” (Vide Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje...* cit. pág. 33).

⁽¹⁷⁰⁾ Vide, Rodrigues, Anselmo, “A possibilidade... cit. pág. 31.

Em termos de Direito Comparado, também no ordenamento jurídico espanhol, alguns Autores apontam este Direito Fundamental, como um potencial obstáculo à arbitrabilidade das relações *jus-administrativas e jus-tributárias*⁽¹⁷²⁾.

Com efeito, sustentam, RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO/PILAR TESO GAMELLA/ÁNGEL AROZAMENA LASO, que “no faltan autores que consideran que la institución arbitral comporta una renuncia a un derecho fundamental que no es constitucionalmente admisible”⁽¹⁷²⁾.

A este respeito, também, PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA refere que “debemos examinar la compatibilidad de esta figura [arbitragem] con el principio de tutela judicial efectiva (...), esencialmente para poder concluir la legitimidad de su aplicación en el Derecho Tributario sin menoscabo de los derechos fundamentales”⁽¹⁷³⁾(parênteses nosso). ANTONIA AGULLÓ AGUERO aponta também “el derecho a la tutela judicial efectiva o al proceso”⁽¹⁷⁴⁾, como um possível obstáculo à arbitragem.

Contudo, também este obstáculo tem vindo a ser ultrapassado no nosso ordenamento jurídico, devido ao precioso contributo da doutrina, bem como, da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Refere LUIS CABRAL MONCADA que “A Constituição da República Portuguesa (...) considera a arbitragem como um corolário do direito de *acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva*, nos termos do nº 1 do art. 20”⁽¹⁷⁵⁾.

Também, DIOGO LEITE DE CAMPOS considera que “todos os valores e interesses são assegurados (ou asseguráveis) pela arbitragem que não implica qualquer renúncia das partes ao direito fundamental de acesso à justiça. A arbitragem será o “*outro*” meio de obter tutela para os

⁽¹⁷²⁾ Repare-se que no ordenamento jurídico espanhol, os Tribunais arbitrais não dispõem de um estatuto expresso na Constituição Espanhola, sendo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol que tem vindo a assumir um papel fundamental quanto a este aspecto. Deste modo, compreende-se que a discussão em torno da eventual colisão da arbitragem com este Direito Fundamental, assumia contornos bem mais acentuados naquele ordenamento jurídico, do que no nosso, no qual, os Tribunais arbitrais têm assento expresso na Constituição.

Ademais, informa-nos CÁTIA CEBOLA, que neste ordenamento “o poder judicial obteve um crescente protagonismo social, político e jurídico, potenciado pelo facto de a Constituição Espanhola de 1978 lhe ter atribuído o papel de garante dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos” (Vide, Cebola, Cátia Marques, *A Mediação...*, cit. pág. 3).

⁽¹⁷²⁾ Montalvo, Rafael Fernández; Gamello, Pilar Teso; Laso, Ángel Arozamena, *El Arbitraje...*, cit. pág. 56.

⁽¹⁷³⁾ Vide, Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje...*, cit. pág. 40.

⁽¹⁷⁴⁾ Vide, Agüero, Antonia Agulló, “La introducción...”, cit. pág. 184.

⁽¹⁷⁵⁾ Vide, Moncada, Luís Cabral de, “Modelos... cit. pág. 481

interesses e valores”⁽¹⁷⁶⁾ protegidos pelo *Direito Fundamental de acesso ao Direito e a uma tutela jurisdiccional efectiva*.

Com efeito, o Estado tem do dever de assegurar a tutela *judicial* efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, sendo este, um dever que lhe é constitucionalmente imposto. Nessa medida, refere JORGE LOPES DE SOUSA, é um “imperativo básico essencial de um Estado de Direito a implementação de meios eficazes de resolução jurisdiccional de conflitos, inclusivamente aqueles que se geram entre entidades públicas e os cidadãos”⁽¹⁷⁷⁾. Se o Estado como os seus meios não consegue uma oferta capaz de corresponder à procura, “tendo em conta que a «*decisão em prazo razoável*» indissociável de tal tutela (artigo 20.º, n.º 4, da CRP), ao menos exigir-se-lhe-á que não entrave a possibilidade de ela ser obtida (...) pelos meios alternativos que constituem os tribunais arbitrais, pelo menos na medida e enquanto não estiver em condições de concretizar aquela satisfação”⁽¹⁷⁸⁾.

Em termos de Direito Comparado, referem RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO/PILAR TESO GAMELLA/ÁNGEL AROZAMENA LASO, que “es mayoritaria la tesis (...) que sostiene la compatibilidad entre el arbitraje y la tutela judicial efectiva”⁽¹⁷⁹⁾, concluído que “el derecho a la tutela judicial efectiva (...) impiden crear zonas exentas a la revisión jurisdiccional, pero no se oponen al ofrecimiento de vías complementarias o alternativas de solución de conflictos”⁽¹⁸⁰⁾.

Também PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA em relação ao *princípio da tutela judicial efectiva* refere que “ante la crisis que existente en el ámbito de la justicia contenciosa-administrativa (...) puede concluirse, en nuestra opinión, que la institución del arbitraje no sólo non conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede coadyuvar a su correcta salvaguarda (...)” além disso “no se vulneraría el derecho de acceso al proceso, debido a que (...), las partes no renuncian a la resolución del mismo, sino que lo único que acuerdan es que sea examinado, en vez de a través de los cauces tradicionales (...) por el árbitro o árbitros nombrados al efecto”⁽¹⁸¹⁾. A Autora diz partilhar da opinião de que não existe um limite absoluto à implementação da arbitragem no âmbito jurídico público “debido a que el derecho a la tutela judicial efectiva conlleva (...) el derecho de toda persona a la tutela efectiva de jueces y Tribunales, estableciendo la imposibilidad de crear zonas o parcelas excluidas de control

⁽¹⁷⁶⁾ Vide, Campos, Diogo Leite de, *A Arbitragem...* cit. pág. 47.

⁽¹⁷⁷⁾ Vide, Sousa, Jorge Manuel Lopes de, “Algumas...”, cit. pág. 69.

⁽¹⁷⁸⁾ Vide, Sousa, Jorge Manuel Lopes de, “Algumas...”, cit. pág. 69.

⁽¹⁷⁹⁾ Vide, Montalvo, Rafael Fernández; Gamello, Pilar Teso; Laso, Ángel Arozamena, *El Arbitraje...*, cit. pág. 57.

⁽¹⁸⁰⁾ Vide, Montalvo, Rafael Fernández; Gamello, Pilar Teso; Laso, Ángel Arozamena, *El Arbitraje...*, cit. pág. 59.

⁽¹⁸¹⁾ Vide, Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje...*, cit. pág. 44.

jurisdiccional de la actuación administrativa, pero sin que ello suponga un obstáculo insalvable (...), para que la Ley establezca que dicho control pueda llevarse a cabo por un equivalente jurisdiccional, como es el recurso al procedimiento arbitral”⁽¹⁸²⁾.

A justiça arbitral será, assim, um meio do próprio Estado conferir efectividade a este Direito Fundamental mediante a concretização do *direito à decisão em prazo razoável*.

Ademais, em nosso entendimento, além da arbitragem não colidir com o Direito Fundamental em análise, na sua configuração material, o artigo 20.º da Constituição, compreende, além dos Tribunais do Estado, todas as categorias de Tribunais, isto é, quer as previstas no artigo 209.º, n.º 1 da CRP, quer as compreendidas no n.º 2 do mesmo preceito constitucional, no qual se incluem os Tribunais arbitrais ⁽¹⁸³⁾. Defendemos, pois, uma interpretação actualista do artigo 20.º da Constituição.

Contra a nossa tese, poderá sustentar-se que o preceito constitucional, quando se refere aos Tribunais fá-lo de um modo restrito, referindo-se unicamente àqueles que constituem os tradicionais órgãos de soberania do Estado, pelo que os Tribunais Arbitrais embora sejam um meio de conferir efectividade àquele Direito, não são abarcados pela configuração material do normativo em análise.

No entanto, a jurisprudência do Tribunal Constitucional parece confirmar a nossa tese. Com efeito, vem reiterando o entendimento de que os Tribunais arbitrais são *verdadeiros Tribunais*⁽¹⁸⁴⁾, pelo que se assim o são, não vemos porque hão-de excluir-se do conteúdo material do Direito em análise. A Constituição quando enumera as diferentes categorias de Tribunais que o nosso ordenamento jurídico pode comportar, não distingue entre *Tribunais de primeira ou segunda categoria*, ainda que os Tribunais arbitrais tenham uma natureza meramente

⁽¹⁸²⁾ Vide, Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje...*, cit. págs. 47 e 48.

⁽¹⁸³⁾ Por exemplo CÁTIA CEBOLA, numa perspectiva semelhante à nossa, mas ainda mais ampla, pois estende o seu raciocínio aos demais meios de resolução extrajudicial de conflitos, como por exemplo a mediação e a conciliação, afirma considerar evidente que “os meios extrajudiciais de resolução de conflitos são formas de desenvolver e de defender o acesso ao Direito e à Justiça que, para Cappelletti e e Garth, não significa unicamente, configurar o sistema jurídico como acessível a todos os cidadãos, mas, também, e principalmente, garantir a efectividade dos direitos. Deste modo e tendo em atenção esta definição, o direito de acesso à justiça não se esgota, nem concentra, em exclusivo nos Tribunais [Estaduais], abarcando igualmente todas as vias acessíveis aos cidadãos para fazer valer os seus direitos (...). Tendo em conta o incremento que estes mecanismos extrajudiciais evidenciam nos ordenamentos jurídicos europeus nos finais do Século XIX e inícios do Século XX, a sua defesa e regulamentação passa a constituir um segmento de concretização do próprio Direito de Acesso à Justiça, elevado à categoria de direito fundamental (...). Na verdade, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos constituem uma outra forma de fazer justiça, que não colide com a via judicial, mas antes respondem as aspirações de uma justiça mais próxima dos cidadãos” (Vide, Cebola, Cátia Marques, *A Mediação...* cit. pág. 7 e 8).

⁽¹⁸⁴⁾ Com efeito, veja-se os já referidos Ac's do TC n.º 230/86, de 08/07/1986, e n.º 506/96, de 21/03/1996 segundo o qual, “para a Constituição não há apenas tribunais estatais” (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

facultativa¹⁸⁵. O próprio preceito constitucional não distingue uma particular categoria de Tribunais, limitando-se a falar em *tribunais*. Assim, tendo a arbitragem uma natureza claramente *jusfundamental*, parece-nos poder afirmar-se que o referido Direito Fundamental de *acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efectiva* não se esgota na tutela dispensada através dos Tribunais comuns, mas também na tutela dispensada pelos Tribunais arbitrais.

2.1.3. Vantagens e Desvantagens da arbitrabilidade das relações *jus-administrativas* e *jus-tributárias*

Interessa-nos, agora, referir as desvantagens e as vantagens que podem apontar-se à arbitrabilidade das relações *jus-administrativas* e *jus-tributárias*.

Por um lado, incluímos esta análise na abordagem dos obstáculos à arbitrabilidade dos litígios *jus-administrativos* e *jus-tributários* e respectiva superação, pois, em nosso entendimento, as desvantagens associadas à arbitragem configuram, ainda, verdadeiros obstáculos à arbitrabilidade dos litígios no domínio destas relações, pelo que, nesse sentido, também as vantagens poderão configurar-se como verdadeiros motivos de superação dos óbices à arbitrabilidade dos litígios em matérias de Direito Público. Por outro lado, a análise das desvantagens e vantagens da arbitrabilidade dos litígios é feita em conjunto no domínio administrativo e tributário, na medida em que no semblante quer umas, quer outras, são comuns a ambos os ramos do saber jurídico. Analisemo-las.

A arbitragem, como qualquer outro meio de resolução de litígios, comporta algumas desvantagens.

A celeridade do processo de arbitragem associa-se, normalmente, às vantagens. No entanto, nem sempre a rapidez alcançável em sede de um processo arbitral é favorável a uma das partes¹⁸⁶, podendo ser encarada com uma desvantagem e não como uma vantagem. Estamos a pensar, por exemplo, na parte com menores hipóteses de vencer e que terá um

¹⁸⁵ Repare-se que aquando da revisão constitucional de 1989 os Tribunais arbitrais passaram a ter o estatuto de verdadeiros Tribunais ao lado dos Tribunais administrativos e fiscais (Vide, artigo 212.º, n.º 2 da CRP após a Revisão Constitucional de 1989), nunca se duvidando, por via da sua natureza facultativa, de que os Tribunais administrativos e fiscais não fossem uma verdadeira categoria de Tribunais, tal como os restantes. Embora actualmente, a natureza destes Tribunais já não seja facultativa, o facto de o legislador constituinte os ter colocado, num primeiro momento, ao lado dos Tribunais arbitrais, só demonstra que jamais houve intenção discriminatória destes, em relação às restantes categorias de Tribunais que o nosso ordenamento jurídico comporta actualmente.

¹⁸⁶ Por exemplo, JOHN HENN aponta a rapidez como um factor favorável “a não que se esteja na posição de réu sem muitas probabilidade de se vencer” (Vide, Henn, John, “Onde resolver os seus litígios de negócios? Por arbitragem ou em tribunal judicial? in *Resolução Alternativa de Litígios*, Colectânea de textos publicados na NewsletterDGAE, Agora comunicação, Açores, 2006, págs. 23 a 31, em especial, cit. pág. 28).

potencial interesse em protelar no tempo a decisão final do processo. O tempo é um factor que pesa imenso nos conflitos e que a maior parte das vezes corre a favor dos devedores. A lentidão dos processos acaba por favorecer o devedor “que pode contar com os prazos e os adiamentos para ir poupando o “seu” dinheiro”⁽¹⁸⁷⁾.

O elevado custo da arbitragem é, também, uma desvantagem que pode associar-se à arbitragem, quer do ponto de vista do interesse particular das partes envolvidas no litígio, em especial da parte pública, cujos gastos com a arbitragem contendem necessariamente com a despesa pública, quer do ponto de vista dos encargos com a justiça, aos quais, além dos encargos com a justiça pública se somam os encargos com a *justiça privada*⁽¹⁸⁸⁾. A este respeito, sustenta CASALTA NABAIS que “entre as vantagens geralmente apontadas à arbitragem, referem-se as de proporcionar uma justiça (...) mais barata”. Em nosso entendimento com razão, o Autor, duvida da natureza mais barata da arbitragem, pois se “É certo que a “privatização” da justiça (...) não encarece automaticamente a justiça, designadamente por aos encargos com a justiça pública se somarem os encargos com a justiça privada, pois aos primeiros sempre haverá que subtrair os encargos com os processos que, desviados da justiça pública, venham a ser remetidos para a arbitragem”⁽¹⁸⁹⁾, não poderá deixar de se ter “em conta que a arbitragem ficará, por via de regra, mais cara do que a justiça pública, então os custos globais com a realização da justiça tributária [e administrativa] acabarão sendo maiores do que aqueles que resultariam da existência apenas da justiça pública” (parênteses nosso)⁽¹⁹⁰⁾.

Uma outra desvantagem da arbitragem no domínio das relações *jus-administrativas* e *jus-tributárias* e que normalmente vem associada as vantagens diz respeito à confidencialidade ou privacidade do processo de arbitragem. Não nos parece que no caso da arbitragem em matéria administrativa e em matéria tributária e no contexto da sua introdução em Portugal, que esta seja uma vantagem da arbitragem, daí a termos colocado do lado das desvantagens. Com

⁽¹⁸⁷⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 6.

⁽¹⁸⁸⁾ No domínio particular do Direito Administrativo, estamos a pensar, em particular, na arbitragem em sede da Contratação Pública. Referimo-nos, por exemplo, aos contratos de concessão, aos contratos de empreitadas de obras públicas, concessões de serviços públicos e aquisições de bens e serviços. A arbitragem, aplicada em sede destas matérias, assume, por vezes, gastos elevadíssimos, o que nos leva a questionar o peso que a arbitragem tem no orçamento de Estado, além do sistema de justiça tradicional, principalmente, num contexto de forte contenção da despesa pública.

Basta pensar, por exemplo, nos motivos subjacentes à proposta de “abolição” da arbitragem em matéria de Contratação Pública, na “Legge Finanziaria” italiana de 2008. Hoje a proibição estende-se apenas ao compromisso arbitral (Vide artigo 241.º do “Codice dei contratti pubblici” Italiano).

⁽¹⁸⁹⁾ Vide, Nabais, José Casalta, “Reflexão...”, cit. pág. 101.

⁽¹⁹⁰⁾ Vide, Nabais, José Casalta, “Reflexão...”, cit. pág. 101.

efeito, sem prejuízo dos elementos de natureza pessoal das partes, somos partidários de que deve assegurar-se a natureza pública do *processo arbitral administrativo* e do *processo arbitral tributário*⁽¹⁹¹⁾.

As vantagens⁽¹⁹²⁾ que se apontam à arbitrabilidade da arbitragem em Direito Administrativo e em Direito Tributário prendem-se, especialmente, com razões *conjunturais* e razões *estruturais*⁽¹⁹³⁾.

As razões conjunturais referem-se à crescente lentidão na resolução dos processos pendentes nos Tribunais administrativos e fiscais, sendo certo que “uma Justiça que tarda ou que não é decidida em tempo útil acaba por não ser Justiça”⁽¹⁹⁴⁾. Por esse motivo, entre outros que não contendem directamente com o nosso trabalho, é frequente, no espaço social e no seio da doutrina, o uso da expressão *crise da justiça*⁽¹⁹⁵⁾, para significar a sua excessiva morosidade.

A propósito da *crise da justiça*, FREITAS DO AMARAL aponta o “Fomento sistemático de todas as formas possíveis de arbitragem”⁽¹⁹⁶⁾ como uma das medidas que devem ser tomadas a médio e longo prazo, para aumentar a oferta dos serviços de justiça no nosso país.

Não se pense que este é um problema exclusivo do nosso ordenamento jurídico. Com efeito, discutem-se formas de ultrapassar a morosidade da justiça que assola os Tribunais da justiça oficial, em diversos ordenamentos jurídicos. Por exemplo no ordenamento jurídico Espanhol, RAFAEL FERNANDÉZ MONTALVO/PILAR TESO GAMELLA/ÁNGEL AROZAMENA, referindo-se à “Crisis del sistema tradicional de justicia administrativa” informam-nos que “La crisis del sistema tradicional de garantías del administrado frente a la Administración Pública há ido acompañada recientemente de una tendencia favorable a la aplicación de la técnica

⁽¹⁹¹⁾ Neste sentido, também Romão Filipe, “A arbitragem...”, págs. 51 e 52.

⁽¹⁹²⁾ Para uma outra abordagem das vantagens que podem apontar-se à justiça arbitral, entre outros, veja-se Barrocas, Manuel Pereira, “Necessidade de uma nova ordem judicial. A arbitragem”, in *ROA*, Vol. II, Ano 45, Setembro 1985, págs. 433 a 456, em especial, págs.438 a 442.

⁽¹⁹³⁾ Sobre esta distinção, em particular, entre outros, no Direito Administrativo, veja-se, Caupers, João, “A arbitragem nos litígios...” págs. 6 e 7 e no Direito Tributário, veja-se Feio, Diogo, “Arbitragem...”, págs. 31 e 32.

⁽¹⁹⁴⁾ Vide, Romão, Filipe “A arbitragem...”, cit. pág. 50.

⁽¹⁹⁵⁾ Para uma interessante análise da crise da justiça em Portugal veja-se Vaz, A. M. Pessoa, “Da crise da justiça em Portugal, Os grandes paradoxos da política judiciária nos últimos cinquenta anos”, in *ROA*, Ano 46., 1986, págs. 625 a 731.

Em particular na jurisdição Administrativa e Fiscal, veja-se, entre outros, Amaral, Diogo Freitas do, “A Crise da Justiça”, in *Análise Social*, vol. XXXIV, n.º 154/155, 2000, págs. 247 a 257 e do mesmo Autor, *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, vol. II, Almedina, Coimbra, págs. 624 a 635, mais recente, em especial sobre os Tribunais Tributários, veja-se, Barbosa, Lúcio de Assunção, “A Arbitragem em Direito Tributário”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 9 a 12.

⁽¹⁹⁶⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do, “A crise... cit.. pág. 252.

arbitral”⁽¹⁹⁷⁾. Também a propósito do interesse da introdução da arbitragem em matérias de Direito Administrativo, refere ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO, que esse interesse é um fenómeno relativamente recente e proporcionado pelo grande número de pendências na jurisdição administrativa, situação essa, que o Autor descreve como sendo *angustiosa*⁽¹⁹⁸⁾. A este respeito, ainda no mesmo ordenamento jurídico, refere RICARDO RIVERO ORTEGA, que a reforma da justiça administrativa é uma das mais necessitadas, pois, “si el problema paradigmático de la Justicia en España es, según el mismo CGPJ, «el de las dilaciones y excesiva duración de los procedimientos judiciales», en el orden contencioso el incremento de la litigiosidad y consiguiente retraso en la resolución de los recursos se había convertido ya en un problema de cariz constitucional. Y lo más grave es que esta situación se prolonga desde hace años”⁽¹⁹⁹⁾

Na verdade, começa a verificar-se que “os tribunais que o Estado organiza e mantém são incapazes de cumprir as suas funções com um mínimo de eficácia”⁽²⁰⁰⁾, o que implica a procura por outros meios alternativos de resolução de litígios⁽²⁰¹⁾.

É como uma medida de combate à *crise da justiça*, especialmente, no domínio dos Tribunais administrativos e fiscais que a arbitrabilidade dos litígios *jus-administrativos* e *jus-tributários* se traduz numa vantagem. Com efeito, permite subtrair um grande número de processos aos Tribunais administrativos e fiscais, os quais, ao serem *desviados* para os Tribunais arbitrais, aliviam a excessiva carga daqueles, funcionando, deste modo, a arbitragem também como um verdadeiro meio de descongestionamento dos Tribunais da justiça oficial.

As segundas razões dizem respeito a questões de natureza estrutural e relacionam-se, principalmente, com algumas das características inerentes ao próprio processo de arbitragem.

Constatámos já que as formas de organização e actuação da Administração Pública vêm sofrendo diversas alterações. Com efeito, à Administração Pública tem vindo a ser

⁽¹⁹⁷⁾ Vide, Montalvo, Rafael Fernández; Gamello, Pilar Teso; Laso, Ángel Arozamena, *El Arbitraje...* cit. pág. 20.

⁽¹⁹⁸⁾ Vide, Bolado, Roberto O. Bustillo, *Convenios...* cit. pág.449.

⁽¹⁹⁹⁾ Ortega Ricardo Riviero, “Repensando el estado de derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la administración”, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Francisco Sosa Wagner, Separata da obra, págs. 2487 a 2497, em especial, cit. pág 2490.

⁽²⁰⁰⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 6.

⁽²⁰¹⁾ Por exemplo, informa-nos LÚCIO DE ASSUNÇÃO BARBOSA, que só no âmbito do contencioso tributário estão pendentes mais de 43.000 processos (Vide, Barbosa, Lúcio de Assunção, “A Arbitragem em Direito Tributário”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, organização Associação Ibero-Americana de Direito Tributário, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Edições Almedina, Coimbra, 2010, págs. 9 a 12, em especial pág. 9).

reconhecida ou concedida “novas dimensões de discricionariedade técnica e estratégica”⁽²⁰²⁾ as quais, como refere VIEIRA DE ANDRADE, são geradoras “de novos problemas e de dificuldades acrescidas em sede de controlo judicial”⁽²⁰³⁾.

O juiz do *processo administrativo* e do *processo tributário* defronta-se, cada vez mais, com questões de elevada e crescente complexidade técnica. Ao julgador do litígio impõe-se, agora, além do impreterível conhecimento jurídico, a exigência de conhecimentos técnicos especializados. Em virtude disso, sustenta JOÃO CAUPERS que “ser um técnico de direito, mesmo que excepcional, já não basta”⁽²⁰⁴⁾, afirmando, mesmo, que “o triunfo da via arbitral representa o fracasso dos juízes e o êxito dos peritos”⁽²⁰⁵⁾. Mantemos, contudo, algumas reservas quanto a esse triunfo da via arbitral enquanto significativo do fracasso dos juízes e êxito dos peritos. Com efeito, parece-nos mais adequado referir que, cada vez mais, o conhecimento do Direito deve ser acompanhado de um conhecimento especializado em matérias de elevada complexidade técnica. Por outras palavras, cada um daqueles conhecimentos deve completar-se mutuamente, não devendo um excluir o outro.

As razões estruturais respeitam, por este prisma, ao elevado grau de especialização dos árbitros que compõe os Tribunais arbitrais⁽²⁰⁶⁾. A este propósito, refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, que uma das vantagens do recurso a estes Tribunais será “a maior adequação das soluções proporcionadas por árbitros dotados de qualificações e conhecimentos técnicos especiais (*inclusive* extrajurídicos), capazes de responder à complexidade dos litígios em análise”⁽²⁰⁷⁾. Também FILIPE ROMÃO refere que “a virtude mais importante da arbitragem na área tributária [e administrativa] é a maior especialização que permite no tratamento de matérias que são cada vez mais complexas”(parênteses nosso)⁽²⁰⁸⁾.

Ademais, os Tribunais arbitrais apresentam-se, regra geral, tomando a expressão de LUÍS LIMA PINHEIRO, como uma forma mais “expedita”⁽²⁰⁹⁾ de resolução dos litígios. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA sublinha que este carácter mais expedito da justiça arbitral “assume relevância particular num contexto de lentidão crescente da tramitação processual e de

⁽²⁰²⁾ Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *Lições...* cit. pág. 26.

⁽²⁰³⁾ Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *Lições...* cit. pág. 26.

⁽²⁰⁴⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...” cit. pág. 7.

⁽²⁰⁵⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...” cit. pág. 7.

⁽²⁰⁶⁾ Vide, Pinheiro, Luís Lima, *Arbitragem...*, cit. pág. 26.

⁽²⁰⁷⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 49.

⁽²⁰⁸⁾ Vide, Romão, Filipe “A arbitragem...”, cit. pág. 51.

⁽²⁰⁹⁾ LUIS LIMA PINHEIRO salienta o “carácter mais expedito (...) da justiça arbitral” (Vide, Pinheiro, Luis Lima, *Arbitragem...*, cit. pág.

generalizada ineficiência dos tribunais administrativos [e fiscais]” (parênteses nosso)⁽²¹⁰⁾. Por outras palavras, tomando posse do discurso de JOHN HENN, diremos que “Na arbitragem, os processos são, geralmente, concluídos com maior celeridade do que em *tribunal*” (itálico nosso)⁽²¹¹⁾, isto porque, como refere o mesmo Autor, “Os processos são mais simples e necessariamente mais rápidos”⁽²¹²⁾ e são caracterizados “por uma maior flexibilidade e menor formalidade”⁽²¹³⁾. Ademais, contrariamente ao que acontece nos Tribunais da justiça oficial, a arbitragem tem sido encarada ainda como um meio secundário de resolução de litígios, daí que necessariamente, além das características apontadas, seja mais célere do que os Tribunais da justiça oficial.

Em termos de Direito comparado, as vantagens apontadas à arbitragem são, no semblante, as mesmas que referimos. Com efeito, por exemplo, RAFAEL FERNANDÉZ MONTALVO/PILAR TESO GAMELLA/ÁNGEL AROZAMENA referem que “el arbitraje puede ser un medio de solución de conflictos eficaz, ágil y rápido, en que los árbitros tienen una preparación específica sobre las materias sometidas a su decisión. Eficacia, celeridad y especialización son, por tanto, las ventajas que tradicionalmente se atribuyen al arbitraje”⁽²¹⁴⁾.

2.2. Obstáculos e respectiva superação: em especial em Direito Administrativo e em Direito Tributário

Propõe-se, agora, uma análise dos obstáculos e respectiva superação no domínio específico do Direito Administrativo e do Direito Tributário.

Deve, contudo, referir-se previamente que a superação de cada dos óbices específicos em cada um daqueles ramos do Direito Público se deve a um fenómeno de flexibilização comum a ambos os ramos do saber jurídico. Com efeito, a flexibilização dos obstáculos, em ambos os ramos do Direito Público, em muito ficou a dever-se à evolução do modelo de Estado que se repercutiu nas formas de actuação e de organização tradicionais da Administração Pública⁽²¹⁵⁾. Como refere SERGIO RISTUCCIA, “è che la sia pur tendenziale trasformazione degli apparati

⁽²¹⁰⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 49.

⁽²¹¹⁾ Vide, Henn, John, “Onde...”, cit. pág. 28.

⁽²¹²⁾ Vide, Romão, Filipe “A arbitragem...”, cit. pág. 50.

⁽²¹³⁾ Vide, Romão, Filipe “A arbitragem...”, cit. pág. 51.

⁽²¹⁴⁾ Vide, Montalvo, Rafael Fernández; Gamello, Pilar Teso; Laso, Ángel Arozamena, *El Arbitraje...* cit. págs. 23 e 24; entre outros, veja-se ainda entre outros, veja-se ainda, Ortega Ricardo Riviero, “Repensando... pág. 2492, cit. nota de rodapé, n. ° 18.

⁽²¹⁵⁾ Para um estudo aprofundado da evolução das formas de atuação e organização da Administração e a sua “fuga” para o Direito Privado, veja-se Estorninho, Maria João, *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2009.

pubblici statali in «amministrazioni di risultati» ha bisogno, o comunque si può molto giovare, di un uso più ampio dell'arbitrato in quanto strumento di gestione del contencioso orientato, per definizione, a risultati in tempi relativamente stretti”²¹⁶. Também ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, a propósito da evolução da colocação do problema da arbitrabilidade dos litígios de Direito Administrativo, salienta que foi “a conjugação da transversal liberalização da arbitragem com o fenómeno de «contratualização» da actividade administrativa que explica o estado actual da questão da arbitrabilidade dos litígios jus-administrativos”⁽²¹⁷⁾, pelo que, tal como na matéria administrativa, “também o caminho para a arbitrabilidade dos litígios jus-tributários acabará por ser inevitavelmente influenciado pelo processo (...) de passagem do Direito Fiscal (...) a «área de cooperação»”⁽²¹⁸⁾. Com efeito, verificamos já a tendência de crescente flexibilização também do Direito Tributário⁽²¹⁹⁾.

2.2.1. Em especial em Direito Administrativo

Como *supra* referimos⁽²²⁰⁾, no âmbito da discussão sobre a reforma do contencioso administrativo, JOÃO CAUPERS⁽²²¹⁾ apontava três como os principais obstáculos à consagração da arbitragem em matéria de Direito Administrativo. Referimos o segundo desses obstáculos, sendo que interessa-nos, agora, referir o primeiro e o terceiro dos obstáculos apontados pelo Professor. O primeiro obstáculo, segundo o Autor, decorria da indisponibilidade das competências, pois estas são “incontestavelmente poderes jurídicos mas não constituem direitos subjectivos”⁽²²²⁾, e visam a realização de um interesse que não é próprio do órgão administrativo, mas da colectividade. Neste sentido, referia que “na medida em que a arbitragem pode exigir um certa “gestão” dos poderes jurídicos dos órgãos da Administração Pública, ela pode ser dificultada pela indisponibilidade destes poderes”⁽²²³⁾. O terceiro obstáculo contendia com o princípio da legalidade, pois esta “abrange a legalidade orçamental, traduzida na vinculação das dotações orçamentais a categorias de despesas previamente estabelecidas”⁽²²⁴⁾. Estando a Administração

⁽²¹⁶⁾ Vide, Ristuccia, Sérgio, “Perché...”, cit. pág. 1 e 2. O Autor escreve a introdução da obra colectiva e a respeito do tema escolhido para reflexão coloca a questão “Perché «arbitrato e Pubblica Amministrazione?»”, à qual, dá a resposta por nós citada.

⁽²¹⁷⁾ Vide, Oliveira, Ana de Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 47.

⁽²¹⁸⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, cit. págs. 96 e 97.

⁽²¹⁹⁾ Veja-se, a nossa parte I, § 1.º, ponto 4., sub-ponto 4.2., nota de rodapé n.º 44.

⁽²²⁰⁾ Veja-se a nossa parte II, § 1.º, ponto 2., sub-ponto 2.1.1.

⁽²²¹⁾ Vide, Caupers, João, “A arbitragem nos litígios...”, págs. 5 e 6.

⁽²²²⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 5.

⁽²²³⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 5.

⁽²²⁴⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 6.

envolvida num conflito que apresenta dimensões económicas, como nos casos de responsabilidade civil e da sua actividade contratual, a lei não a autoriza a assumir a posição de devedor. Nestes casos, exige a “intervenção de uma autoridade de controlo, *maxime*, de um Tribunal”⁽²²⁵⁾. A limitação era, segundo o Autor, “compreensível: pode ser perigoso deixar nas mãos de um órgão da administração pública – mau grado as exigências de fundamentação da decisão – a opção de aceitar um pedido de pagamentos de montantes porventura elevados”⁽²²⁶⁾
⁽²²⁷⁾.

Referidos os principais obstáculos⁽²²⁸⁾ em matéria de arbitrabilidade administrativa, vejamos, agora, em termos gerais, os argumentos alvitados pela doutrina que têm vindo a promover a respectiva superação.

No que respeita ao obstáculo que após a reforma do contencioso administrativo, JOÃO CAUPERS, qualifica como o “principal obstáculo”⁽²²⁹⁾ à consagração da arbitragem no Direito Administrativo, é também aquele que, segundo ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, merece “mais funda reflexão”⁽²³⁰⁾. Estamos a referir-nos à indisponibilidade dos poderes dos órgãos dos poderes dos órgãos da Administração. Citando CASSESE, sustenta a Autora que ainda que se entenda que o princípio da legalidade seja “ «invocado erroneamente» – pois basta a existência de uma autorização legislativa geral (...) para que a legalidade não seja atingida com o recurso a árbitros”⁽²³¹⁾, é certo também que “pelo menos a «indisponibilidade» dos órgãos da Administração seria, de facto, incompatível com a submissão a árbitros”⁽²³²⁾, pelo menos à luz do critério da disponibilidade do direito. No entanto, conclui que “tal verificação mais não implicaria do que reconhecer a necessária circunscrição do campo de arbitrabilidade dos litígios jurídico-administrativos às zonas de disponibilidade da Administração sobre a situação jurídica em causa”⁽²³³⁾. Ademais, como bem referiu a Autora, não pode deixar-se de dar razão a quem, na

⁽²²⁵⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 6.

⁽²²⁶⁾ Vide, Caupers, João, “A Arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 6.

⁽²²⁷⁾ Também, segundo ALEXANDRA LEITÃO um dos principais obstáculos apontados à arbitrabilidade das relações *jus-administrativas* prende-se com “a natureza indisponível de muitas matérias, decorrentes do princípio da legalidade e do carácter imperativo de determinadas normas de Direito Administrativo” (Vide, Leitão, Alexandra, *A protecção...*, cit. pág. 396).

⁽²²⁸⁾ Os quais, têm, também, sido apontados por alguma doutrina estrangeira. Por exemplo, na doutrina espanhola pode ler-se Lora, Alejandro Huergo, “El arbitraje...”, págs. 277 a 281 e na doutrina italiana, Boscolo, Emanuelle, “L’arbitrato ...”, págs. 7 a 10.

⁽²²⁹⁾ Vide, Caupers, João, *Introdução...*, cit. pág.546.

⁽²³⁰⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 52

⁽²³¹⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 52

⁽²³²⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 52

⁽²³³⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 52

linha de RAUL VENTURA⁽²³⁴⁾, seguido por SÉRVULO CORREIA⁽²³⁵⁾ e ALEXANDRA LEITÃO⁽²³⁶⁾, chama a atenção para a inexistência de qualquer necessidade, lógica ou ontológica, de a arbitragem estar ligada à natureza disponível dos direitos controvertidos, uma vez que “as partes, ao submeterem a questão a árbitros, não estão a exercer qualquer poder de disposição sobre a situação controvertida, pois que o árbitro é, ainda e sempre, um julgador”⁽²³⁷⁾.

Embora os obstáculos apontados à arbitrabilidade dos litígios jus-administrativos tenham vindo a ser progressivamente ultrapassados, os mesmos não cederam o seu lugar a um princípio geral de arbitrabilidade em Direito Administrativo⁽²³⁸⁾, como adiante verificaremos.

2.2.2. Em especial em Direito Tributário

A discussão em torno da admissibilidade da arbitragem em matéria tributária em muito ficou a dever-se à sua prévia consagração no Direito Administrativo²³⁹. No entanto, vários obstáculos foram sendo colocados pela doutrina mais conservadora à admissibilidade da arbitragem em matéria tributária⁽²⁴⁰⁾, os quais, foram progressivamente sendo superados⁽²⁴¹⁾.

ANA PERESTRELO OLIVEIRA diz-nos que os obstáculos apontados à admissibilidade da arbitragem em matéria de Direito Tributário eram “essencialmente três, de relevância bem distinta: a tradicional visão da fiscalidade como «atributo de soberania», o princípio da legalidade fiscal enquanto «qualificado princípio da legalidade da administração», e, sobretudo, a problemática compatibilização da natureza da obrigação com o critério geral de arbitrabilidade

⁽²³⁴⁾ Vide Ventura, Raul, “Convenção...”, pág. 321.

⁽²³⁵⁾ Vide, Correia, José Manuel Sérvulo, “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, 1995, págs. 229 a 263, em especial pág. 234 e 235, nota de rodapé n.º 10.

⁽²³⁶⁾ Vide, Leitão, Alexandra, A protecção..., pág. 402.

⁽²³⁷⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 70.

⁽²³⁸⁾ Repare-se que dizer que não vigora no Direito Administrativo um princípio geral de arbitrabilidade é diferente de dizer que vigora hoje no nosso ordenamento jurídico um princípio geral de arbitrabilidade nos litígios com entes públicos. Portanto, aceitar um princípio não significa, necessariamente, excluir o outro.

⁽²³⁹⁾ Com efeito, entre outros, veja-se Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, em especial, págs. 83 e ss.; Feio, Diogo, “Arbitragem...”, pág. 31 a 33.

⁽²⁴⁰⁾ Não obstante ter sido o Direito Tributário pioneiro, entre os ramos do Direito Público, a utilizar o conceito de relação jurídica. Com efeito, o instituto jurídico da relação jurídica foi primeiramente pensado para ser aplicado às relações de Direito Privado, o que não impediu a sua aplicação generalizada a outros domínios. Entre estes, está o Direito Tributário, responsável pela entrada do conceito de relação jurídica no domínio do Direito Público (Para uma abordagem simples e esclarecedora da relação jurídica tributária, veja-se Rocha, Joaquim Freitas da, *Apostamentos de Direito Tributário (A relação Jurídica Tributária)*, AEDUM, Braga, 2009).

⁽²⁴¹⁾ No estrangeiro, alguns dos obstáculos que de seguida iremos referir, bem como a respectiva superação podem analisar-se em Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje...*, págs. 48 a 55, bem como, em Tella, Ramón Falcon y, “El arbitraje tributario”, in *Convención e Arbitraje en el Derecho Tributario*, org. Gabriel Elorriaga Pisarik, Instituto de Estudios Fiscales, 1996, págs. 257 a 261.

vigente entre nós (a «disponibilidade do direito»)⁽²⁴²⁾. No que respeita ao primeiro obstáculo, referia a Autora que “A matéria da fiscalidade, revelando da soberania do Estado e surgindo como um dos atributos principais desta, pareceria «escapar no essencial à competência dos árbitros» (...) a «soberania tributaria» vista como manifestação máxima da *publica potestas* e universalmente tida como um «aspecto (...) da soberania estadual», seria incompatível com a arbitragem enquanto processo privado de resolução de litígios”⁽²⁴³⁾⁽²⁴⁴⁾. Em relação ao segundo obstáculo, referia a Autora que “Objecção importante à apreciação por árbitros dos litígios entre o Fisco e contribuinte é, aparentemente, o princípio da legalidade fiscal: «enquanto qualificado princípio da legalidade da administração» este funcionaria como obstáculo, também ele qualificado, à arbitragem no domínio tributário”, pois, “poderia argumentar-se que, se no âmbito jurídico-público em geral (*maxime* do Direito Administrativo), o princípio da legalidade é já susceptível de dificultar (...) a introdução da arbitragem como meio de resolução litígios, mais intensamente ainda, no Direito tributário, esse princípio obstará à previsão do instituto”⁽²⁴⁵⁾. No que respeita ao terceiro obstáculo, que ANA PERESTRELO OLIVEIRA qualificou como verdadeiramente relevante, consistia na “natureza jurídica da obrigação tributária: obrigação *ex lege*, de carácter público, indisponível e irrenunciável, *prima facie* incompatível, enquanto tal, com a via arbitral”⁽²⁴⁶⁾, uma vez que “«as partes credora e devedora estão vinculadas ao mandato da mesma, pelo que o credor – a Administração – não poderá deixar de exigir a prestação que deriva da lei e nela se contém, e o devedor – o particular – não pode deixar de cumprir a sua prestação tal e qual da mesma lei deriva» (...) por força do princípio da indisponibilidade dos créditos tributários, a «Administração Fiscal esta obrigada a cobrar impostos legalmente devidos não podendo renunciar aos mesmos (por razões de equidade ou simplificação) senão em virtude de uma lei»”⁽²⁴⁷⁾. Assim, estes seriam, segundo a Autora, os principais óbices à arbitragem em matéria de Direito Tributário⁽²⁴⁸⁾. Contudo, ANA PERESTRELO OLIVEIRA contra-argumentou cada em deles, apresentando as respectivas formas de superação.

⁽²⁴²⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, cit. pág. 91.

⁽²⁴³⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, cit. págs. 91 e 92.

⁽²⁴⁴⁾ Com efeito, a ideia de que, tomando as palavras de FADLALLAH, “la fiscalité est l’un des attributs de la souveraineté” configurou durante muito tempo um sério impedimento à aceitação da arbitragem em Direito Tributário (Citado por BERNARD HANOTIAU em Hanotiau, Bernard, “L’arbitrabilité...”, cit. pág. 171).

⁽²⁴⁵⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, cit. pág. 93.

⁽²⁴⁶⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, cit. págs. 94 e 95.

⁽²⁴⁷⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, cit. pág. 95.

⁽²⁴⁸⁾ Também EDUARDO PAZ FERREIRA refere que são três as principais objecções que têm vindo a ser colocadas à arbitragem em matéria tributária, “elas são: a tradicional visão da legalidade como atributo de soberania; o princípio da legalidade fiscal; e a questão da

Com efeito, a Autora contra-argumenta cada um deles, mostrando a susceptibilidade da arbitrabilidade dos litígios jus-tributários. Em relação ao “«atributo *de soberania*» e a *pretensa incompatibilidade com a resolução arbitral*”⁽²⁴⁹⁾, referiu que “O argumento – apesar de impressionante e largamente dominante – não procede. Ele prova, na realidade, demais, conduzindo a negar a susceptibilidade de recurso a árbitros sempre que o Estado ou outro ente público fossem parte num litígio com particulares (...), ou seja, sempre que estivesse em causa uma relação de Direito público”⁽²⁵⁰⁾, pois, “ao menos nos espaços de «disponibilidade» (...), é permitido ao árbitro julgar actos de poderes públicos agindo nessa qualidade (...). Nem se pretenda que a intensidade da *publica potestas* é, aqui, maior do que no âmbito do Direito administrativo, obstando, por essa razão à arbitrabilidade dos litígios jus-tributários, mas já não à arbitrabilidade dos litígios surgidos naquele âmbito (...) tanto mais que o exercício do poder público soberano já não significa, hoje, uma radical separação em face do particular”⁽²⁵¹⁾. No que concerne ao princípio da legalidade tributária referiu a Autora que se tratava de um falso argumento. Isto porque “o princípio geral da legalidade da Administração não constitui obstáculo sustentável à arbitrabilidade dos litígios, o princípio da legalidade fiscal, em si mesmo, é também erroneamente invocado. (...) o significado que este último princípio assume é apenas o da necessidade de os impostos serem fixados por lei (reserva de lei formal) e de a lei conter a disciplina essencial dos mesmos (princípio da tipicidade ou reserva de lei material). Situamo-nos, pois, exclusivamente, no momento da criação/aumento dos impostos”⁽²⁵²⁾. Numa outra perspectiva, refere a Autora que “só na medida em que a legalidade fiscal convolvesse a relação jurídica tributária num espaço de total indisponibilidade poderia este princípio impedir a penetração da arbitragem no Direito Fiscal, concebido, então, como «um Direito regulador de condutas que não concede margem à eleição ou manifestação de vontade». Todavia, não é esse o sentido que, pelo menos actualmente, assume a legalidade fiscal”⁽²⁵³⁾. Ademais, como bem refere a Autora, “o problema assim referido se converte já num outro, carente de autonomização: justamente o da compatibilidade, em geral, das questões fiscais a árbitros com o critério da disponibilidade do direito”⁽²⁵⁴⁾, critério, que

indisponibilidade dos direitos” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade da arbitragem tributária”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos e Eduardo Paz Ferreira Almedina, 2010, págs. 15 a 24, em especial cit. pág. 22).

⁽²⁴⁹⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, cit. pág. 91.

⁽²⁵⁰⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* cit. pág. 92

⁽²⁵¹⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* cit. pág. 93.

⁽²⁵²⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. págs. 93 e 94.

⁽²⁵³⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 94.

⁽²⁵⁴⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 94.

entende que “o nosso ordenamento jurídico (...) erige em critério geral de arbitrabilidade”⁽²⁵⁵⁾. Com efeito, isto traria à colação a consideração que *supra* referimos⁽²⁵⁶⁾, da inexistência de qualquer necessidade, lógica ou ontológica, de a arbitragem estar ligada à natureza disponível dos direitos, uma vez que as partes, ao submeterem um litígio a arbitragem, não estão a exercer qualquer poder de disposição sobre a situação controvertida, pois que o árbitro é, ainda e sempre, um julgador, tal como o juiz tradicional. Finalmente em relação ao terceiro obstáculo apontado por ANA PERESTRELO OLIVEIRA⁽²⁵⁷⁾, respeitante à natureza da obrigação tributária e a sua possível colisão com o critério da disponibilidade do direito, que defende ser transversal a todo o nosso ordenamento, sustentou a Autora que este argumento seria facilmente contornável, se o campo de arbitrabilidade dos litígios *jus-tributários* fosse definido à luz do critério da disponibilidade do direito⁽²⁵⁸⁾.

Para DIOGO ORTIGÃO RAMOS/PEDRO VITAL MATOS, as razões da restrição à arbitrabilidade das matérias tributárias decorrem essencialmente do facto de que “a Administração Tributária exerce as suas competências em nome da fazenda pública, sendo inequívoco que é na esfera desta última que reside o direito aos créditos tributários, donde se retira a indisponibilidade destes por parte da Administração Tributária”⁽²⁵⁹⁾. Referem, ainda, que “a introdução da arbitragem no âmbito das relações jurídicas tributárias, como forma alternativa

⁽²⁵⁵⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 94.

⁽²⁵⁶⁾ Com efeito, veja-se a nossa parte II, § 1.º, ponto 2, sub-ponto 2.2.1.

⁽²⁵⁷⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...*, cit. pág. 96.

⁽²⁵⁸⁾ Também EDUARDO PAZ FERREIRA refuta as objecções que têm vindo a ser apontadas à arbitragem em matéria tributária. Refere o Autor que o “princípio da soberania (...) continua a existir, mas não podemos tentar manter concepções extremadas e que encontram algum apoio doutrinário (...) na concepção do fisco quase como uma entidade diferente do Estado, ainda dotada de poderes superiores ao Estado” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade...”, cit. pág. 22). Sustenta que tal entendimento “não é real e assenta em dois equívocos: primeiro, no equívoco de tentação totalitária por parte do Estado, mas também no equívoco oposto, que é o equívoco de considerar a riqueza como um valor fundamental” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade...”, cit. pág. 22), atribuindo-se “a qualquer amputação da riqueza (...) um peso maior do que os outros valores que podem ser igualmente sacrificados pelos poderes soberanos” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade...”, cit. pág. 22). Conclui, alegando não existir “qualquer razão para hoje distinguir a soberania fiscal das outras vertentes da soberania” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade...”, cit. pág. 22). A respeito do princípio da legalidade tributária, numa argumentação que se aproxima da de ANA PERESTRELO OLIVEIRA, refere o Autor que a sua invocação como obstáculo à arbitragem em matéria tributária se deve a uma clara “confusão de momentos”, pois “O princípio da legalidade situa-se no plano da criação de normas fiscais, traduz-se na exigência que essas normas sejam criadas por lei, obedeçam a determinados princípios, (...) mas não tem implicações directas no plano da sua interpretação e da sua aplicação” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade...”, cit. pág. 23). Finalmente, no que concerne à questão da indisponibilidade, EDUARDO PAZ FERREIRA refere que se trata de “um princípio fundamental do direito fiscal” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade...”, cit. pág. 23), sendo que poderia aqui criar-se alguma dificuldade em aceitar-se a arbitragem, pois “é uma constante da legislação sobre arbitragem a ideia que dela não podem ser objecto os créditos indisponíveis” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade...”, cit. pág. 23.) No entanto, defende o Autor que “estamos em face de interpretação de preceitos e que isso não viola a ideia de indisponibilidade dos créditos fiscais” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade...”, cit. pág. 23).

⁽²⁵⁹⁾ Vide, Ramos, Diogo Ortigão; Matos, Pedro Vital, “Admissibilidade...”, cit. pág. 25.

de resolução de litígios, é susceptível de gerar para os contribuintes fundadas dúvidas sobre a aplicação correcta e igualitária da lei (...) significa isto que um eventual regime de arbitragem tributária que não seja apreendido pelos demais contribuintes com justo e apto a salvaguardar o interesse público na boa aplicação das leis tributárias trará consigo, quase inevitavelmente, compreensíveis suspeitas sobre a bondade da actuação da Administração Tributária”⁽²⁶⁰⁾, sendo que mesmo a admitir-se a arbitragem “não se afigura fácil um regime de arbitragem que, ao mesmo tempo, que respeite os princípios da legalidade e igualdade entre os contribuintes, logre ter um campo de aplicação efectiva suficientemente amplo para justificar a sua existência”⁽²⁶¹⁾.

No entanto, este entendimento perderia a sua razão de ser, ao tomarmos em devida conta as palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS, pois “a arbitragem, em si mesma, nada mais é do que um processo jurisdicional exercida por juízes/árbitros não estaduais. Em princípio, e se a arbitragem for bem conduzida, a decisão final seria a que tomaria um tribunal do Estado que decidisse correctamente. Este argumento de que a arbitragem põe em perigo a indisponibilidade das obrigações tributárias envolve, já o dissemos, um prejuízo: a única solução possível dos conflitos em Direito Tributário seria a auto-composição pela Administração Tributária. Só esta se pode julgar a si mesma. Daí que, até não há muito, em “*Direito*” português certas matérias tributárias eram excluídas da competência dos tribunais – alegadamente por serem demasiadamente técnicas. Os únicos meios à disposição dos contribuintes eram as reclamações ou recursos administrativos – em que a Administração Tributária concedia a “*graça*” de auto-julgar-se. (...) Mas, ultrapassado este período, há que restabelecer firmemente o princípio da hetero-composição de interesses e trazer dentro dele o princípio da arbitragem”⁽²⁶²⁾. Esta consideração traz novamente à colação o entendimento de que as partes, ao submeterem um litígio a arbitragem, não estão a exercer qualquer poder de disposição sobre a situação controvertida, pois que o árbitro é um julgador, tal como o juiz do Estado.

Os obstáculos foram sendo superados de um modo geral, levando à consagração do Regime da Arbitragem Tributária. Contudo, como veremos quando analisarmos o respectivo regime, tal como na arbitragem em matéria administrativa, o legislador, não consagrou um princípio geral de arbitrabilidade no Direito Tributário.

⁽²⁶⁰⁾ Vide, Ramos, Diogo Ortigão; Matos, Pedro Vital, “Admissibilidade...”, cit. pág. 26 e 27.

⁽²⁶¹⁾ Vide, Ramos, Diogo Ortigão; Matos, Pedro Vital, “Admissibilidade...”, cit. pág. 26 e 27.

⁽²⁶²⁾ Vide, Campos, Diogo Leite de, A Arbitragem..., cit. pág. 50.

§ 2.º Regime jurídico da arbitragem em matéria administrativa

1. Evolução do regime jurídico da arbitragem em matéria administrativa

Segundo JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, podemos distinguir três fases históricas na evolução da relação da arbitragem com o Direito Administrativo⁽²⁶³⁾. Em cada uma dessas fases, independentemente da maior ou menor intensidade da relação, podemos encontrar algumas referências legislativas à arbitragem. Certo é, que tais referências foram aumentando ao longo de cada uma das fases históricas identificadas pelo Autor.

Assim, podemos identificar uma primeira fase que mediou entre o século XIX e meados do Século XX e dominada por um princípio de interdição da arbitragem no Direito Administrativo⁽²⁶⁴⁾. Ainda assim, nesta fase de negação, como refere JOSÉ LUIS ESQUÍVEL “já desapontavam aqui e ali alguns sinais demonstrativos da presença da arbitragem na resolução de questões de natureza administrativa”⁽²⁶⁵⁾. Alguns diplomas avulsos iam permitindo a arbitragem, designadamente, no contrato de empreitada de obras públicas – o Decreto n.º 4076 de 10 de Abril de 1918⁽²⁶⁶⁾ – e no contrato de concessão de serviços públicos⁽²⁶⁷⁾. Daí que faça

⁽²⁶³⁾ Vide, Esquível, José Luís, *Os Contratos...* págs. 135 e ss e, do mesmo Autor, “A Arbitragem Institucionalizada e os conflitos de Direito Administrativo”, in *Mais justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 121 a 129.

⁽²⁶⁴⁾ Nesta fase, coincidente com o Estado Liberal a Administração gozava de um privilégio de jurisdição e dispunha de órgãos próprios para a resolução dos seus conflitos, por isso, explica JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, citando LAFERRIÈRE, era natural que se questionasse “como admitir, com efeito, que o Estado possa aceitar árbitros nas causas onde ele próprio não pode recorrer aos tribunais comuns?” (Vide, Esquível, José Luís, *Os Contratos...* cit. pág. 137).

Uma rígida aplicação do Princípio da Separação de Poderes afastava a ideia dos conflitos *jus-administrativos* serem resolvidos por árbitros, porquanto, a própria arbitragem era vista como um complemento da justiça oficial e não como um meio alternativo e concorrente de resolução de litígios. Neste período, “em nome do princípio da separação de Poderes entre a Administração e a Justiça, acaba por se instituir uma verdadeira indiferenciação entre as funções de administrar e de julgar. Na realidade, o que se consagra não é apenas a separação entre a função administrativa e a função de judicial, impedindo que os tribunais e as entidades administrativas interfiram reciprocamente nas respectivas actividades, mas consagra-se também a impossibilidade de os tribunais conhecerem dos litígios que eventualmente surjam entre a Administração e os particulares” (Vide, Estorninho, Maria João, *A Fuga...*, cit. págs. 30 e 31).

⁽²⁶⁵⁾ Vide, Esquível, José Luís, “A Arbitragem...” cit. pág. 123.

⁽²⁶⁶⁾ Este veio permitir a revisão dos preços dos contratos de empreitada de obras públicas, em virtude da subida vertiginosa de preços provocada pela 2ª Guerra Mundial. Este diploma previa no seu artigo 5º que no caso das empreitadas adjudicadas por importância superior a 10.000\$00, se houver desacordo entre o Governo e o empreiteiro, este poderá recorrer a um tribunal arbitral, composto por cinco membros, sendo dois nomeados pelo Governo, dois indicados pelo empreiteiro e o quinto por acordo entre as partes, ou na falta de acordo, pelo STJ. O critério de decisão era a equidade, sem possibilidade de recurso, devendo o tribunal arbitral proferir a sua decisão no prazo de três meses, o qual poderia ser prorrogado por acordo das partes, quando existissem situações excepcionais. Também o Regulamento para a execução e contabilidade de Obras Públicas, aprovado pelo Decreto n.º 4667 de 14 de Julho de 1918 admitia o recurso ao Tribunal arbitral em três casos distintos. O primeiro caso estava consagrado no artigo 14º e referia-se à situação de consignação da empreitada; o segundo caso estava previsto no artigo 20º que respeitava as situações em que o empreiteiro não cumprisse com as ordens do chefe de secção (pessoa que nos termos do

todo o sentido afirmar-se que o contrato administrativo, sujeito à legalidade administrativa, na sua missão de prossecução do interesse público, deu vida à arbitragem no Direito Administrativo e, tomando a expressão de JOSÉ LUÍS ESQUIVEL, foi o “oásis” que a manteve viva neste ramo do saber jurídico⁽²⁶⁸⁾.

Uma segunda fase que teve início no período pós-guerra e que se prolonga até aos anos oitenta⁽²⁶⁹⁾ e na qual o princípio de interdição da arbitragem, que vigorou no período anterior, começa a ser flexibilizar-se. O contrato de empreitada de obras públicas⁽²⁷⁰⁾ e o contrato de concessão de serviços públicos continuaram nesta fase a ser o *oásis* da arbitragem em matéria de Direito Administrativo. O artigo 818º do Código Administrativo ao prescrever que a competência contenciosa era de ordem pública, não se alterando, nem se modificando por arbitrio das partes, vedou a criação de tribunais arbitrais em matéria administrativa, exceptuando os casos em que o recurso à arbitragem resultasse de lei especial. No entanto, numa série de quatro acórdãos do STA, na década de 50 e inícios de 60, o Tribunal inclinou-se no sentido de admitir a possibilidade do recurso à arbitragem em matéria administrativa, sem que houvesse necessidade de norma legal habilitante, fundamentando a sua decisão na aplicação dos artigos 1562º e 1565º do Código de Processo Civil⁽²⁷¹⁾. Como refere SÉRVULO CORREIA, poder-se-á concluir que “nas décadas que antecederam a publicação, em 1984, do Estatuto dos Tribunais Administrativos, se firmara em Portugal a admissibilidade das convenções arbitrais sobre as matérias da interpretação, validade ou execução dos contratos administrativos”⁽²⁷²⁾. No entanto,

artigo 3º do referido Decreto Lei era responsável pela recepção de materiais, bem como pela boa e pontual execução dos trabalhos, em conformidade com os projectos aprovados, com as condições dos contratos e com as ordens do engenheiro director); a terceira situação, prevista no artigo 22º, prende-se com os casos em que o empreiteiro reclama uma determinada indemnização por danos resultantes de força maior que, por força do contrato, não fossem da sua responsabilidade.

Apesar das [escassas] aberturas referidas neste tipo de contrato, ainda assim a última palavra na resolução dos litígios emergentes cabia ao Governo, nos termos do disposto no Decreto de 9 de Maio de 1906 (Para um estudo mais aprofundado da matéria, veja-se Esquivel, José Luís, *Contratos...*, págs. 139 a 142 e as referências do Autor).

⁽²⁶⁸⁾ Para um estudo mais aprofundado da matéria veja-se, Esquivel, José Luís, *Os Contratos...*, págs. 139 a 142.

⁽²⁶⁹⁾ Vide, Esquivel, José Luís, *Os Contratos...* cit. pág. 136.

⁽²⁶⁹⁾ Esta segunda fase, por sua vez, é coincidente com o declínio do Estado Liberal.

⁽²⁷⁰⁾ Nesta fase já com a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969 que previa no artigo 217º, n.º 3, que as partes em tais contratos podiam acordar submeter a um Tribunal arbitral os litígios sobre a respectiva validade, interpretação ou execução.

⁽²⁷¹⁾ SÉRVULO CORREIA diz-nos que numa série de acórdãos proferidos nos anos de 1955, 1956, 1957 e 1961, o STA pronunciou-se no sentido da validade de cláusulas compromissórias existentes neste tipo de contratos, independentemente, da existência de lei especial a admitir tal possibilidade. Esta foi uma posição contra a qual se insurgiu o Professor MARQUES GUEDES, para quem, na falta de disposição especial que permitisse as convenções de arbitragem no domínio das acções administrativas, deveriam ser aplicadas as normas que imperativamente estabeleciam a competência dos Tribunais Administrativos. No entanto, a doutrina dominante acabaria por concordar com a posição de abertura sustentada nas decisões do STA (Vide Correia, José Manuel Sérvulo, “A arbitragem...”, págs. 231 e 232).

⁽²⁷²⁾ Vide, Correia, José Manuel Sérvulo, “Arbitragem... cit. pág. 235.

além das disposições relativas a contratos administrativos, para MARCELO REBELO DE SOUSA, também no regime de atribuição das indemnizações devidas ao ex-titulares de direitos sobre bens nacionalizados ou expropriados – Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro – era possível encontrar uma referência ao Tribunal arbitral, sob a forma de *comissões arbitrais*⁽²⁷³⁾.

Uma terceira fase que teve início nos anos oitenta até ao momento actual. Em 1984 e 1985 com a primeira reforma do Contencioso Administrativo, após a Constituição de 1976, resultam dois importantes diplomas legislativos: o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais⁽²⁷⁴⁾ (ETAF) e a Lei de Processo nos Tribunais Administrativos⁽²⁷⁵⁾ (LPTA). Do primeiro dos diplomas referidos importa especialmente o artigo 2.º n.º 2 que admitia a constituição de Tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade extracontratual da Administração⁽²⁷⁶⁾. Como refere SÉRVULO CORREIA⁽²⁷⁷⁾ esta disposição legal limitou-se a consolidar uma solução já conhecida do ordenamento jurídico português, alargando-a inovatoriamente ao contencioso da responsabilidade civil por actos de gestão pública da Administração. Por sua vez, em 1986, a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, veio dispor no seu artigo 1.º n.º 4 que o Estado e demais pessoas colectivas de direito público podiam comprometer-se em arbitragens, desde que para tal fossem autorizadas por lei especial. Para SÉRVULO CORREIA⁽²⁷⁸⁾, este preceito veio completar o artigo 2.º, n.º 2 do ETAF, o qual

⁽²⁷³⁾ Vide, Sousa, Marcelo Rebelo de, “As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal”, in *ROA*, ano 49, Vol.II, Setembro 1989, págs. 369 a 463, em especial págs. 371 a 393.

Nos termos do artigo 16.º do diploma, na sua redacção originária, os interessados, além da possibilidade de recurso para os Tribunais comuns, podiam recorrer do ato administrativo ministerial que fixasse o valor de cada acção, parte do capital ou valor global da indemnização, para o STA ou para uma *comissão arbitral*. Segundo o Professor, este órgão, entre outras, dispunha de competência para julgar da existência dos créditos pretendidos e para reapreciar de pleno direito a liquidação, a avaliação e as formas de pagamento, podendo anular ou modificar os atos impugnados. Tal como o Autor e a maior parte da doutrina, a jurisprudência do STA parece ter aceite a natureza jurisdicional de tais *comissões arbitrais* na redacção inicial do preceito. Neste sentido vejam-se os Ac’s. do STA de 3/07/1990, proc. n.º 026288 e o de 10/07/1990, Proc. n.º 026215, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁽²⁷⁴⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril.

⁽²⁷⁵⁾ Aprovada pelo Decreto-Lei 267/85, de 16 de Julho.

⁽²⁷⁶⁾ Sob a epígrafe “Órgãos da jurisdição” dispunha o artigo 2.º, n.º 2 do ETAF que “São admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso”.

⁽²⁷⁷⁾ Vide, Correia, José Manuel Sérvulo, “Arbitragem...pág. 237.

⁽²⁷⁸⁾ Segundo o Autor, a entrada em vigor do preceito da LAV veio levantar no seio da doutrina administrativa duas questões: a primeira questão seria a de saber se o mesmo veio exercer algum efeito modificativo ou extintivo em relação à força habilitante do artigo 2.º, n.º 2 da LAV; a segunda questão seria a de saber em que medida se aplicariam integralmente à arbitragem no domínio do contencioso administrativo os preceitos da LAV. Quanto à primeira questão o Autor respondia que o preceito da LAV e o artigo 2.º, n.º 2 da LAV se completavam mutuamente, sendo plenamente passíveis de uma aplicação integrada. Em suma, argumentava, por um lado, que se o legislador utilizasse um diploma como a LAV, fundamentalmente situado no campo do Direito Processual Civil, para autorizar desde logo genericamente a Administração Pública a celebrar convenções de arbitragem, estaria a regular em sede imprópria a competência dos Tribunais administrativos. Por outro lado, a

deveria entender-se como uma das leis especiais a que se referia o preceito da LAV. Para além da disposição do ETAF, também MARCELO REBELO DE SOUSA⁽²⁷⁹⁾, a propósito da já referida Lei n.º 80/77 de 26 de Outubro, agora com a redacção dada pelo Decreto-lei n.º 343/80 de 2 de Setembro, entendia que esta era lei especial face à disposição da LAV⁽²⁸⁰⁾. Em 1991 foi aprovado o Código de Procedimento Administrativo⁽²⁸¹⁾ (CPA) que, no seu artigo 188º, veio consagrar a validade da cláusula compromissória de arbitragem no domínio dos contratos administrativos. O novo preceito legal não abarcava na sua estatuição todas as convenções de arbitragem, mas tão só as cláusulas compromissórias. No entanto, aos olhos de alguma doutrina, isso não implicava que o compromisso arbitral tenha ficado excluído do contencioso dos contratos administrativos. Segundo SÉRVULO CORREIA⁽²⁸²⁾, também este artigo veio colocar-se em posição de lei especial,

autorização por lei especial a que se refere o n.º 4 do artigo 2.º da LAV estendia-se apenas a litígios que não se relacionassem com questões do Direito Privado, pois só nas relações de Direito Administrativo, a Administração estaria sujeita ao princípio da legalidade, o qual, a par da natureza de ordem pública dos Tribunais administrativos, impunha que as autorizações ao recurso à arbitragem pela Administração Pública se fizessem por leis especiais. Quanto à segunda questão, o Autor respondia que sendo a arbitragem no domínio dos contratos administrativos um instituto do contencioso administrativo, ela deveria regular-se em primeiro lugar pela legislação própria deste contencioso e só supletivamente pelas normas do processo civil (Para um estudo mais aprofundado das questões levantadas veja-se, Correia, José Manuel Sérvulo, “Arbitragem... pág. 238 a 245 e as referências do Autor).

⁽²⁷⁹⁾ Para MARCELO REBELO DE SOUSA, como supra referimos a propósito da redacção originária do artigo 16.º da Lei 80/77, tais comissões, mesmo após a redacção dada à Lei n.º 80/77 pelo Decreto-lei n.º 343/80, eram qualificáveis como órgãos de natureza jurisdicional e não como órgãos administrativos, eventuais ou facultativos, com funções consultivas exercidas junto do Ministro das Finanças. Para o Professor, atendendo à função atribuída a tais comissões de julgar conflitos de interesses, ou seja, de resolver controvérsias jurídicas sem outro fim que não seja o da realização do Direito e da paz jurídica, justificava-se a atribuição da natureza de órgãos jurisdicionais. No entanto, admite que contra o seu entendimento várias razões poderiam ser levantadas, passando, de seguida, à sua refutação (Para um aprofundamento da questão, veja-se, Sousa, Marcelo Rebelo de, “As indemnizações..., págs. 388 e ss).

Na jurisprudência é possível encontrar quer decisões que foram no sentido da posição de MARCELO REBELO DE SOUSA, quer no sentido que tais comissões não eram órgãos jurisdicionais. Defendendo a posição do Autor podemos ler os Ac's do STA de 14/02/1991, Proc. n.º 027705 e de 05-05-1992, proc. n.º 026216. Em sentido contrário ao do Autor poder ler-se nos Ac's do STA de 19/02/1997, Proc. n.º 029768 e de 28-09-1999, proc. n.º 029777 (todos disponíveis em www.dgsi.pt).

⁽²⁸⁰⁾ Neste sentido, Moncada, Luís Cabral de, “Modelos... pág. 485.

⁽²⁸¹⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei 442/91, de 15 de Novembro.

⁽²⁸²⁾ Segundo o Autor, no que respeita às cláusulas compromissórias, o preceito do CPA veio sobrepor-se ao n.º 2 do artigo 2.º do ETAF, na sua função de norma habilitante.

Diz-nos SÉRVULO CORREIA que a entrada em vigor desta norma veio, no entanto, levantar duas questões. A primeira questão seria a de saber se a permissão da estipulação de cláusulas compromissórias no artigo 188.º do CPA reflectiria um entendimento do legislador segundo o qual o n.º 2 do artigo 2.º do ETAF, não bastaria para legitimar esse tipo de convenção de arbitragem. A segunda questão seria a de saber se a ausência de idêntica permissão no artigo 188.º do CPA para os compromissos arbitrais, não implicaria que esta modalidade da convenção de arbitragem carecesse da lei especial, exigida pelo artigo 1.º, n.º 4 da LAV.

Às questões levantadas o Autor acabou por dar uma resposta negativa, baseando-se numa mesma consideração de carácter sistemático. Defendeu o Autor que o âmbito do artigo 188º do CPA resultava da natureza e do âmbito próprio do diploma no qual estava inserido: um código. Foi o propósito de agrupar segundo uma sistematização de base científica a regulação básica de certos institutos de Direito Administrativo que conduziu o legislador a compendiar preceitos que já se encontravam dispersos por diplomas anteriores, designadamente, a norma habilitante do ETAF. Deste modo, a inclusão no CPA da permissão de cláusulas compromissórias não indicava o carácter inovatório da

em relação à disposição da LAV⁽²⁸³⁾. A reforma do contencioso administrativo em 2002/2004 veio significar uma profunda intensificação da relação da arbitragem com o Direito Administrativo⁽²⁸⁴⁾. Desta reforma resultam dois importantes diplomas: o Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁽²⁸⁵⁾ (CPTA) e um novo ETAF^{(286) (287)}. A arbitragem toma o lugar num código de *direito processual administrativo*. O CPTA, que veio substituir a LPTA, na qual não havia qualquer referência à arbitragem, consagra um título inteiramente dedicado a esta matéria. Com a aprovação do Código dos Contratos Públicos (CPP) em 2008⁽²⁸⁸⁾, o artigo 188.º do CPA foi revogado. Porém, não se encontra no diploma nenhuma referência directa ao mecanismo, à excepção de algumas referências indirectas⁽²⁸⁹⁾, sendo certo, como refere LUIS CABRAL

regulação, mas apenas mostrava que o legislador havia compreendido que essa permissão tinha um lugar próprio entre os vários preceitos que traçavam o perfil essencial da importante forma de actuação da Administração, que é o contrato. É essa mesma razão de carácter sistemático que explica que o artigo 188º do CPA, não tenha regulado os compromissos arbitrais em paralelo com as cláusulas compromissórias, pois ao passo que estas últimas integram o contrato, os compromissos arbitrais são acordos supervenientes e exteriores ao contrato (Para um maior aprofundamento do tema veja-se, Correia, José Manuel Sérvulo, "Arbitragem... págs. 252 e 253 e as referências do Autor).

⁽²⁸³⁾ No sentido de que o compromisso arbitral não ficou vedado no domínio dos contratos administrativos manifestou-se PEDRO GONÇALVES ao sustentar que "O recurso à arbitragem pode aparecer logo no contrato (ou em acordo adicional), caso em que (...) se fala em *cláusula compromissória*, quando a convenção de arbitragem for celebrada em face de um conflito actual (...) diz-se que o recurso ao tribunal se funda num *compromisso arbitral*" (Vide, Gonçalves, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, Março 1999, págs. 366 e 367).

Também ALEXANDRA LEITÃO ao referir-se ao artigo 188.º do CPA adiantou que este se revelava demasiado restritivo, no entanto, tais restrições seriam "ultrapassáveis, à luz da cláusula geral do artigo 2.º, n.º 2, do ETAF" (Vide, Leitão, Alexandra, *A protecção...*, pág. 398).

⁽²⁸⁴⁾ Neste contexto, refira-se a importância da Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, de 28 de Dezembro que, de acordo com a súmula oficial, veio promover, determinar e recomendar a resolução de litígios por meios alternativos, como a mediação e a arbitragem, apelando, em especial, ao seu uso no seio das relações do Estado com os cidadãos.

É importante salientar, ainda, o contributo do Conselho da Europa que na Recomendação Rec(2001)9 apelou à criação de mecanismos de resolução alternativa de litígios entre as autoridades administrativas e as entidades privadas. A propósito desta recomendação, escreve MARIA DA CONCEIÇÃO OLIVEIRA que a mesma foi precedida de um amplo debate, entre especialistas em Direito Administrativo, fazendo menção à conferência multilateral subordinada ao tema "Alternativas à litigância entre as entidades administrativas e os particulares: conciliação, mediação e arbitragem", realizada em Lisboa em Junho de 1999 (Vide, Oliveira, Maria da Conceição, "Mediação... págs. 63 a 67).

⁽²⁸⁵⁾ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro e que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2004.

⁽²⁸⁶⁾ Aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro e que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2004.

⁽²⁸⁷⁾ Refira-se a importância que revestiram os seus anteprojectos – AETAF e ACPTA – na discussão sobre a introdução da arbitragem em matéria de Direito Administrativo (Veja-se, Claro, João Martins, "A arbitragem...págs. 179 a 185).

⁽²⁸⁸⁾ Aprovado pelo Decreto-lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro, que revogou o Capítulo III da parte IV do CPA.

⁽²⁸⁹⁾ Entre outros vejam-se os seguintes artigos do CPP: o artigo 283.º n.º 4 do CPP que prevê a possibilidade de afastar o efeito anulatório do contrato anulável por ter sido celebrado com base em ato procedimental anulado ou anulável por decisão arbitral; o artigo 311.º, n.º1 alínea b) que prevê a possibilidade de modificação objectiva do contrato por decisão arbitral; o artigo 330.º, alínea c) que prevê a possibilidade de extinção do contrato mediante a sua resolução por via de decisão arbitral; o artigo 332.º, n.º 3 do CPP que prevê a possibilidade de resolução do contrato por iniciativa da entidade co-contratante através de arbitragem; o artigo 343.º que prevê o acompanhamento dos processos arbitrais, quando o contrato configure uma parceria público-privada, pelo ministro ou membro do Governo Regional responsável pela área das finanças ou pelo ministro ou membro do Governo Regional da tutela sectorial, consoante os casos.

MONCADA que o “desaparecimento do referido art. 188.º do CPA favoreceu (...) a concentração do regime jurídico da arbitragem administrativa no sítio onde deve estar ou seja, no CPTA”⁽²⁹⁰⁾.

2. Regime jurídico da arbitragem em matéria administrativa: *iure conditio*

2.1. Regime da arbitragem administrativa: análise do título IX do CPTA

No ordenamento jurídico português, é o CPTA que, no seu título IX, intitulado de “Tribunal arbitral e centros de arbitragem”, nos artigos 180.º a 187.º, regula de um modo geral a arbitragem em matéria de Direito Administrativo. É este capítulo que constitui *lei especial* para o efeito do disposto no artigo 1.º, n.º 4 da LAV⁽²⁹¹⁾.

Não obstante, o regime consagrado no CPTA remete, quase integralmente, para as disposições da LAV. Além disso, estão espalhadas, em diversos diplomas avulsos, no domínio da contratação pública, inúmeras regras especiais sobre arbitragem⁽²⁹²⁾.

2.1.1. Objecto da arbitragem em matéria administrativa

O artigo 180º nº1 do CPTA consagra o âmbito material dos litígios susceptíveis de resolução por um Tribunal arbitral *ad hoc*. É neste artigo que podem encontrar-se as matérias que, sendo da competência dos Tribunais Administrativos, poderão ser submetidas à resolução por via arbitral⁽²⁹³⁾.

⁽²⁹⁰⁾ Vide, Moncada, Luís Cabral de, “Modelos... cit pág. 486, em especial nota de rodapé n.º 9.

⁽²⁹¹⁾ Vindo a ser aprovada a Proposta de lei n.º 22/XII, será a lei especial, para o efeito do disposto no artigo 1.º, n.º 5 da LAV.

⁽²⁹²⁾ Veja-se, a título de exemplo, o Decreto-lei n.º 55-A/2000 de 14 de Abril que aprovou as bases da concessão SCUT do Algarve no Capítulo XXIII, Base XC e Base XCI prevê o processo de arbitragem e o modo de constituição do Tribunal arbitral; o Decreto-lei 329-A/2007 de 27 de Dezembro que aprova as bases da concessão Douro Litoral e que no capítulo XXVI prevê a resolução de diferendos através de arbitragem e a as respectivas regras de constituição do Tribunal arbitral; o Decreto-lei n.º 86/2008 de 28 de Maio que estabelece as bases da Concessão Túnel do Marão que na base 85 prevê a arbitragem como meio de resolução de litígios e na base 86 prevê as regras quanto ao modo de constituição do Tribunal arbitral; o Decreto-lei 31/2003 de 17 de Fevereiro que estabelece as bases da concessão do serviço público de telecomunicações (alterando as bases publicados em anexo ao Decreto-lei 40/95 de 15 de Fevereiro) e que no capítulo XV prevê também regras para a constituição do Tribunal arbitral; o Decreto-lei 33/2010 de 14 de Abril (cuja vigência foi entretanto suspensa) que prevê as bases da concessão de exploração do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil nos Aeroportos de Lisboa (Portela), do Porto (Francisco Sá Carneiro), de Faro, de Ponta Delgada (João Paulo II), de Santa Maria, da Horta e das Flores, que no capítulo XV também prevê a arbitragem como modo de resolução dos litígios e as respectivas regras de funcionamento do Tribunal Arbitral. Estes diplomas são apenas uma pequena *amostra* do extenso rol de diplomas nos quais podemos encontrar regras sobre arbitragem e aos quais não deixaremos de fazer referência, em nota de rodapé, ao longo da exposição seguinte.

⁽²⁹³⁾ Assim o entendem MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO CADILHA, referindo que o “artigo 180º é uma “lei especial”, para o efeito do disposto no artigo 1.º, n.º 4, da LAV, que permite o recurso à arbitragem em determinadas matérias correspondentes ao âmbito da jurisdição administrativa” (Vide, Almeida, Mário Aroso de, Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, cit. pág. 1144).

Sem prejuízo do disposto em lei especial⁽²⁹⁴⁾, a competência dos Tribunais arbitrais *ad hoc* compreende a apreciação das seguintes matérias:

- i Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução⁽²⁹⁵⁾;
- ii Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso⁽²⁹⁶⁾, com a exclusão de questões de responsabilidade civil por prejuízos

⁽²⁹⁴⁾ Segundo VIEIRA DE ANDRADE lei especial, entre outros casos, será, por exemplo, a arbitragem, prevista no âmbito dos contratos de trabalho em funções públicas – Lei 59/2009, de 11 de Setembro, Anexo I (Regime), artigos 371 e ss; Anexo II (Regulamento), artigos 264.º e ss (Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...*, pág. 126, nota de rodapé n.º 260).

⁽²⁹⁵⁾ Vide, artigo 180.º, n.º 1, aliena a) do CPTA.

As questões respeitantes a contratos a que o preceito se refere serão naturalmente aquelas que cabem no domínio da jurisdição administrativa, por estarem abrangidas pela previsão das alíneas b), e) ou f) do artigo 4.º n.º 1 do ETAF (No sentido proposto por Almeida, Mário Aroso de, Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...*, pág. 1146; Almeida, Mário Aroso de, *O Novo Regime de Processo nos Tribunais Administrativos*, Reimpressão da 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 408 e 409; Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...*, pág. 125). Esta solução tem como vantagem a de permitir que no mesmo processo o Tribunal arbitral possa analisar a globalidade da relação jurídica material controvertida, nos diferentes planos e dimensões em que esta se desdobra (Assim o entendem, entre outros, Almeida, Mário Aroso de, Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1147; Esquível, José Luis, *Os Contratos...* pág. 244).

Fica, no entanto, excluída a arbitragem em relação aos actos destacáveis do procedimento pré-contratual (Neste sentido, entre outros, Almeida Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1146), pelo que se uma questão desta natureza for suscitada no âmbito de uma acção contratual submetida ao Tribunal arbitral, este terá de sobrestar no seu conhecimento e aguardar que o Tribunal estadual competente se pronuncie sobre a validade do acto pré-contratual (Neste sentido, entre outros, Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág.1147; Esquível, José Luis, *Os Contratos...* pág. 245). JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, num primeiro momento, pondera a possibilidade de admitir-se, à luz da redacção do preceito, que o julgamento arbitral possa, ainda assim, incidir sobre tais actos. Para tal, bastava interpretar a segunda parte da norma, na qual se pode ler “...incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução”, com alcance meramente exemplificativo, abarcando, assim, para além de outras questões relativas a contratos, os actos administrativos relativos à sua formação. O Autor afasta, porém, a viabilidade desse entendimento *extensivo* argumentando que se essa fosse a vontade do legislador ele não teria optado por restringir a redacção do preceito, uma vez que no anteprojecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (ACPTA) essa possibilidade decorria da leitura conjugada dos seus artigos 164.º, 16.º n.º 2 e 97.º (Vide, Esquível, José Luis, *Os Contratos...*, cit. págs. 245 e 246). Solução diversa apresenta ANA PERESTRELO OLIVEIRA que à semelhança de JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, rejeita uma interpretação *extensiva* do preceito legal, mas defende a possibilidade da existência de uma “outra via de solução para o problema”. Segundo a Autora, se fizermos uma “interpretação objectiva e teleológica” da lei poderá entender-se que esta não pretende excluir do campo da arbitrabilidade os actos administrativos numa fase pré-contratual. (Vide, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, pág. 69, em especial nota de rodapé n.º 187). No entanto, parece-nos que as mesmas razões de ordem teleológica e objectiva recomendam que se afaste, no presente, a possibilidade de julgamento arbitral sobre os actos relativos à formação dos contratos. O procedimento pré-contratual é imperativamente público e deve pautar-se inelutavelmente, entre outros, pelos Princípios da Igualdade, da Transparência. Tais princípios decorrem da exposição de motivos e de uma análise das disposições do CPP. Sendo a publicidade do procedimento pré-contratual uma garantia de concretização desses princípios, parece-nos contraditório e pouco recomendável admitir-se que um litígio que decorra de um dos actos respeitantes a esse procedimento possa ser resolvido por um tribunal arbitral, em que não vigora um princípio de obrigatoriedade de publicidade das decisões. Uma interpretação teleológica e objectiva da lei parece-nos, assim, recomendar que se siga, com o actual regime um caminho um pouco mais cauteloso, devendo tal possibilidade ficar dependente da consagração de um princípio geral de obrigatoriedade das decisões arbitrais. Não obstante, refira-se que na Lei do Orçamento de Estado para 2010 – Lei 3-B/2010 – o Governo foi autorizado a proceder à alteração do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, no sentido de que as normas que fixam a competência do tribunal arbitral e dos centros de arbitragem passassem a admitir a possibilidade de julgamento arbitral sobre actos pré-contratuais. Não obstante, até este momento o CPTA não sofreu qualquer alteração nesse sentido. Esta autorização, de resto, não deixa margem para dúvidas de que actualmente os atos pré-contratuais estão excluídos do âmbito de cognição do Tribunal arbitral.

decorrentes de actos praticados no exercício da função política e legislativa ou jurisdicional⁽²⁹⁷⁾;

- iii Questões, relativas a actos administrativos, que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva⁽²⁹⁸⁾;
- iv Litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional⁽²⁹⁹⁾.

⁽²⁹⁶⁾ Vide, artigo 180.º, n.º 1, alínea b) do CPTA.

Este ponto coincidirá com o âmbito da jurisdição administrativa, tal como definida no artigo 4.º n.º 1, alíneas g), h) e i) do ETAF.

⁽²⁹⁷⁾ Vide, artigo 185.º do CPTA.

A opção legislativa foi consagrada na sequência da sugestão formulada por JOÃO MARTINS CLARO durante a discussão pública sobre a reforma do contencioso administrativo (Vide, Claro, João Martins, “A arbitragem... págs. 83 e ss).

Já depois da reforma, JOÃO MARTINS CLARO vem reafirmar a sua posição, sustentando que a opção do legislador foi “uma solução adequada em termos de política legislativa”, pois “o compromisso arbitral representaria um passo temerário por parte do legislador atendendo aos órgãos envolvidos e aos interesses em litígio, bem como à fronteira tênue com o juiz de inconstitucionalidade” (Vide, Claro, João Martins, *IV Conferência: Meios alternativos de Resolução de litígios*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Lisboa, 2005, págs. 33 a 49, em especial, cit. pág. 39)

Em sentido crítico em relação a esta restrição manifestou-se FAUSTO DE QUADROS, referindo que “discordamos de que tenha ficado excluída da arbitragem, por força do artigo 185.º do CPTA, a responsabilidade emergente das funções política, legislativa e jurisdicional”. Segundo o autor “esta exclusão é fruto da visão autoritária do nosso Legislador” que num sistema político democrático, como o que vivemos hoje, já não se pode aceitar (Vide, Quadros, Fausto de, “A arbitragem em Direito Administrativo” in *Mais justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 103 a 112, em especial, cit. pág. 110). Também no sentido de que seria útil e de grande serventia para os particulares a possibilidade de apreciação pelo tribunal arbitral da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional veja-se Moncada, Luís Cabral, “Modelos... pág.484.

⁽²⁹⁸⁾ Vide, artigo 180.º, n.º 1, alínea c) do CPTA.

A determinação dos actos que a estatuição da norma visa abranger não tem sido fácil. Alguma doutrina tem vindo a fazê-lo através de uma análise negativa do artigo 140.º do CPA, excluindo da arbitragem os actos cuja irrevogabilidade resulte de vinculação legal, nos termos do artigo 140.º n.º 1, alínea a) do CPA; os actos que forem constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos e que sejam indisponíveis, nos termos do artigo 140.º n.º1, alínea b) do CPA, conjugado com o n.º 2, alínea b) do mesmo preceito legal; os actos que resultem em obrigações legais, ou direitos irrenunciáveis, para a Administração, nos termos do artigo 140.º n.º 1 alínea c) do CPA (Neste sentido, entre outros, Andrade, José Carlos Vieira de, *a Justiça...*, pág. 126).

⁽²⁹⁹⁾ Vide, artigo 180.º, n.º 1, alínea d) do CPTA.

Esta alínea não resulta da redacção original do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, foi aditada pela Lei 59/2008 de 11 de Setembro que aprovou o novo regime do contrato de trabalho em funções públicas. Serão relações jurídicas de emprego público, para efeitos da abrangência desta norma, aquelas que se constituam por nomeação ou por contrato de trabalho em funções públicas. Com efeito, a Lei 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, veio admitir, para além das comissões de serviço, apenas duas modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público: a nomeação e o contrato de trabalho em funções públicas. A Lei 59/2008 de 11 de Setembro que o aprovou o novo regime do contrato de trabalho em funções públicas veio aditar ao artigo 180.º n.º 1 a alínea d) (ver a nossa nota de rodapé *supra*) e alterar a redacção da alínea d) do n.º 3 do artigo 4º do ETAF que prevê a exclusão da apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público, com excepção dos litígios emergentes de contratos de trabalho em funções públicas. Pelo que do mesmo modo que ficam excluídos da jurisdição administrativa os litígios que se enquadram no âmbito das relações jurídico-privadas, também ficam esses litígios excluídos da arbitragem em matéria administrativa.

A análise do âmbito de aplicação da arbitragem em matéria administrativa não ficaria completa sem uma referência as matérias que nos termos do artigo 187.º, n.º 1, do CPTA podem, ainda, ser objecto de uma *arbitragem institucionalizada*³⁰⁰. Os Tribunais arbitrais *institucionalizados* podem apreciar as seguintes matérias:

- i Contratos³⁰¹;
- ii Responsabilidade civil da Administração³⁰²;
- iii Relações jurídicas de emprego público³⁰³;
- iv Sistemas públicos de protecção social³⁰⁴;
- v Urbanismo³⁰⁵.

2.1.2. Critério de arbitrabilidade: ainda a disponibilidade do direito (?)

Após a referência as matérias que constituem o objecto da arbitragem em matéria administrativa, é de todo o interesse aferir se o legislador, na determinação do seu âmbito material, se pautou, ainda, pelo tradicional critério da disponibilidade do direito. A resposta na doutrina não é unânime.

Com efeito, alguns Autores, sustentam, ainda que por via interpretativa, poderá chegar-se à conclusão de que o legislador teve em mente o, ainda³⁰⁶, critério de arbitrabilidade do litígio das relações *jus-privadas*³⁰⁷. Outros Autores, porém, rejeitam essa ideia sustentando que motivos

³⁰⁰ Para JOÃO CAUPERS a distinção efectuada pelo legislador entre arbitragem *ad hoc* e arbitragem *institucional*, consagra aquilo a que chama de uma “geometria variável” da arbitragem, pois “a arbitragem institucional, organizada em centros de arbitragem pode abranger (...) outras matérias” (Vide, Caupers, João, *Introdução...* cit. pág. 547).

Já para ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, posição com a qual estamos em acordo, esta é uma mera norma de habilitação, no sentido da autorização à constituição de centros de arbitragem, pois “não poderão os árbitros pronunciar-se sobre questões que se situem numa «zona» de indisponibilidade”, uma vez que o preceito em análise não tem, segundo a Autora, “vocação para estender (*rectius*, modificar) o âmbito e, sobretudo, o critério de arbitrabilidade dos litígios” (Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* cit. pág. 74, nota de rodapé n.º 234). Do mesmo LUÍS CABRAL DE MONCADA, para quem esta norma deverá ser interpretada em consonância com o artigo 180.º n.º 1 do CPTA, de modo a evitar quaisquer contradições (Moncada, Luís, Cabral de, “Modelos...”, pág. 488).

³⁰¹ Vide, artigo 187.º, n.º 1, alínea a) do CPTA.

³⁰² Vide, artigo 187.º, n.º 1, alínea b) do CPTA.

³⁰³ Vide, artigo 187.º, n.º 1, alínea c) do CPTA, na redacção dada pela lei 59/2008, de 11 de Setembro e que tem correspondência com a alínea d) do artigo 180, n.º 1 do CPTA (Na redacção original falava-se em “funcionalismo público”).

³⁰⁴ Vide, artigo 187.º, n.º 1, alínea d) do CPTA.

³⁰⁵ Vide, artigo 187.º, n.º 1, alínea e) do CPTA.

³⁰⁶ Ainda, porque como já referimos noutra parte desta dissertação, o critério de arbitrabilidade a aprovar-se a Proposta de Lei n.º 22/XII, alterar-se-á para o critério da patrimonialidade, conjugado com o critério secundário da transigibilidade do direito controvertido.

³⁰⁷ Neste sentido, entre outros, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...* págs. 404 a 406; Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* págs. 55 a 74; Torres, Anselmo, “A possibilidade de Arbitragem Tributária”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs 25 a 34, em especial pág. 27.

diferentes pautaram a escolha do legislador ao determinar o objecto da arbitragem em matéria administrativa⁽³⁰⁸⁾.

Os Autores defensores da ideia de que o critério da disponibilidade do direito guiou ainda a *mente* do legislador apresentam, de um modo geral, os seguintes argumentos⁽³⁰⁹⁾:

- (i) Em relação aos actos administrativos a escolha do legislador foi limitada e circunscrita a áreas que à luz da concepção tradicional, não-de ser qualificadas como áreas de disponibilidade, pelo que ainda que se admita a apreciação da legalidade desses actos administrativos, estaremos sempre num espaço de livre disponibilidade da actuação administrativa⁽³¹⁰⁾;
- (ii) Em relação às questões da responsabilidade civil extracontratual, incluindo as acções de regresso lançam mão de dois argumentos:
 - a. Nas situações em que há o reconhecimento da *dívida indemnizatória pública* do Estado ou demais entes públicos, entendem que não há uma total *indisponibilidade* da relação jurídica controvertida, o que se confirma pela possibilidade da existência de transacções judiciais – ancoradas na disponibilidade do direito – no contencioso da responsabilidade da Administração;
 - b. Tomando posse de um argumento histórico, sustentam que a responsabilidade civil foi sempre um espaço de arbitrabilidade incontestável, sendo, desde sempre, pacífica a ideia de que as entidades públicas podem comprometer-se em árbitros relativamente a direitos e obrigações disponíveis, entre as quais se incluem as questões respeitantes à responsabilidade civil da Administração;

⁽³⁰⁸⁾ Neste sentido, entre outros, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...* pág. 127 e Quadros, Fausto de, “A arbitragem em Direito Administrativo”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal. Arbitragem*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 111.

⁽³⁰⁹⁾ Alguns destes argumentos são avançados por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...* págs. 404 a 406) e ANA PERESTRELO OLIVEIRA (Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* págs. 55 a 74).

⁽³¹⁰⁾ Por exemplo, a propósito da alínea c) artigo 180.º, n.º 1 do CPTA, refere MÁRIO AROSO DE ALMEIDA que esta “assenta no entendimento de que os actos administrativos que, nos termos da lei, podem ser revogados sem fundamento em invalidade são *actos disponíveis*, no sentido em que a lei não exige a demonstração da sua invalidade para que a Administração os possa retirar da ordem jurídica. Por conseguinte, poderá dizer-se que os litígios que se constituam em torno desse actos – *rectius*, das situações jurídicas a que eles se reportam – não dizem respeito a matéria indisponível”, acrescentando que o sentido desta previsão “parece ser, assim, o de que quando estejam em causa actos administrativos que só possam ser removidos da ordem jurídica em situações estritamente vinculadas, o destino das situações jurídicas por eles constituídas não se encontra na disponibilidade da Administração, pelo que lhe está vedado dispor delas para o efeito de as submeter a decisão arbitral; mas que tal já deve ser admitido quando se trate de actos administrativos cujo destino, ao permitir que eles sejam revogados sem fundamento em invalidade, a lei deixa de algum modo na disponibilidade da Administração” (Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...*, cit. pág. 407).

(iii) Se esse não for o critério de arbitrabilidade, estamos perante uma intolerável contradição sistemática e valorativa, pois, não foi acompanhada pela LAV no domínio das relações de Direito Privado⁽³¹¹⁾.

Os Autores defensores da ideia contrária, ou seja, de que o critério da disponibilidade do direito não esteve na mente do legislador, em geral, sustentam ou poderão sustentar os seguintes argumentos⁽³¹²⁾:

- (i) A possibilidade de sujeição de cada uma das matérias susceptíveis de arbitragem deveu-se não tanto à obediência a este ou a outro critério de natureza conceitual, mas a factores de ordem histórica, nomeadamente, pelo precedente artigo 2.º, n.º 2, do ETAF, bem como, a opções de política legislativa que o Governo e a Assembleia da República tomaram, de caso pensado, quanto à arbitrabilidade de cada uma daquelas matérias;
- (ii) Uma congruência rigorosa com o critério da disponibilidade do direito levaria a que, por um lado, fossem considerados arbitráveis os litígios relativamente aos *actos destacáveis* do procedimento pré contratual e, por outro lado, que fossem excluídas da arbitragem as questões respeitantes à responsabilidade civil extracontratual da Administração, com inclusão das acções de regresso.

Em face das posições supra referidas, que pensar: ainda o critério da disponibilidade? Parece-nos que existem mais factores que indiciam no sentido de que o legislador teve, efectivamente, ainda em *mente* o critério da disponibilidade do direito. Com efeito, além de todos os argumentos citados e que apontam para uma forte probabilidade de tal hipótese, também nos parece que deve tomar-se em devida conta as palavras de RAÚL VENTURA⁽³¹³⁾ quando refere, com respeito ao artigo 1.º, n.º 4 da LAV, que este se desdobra em dois condicionamentos: a autorização por lei especial ou o objecto do litígio respeitar a relações de Direito Privado, referindo que “talvez bastasse o segundo requisito, pois as leis especiais não necessitam de antecipação noutras leis, mas a redacção adoptada tem – além da vantagem de tornar claro que o objecto privado do litígio não esgota a capacidade daquelas entidades para a

⁽³¹¹⁾ A este respeito sustenta ANA PERESTRELO OLIVEIRA que “inexiste «uma arbitrabilidade administrativa» diferente da «arbitrabilidade privada»”, pelo que “o critério de arbitrabilidade vigente não pode, ele próprio, deixar de ser (...) comum aos vários ramos do direito” (Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *A Arbitragem...*, cit. pág. 73).

⁽³¹²⁾ Estes são no geral os argumentos de que se serve ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO para rebater a argumentação de ANA PERESTRELO OLIVEIRA a favor do critério da disponibilidade do direito (Vide, Caramelo, António Sampaio, “Critérios...”, pág. 134, em especial nota de rodapé n.º 9).

⁽³¹³⁾ Vide, Ventura, Raul, “Convenção... pág. 314.

celebração destas convenções – a consequência de submeter ao mesmo regime todas as convenções de arbitragem autorizadas por lei especial ou por este preceito geral”⁽³¹⁴⁾. Deste modo, o argumento de que se não for o critério da disponibilidade estamos perante uma intolerável contradição sistemática e valorativa do ordenamento jurídico, parece-nos ganhar ainda mais força. Além disso, também alguma jurisprudência do STA tem sido favorável a tal entendimento⁽³¹⁵⁾.

2.1.3. Poderes de cognição do Tribunal arbitral

Este ponto relaciona-se com os poderes de cognição do Tribunal arbitral, isto é, se os árbitros na arbitragem em matéria administrativa podem exercer um controlo de legalidade e/ou um controlo de mérito sobre os actos administrativos que possam ser levados à sua apreciação⁽³¹⁶⁾. Esta é uma questão que oferece algumas dúvidas, porquanto a redacção do artigo 180.º n.º 1 do CPTA não prima pela clareza, especialmente, a sua alínea c).

Em relação aos actos administrativos relativos à execução dos contratos a doutrina tem sido unânime no entendimento de que os árbitros possam conhecer da sua legalidade⁽³¹⁷⁾. Já em relação aos actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, previstos na alínea c) do artigo 180.º n.º 1 do CPTA, a resposta não é tão linear.

⁽³¹⁴⁾ Vide, Ventura, Raul, “Convenção... cit. pág. 314.

⁽³¹⁵⁾ Com efeito, veja-se por exemplo o acórdão do STA de 25/06/2009, proc. n.º 0296/09, disponível em www.dgsi.pt, em cujo sumário se pode ler

“II – Nos termos do art. 180º, 1, a) do CPA pode ser constituído tribunal arbitral para dirimir “*questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à sua execução*”.

III – A CRP prevê expressamente, no art. 209º, n.º 2, a existência de “(...) *tribunais (...) arbitrais*”.

IV – A Lei A Lei da **Arbitragem** Voluntária – Lei 31/86, de 29 de Agosto – vem permitir em termos genéricos a “convenção de **arbitragem**” de “qualquer litígio” que “*não respeite a direitos indisponíveis*.” – art. 1º, n.º 1. O mesmo art. 1º, n.º 4 permite ainda que o Estado e outras pessoas colectivas de direito público possam celebrar convenções de **arbitragem**.

V – Assim, a existência de um acto administrativo (destacável) relativo à execução de um contrato, **em matéria na disponibilidade das partes**, relativamente à qual não exista estrita vinculação da Administração, não é obstáculo à constituição de um tribunal arbitral para julgamento dos litígios dele emergentes” (no último ponto – V – o negrito é nosso).

⁽³¹⁶⁾ O Professor MÁRIO AROSO DE ALMEIDA coloca a questão do seguinte modo “Será que, quer a propósito dos actos referidos na alínea a), quer a propósito daqueles que são indicados na alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º, poderão vir a ser colocadas questões de legalidade, e em que medida? (Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...*, cit. pág. 408)

⁽³¹⁷⁾ Entre outros, veja-se JOÃO MARTINS CLARO ao referir que “O julgamento da legalidade dos actos administrativos relativos à execução do contrato administrativo é expressamente aceite pelo Código” (Vide, Claro, João Martins, *IV Conferência...*, cit. pág. 37).

Para MÁRIO AROSO DE ALMEIDA esta solução explica-se no, já referido, “propósito de permitir que, no mesmo processo seja apreciada a globalidade da relação jurídica controvertida, nos diferentes planos e dimensões em que ela se possa desdobrar” que só poderá ser alcançado se o Tribunal arbitral se puder pronunciar, a título principal e não meramente incidental sobre a legalidade dos actos administrativos que lhe cabe apreciar (Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...*, cit. pág. 408 e 409).

Coloca-se a questão de saber se desta norma é possível aferir que os árbitros possam apreciar questões de legalidade, e/ou apenas questões relacionadas com o mérito da actuação administrativa. A resposta a esta questão dependerá da interpretação que se faça do preceito.

Os Autores que defendem que não poderão ser discutidas questões de legalidade alvitram ou poderão alvitrar os seguintes argumentos⁽³¹⁸⁾:

- (i) Que o preceito apenas tem em vista a submissão a arbitragem questões conexas com a revogação de actos válidos⁽³¹⁹⁾;
- (ii) Que a previsão do artigo 180º, n.º 1 alínea c), deve ser integrada pelo critério geral de arbitrabilidade, definido pelo artigo 1.º, n.º 1, da LAV, ou seja, a disponibilidade do direito, para o efeito de se entender que ainda que o destino de um acto, sendo livremente revogável, esteja na disponibilidade da Administração, nem por isso se encontra na sua disponibilidade o poder de decretar a sua invalidade, dado que tal decisão, depende da verificação de que, no caso concreto, se preenche a previsão das disposições legais imperativas atinentes à validade desse acto, as quais devem ser qualificadas como sendo de *ordem pública* e assim retiradas à disponibilidade da Administração.

Os Autores que defendem que poderão ser submetidas à apreciação dos árbitros questões de legalidade alvitram ou poderão alvitrar os seguintes argumentos^{(320) (321)}:

- (i) Que não decorre da estatuição normativa qualquer exclusão quanto à possibilidade de julgamento arbitral sobre a legalidade dos actos administrativos, uma vez que o preceito não fala propriamente da revogação de actos válidos, mas de actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, pelo que ele não tem o sentido e alcance de tornar arbitrável apenas a questão da possibilidade da

⁽³¹⁸⁾ Parte destes argumentos são retirados da obra de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...*, págs. 410 e 411).

⁽³¹⁹⁾ Neste sentido, JOÃO CAUPERS ao referir que “A lei adoptou nesta matéria uma formulação claramente restritiva”, no sentido de que apenas podem ser submetidos a arbitragem “litígios relativos a **actos legais** não constitutivos de direitos, **visto que apenas estes podem ser revogados com fundamento em inconveniência**” (Negrito nosso) (Vide, Caupers, João, *Introdução...*, cit. pág. 549).

Neste sentido afasta qualquer juízo arbitral sobre questões de legalidade da decisão administrativa, admitindo que apenas sobre o exercício do poder discricionário, a integração de conceitos indeterminados, isto é, sobre a medida dos efeitos desfavoráveis do ato é que o árbitro se poderá pronunciar (Vide, Claro, João Martins, *IV Conferência...*, págs. 41 a 45).

⁽³²⁰⁾ Parte destes argumentos são retirados da obra de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...*, págs. 410 e 411).

⁽³²¹⁾ Neste sentido, pronunciou-se, nomeadamente, VIEIRA DE ANDRADE. Para o Autor esta terá sido até a maior novidade da reforma do contencioso administrativo, chamando atenção para o paralelismo existente entre esta solução e a arbitragem, recentemente consagrada em Direito Tributário (Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...*, págs. 125 e 126 e nota de rodapé n.º 125)

revogação de actos válidos, mas de estender a possibilidade da arbitragem à apreciação de qualquer questão, incluindo a validade, que se possa colocar a respeito de qualquer acto que pertença em abstracto à categoria dos actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, “a começar pelas questões respeitantes à observância dos limites internos do exercício do poder discricionário, que é matéria de legalidade”⁽³²²⁾.

- (ii) Que o artigo 183.º do CPTA, determinando a suspensão dos prazos dos meios processuais próprios da jurisdição administrativa³²³, foi uma solução proposta por JOÃO MARTINS CLARO⁽³²⁴⁾, no âmbito da discussão sobre a reforma do contencioso administrativo, para a hipótese de se vir avançar com o poder de fiscalização da legalidade dos actos administrativos.
- (iii) Que ainda que se admita que o critério da disponibilidade do direito esteve na base das opções do legislador, o conceito de disponibilidade não tem o sentido acima referido⁽³²⁵⁾, pois se tivesse, também não seria possível apreciar a validade de actos ou negócios jurídicos já que “as partes não têm, naturalmente, o «poder de decretar

⁽³²²⁾ Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...*, cit., pág. 411.

Segundo o Autor as questões a que o preceito se refere dirão, respeito a litígios centrados na questão de saber se um acto administrativo deve ser revogado por razões de mérito, conveniência ou oportunidade e, porventura, determinar os termos em que essa revogação deve ser decretada. No entanto, refere que “o âmbito de apreciação que, em situações deste tipo, deve poder ser confiado ao tribunal deve ser delimitado em função da apreciação de critérios cujos contornos tenham sido previamente traçados”. Nestes casos cabem, segundo o Autor, aquelas situações em que desde o momento da prática do ato administrativo, a sua revogação tenha ficado dependente, nos termos da lei ou do que tenha sido estipulado no próprio acto, da verificação de determinadas circunstâncias e depois se trate de esclarecer se as mesmas se verificaram ou não (Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...*, cit., pág. 409). Isto, tal como acontece *ipsis verbis* nos contratos celebrados pela Administração.

Nestes casos quer-nos parecer que estamos já perante uma questão de controlo da legalidade e não de controlo do mérito, da actuação da Administração, uma vez que é a própria Administração que se *auto-vincula*, a determinadas regras e depois trata-se tão só, de verificar se as respeitou ou não. Com efeito, a respeito dos limites ao poder discricionário da Administração, refere FREITAS DO AMARAL, que além dos limites legais, podem existir “limites que decorram de *auto-vinculação* (...). Nestes casos a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a Administração, embora tivesse nos termos da lei um poder discricionário, decidiu auto-vincular-se, e a auto-vinculação a que ela se submeteu obriga-a. Donde resulta que, se a Administração, depois de se ter auto-vinculado, praticar um acto que contrarie as normas que ela própria elaborou, e a que ela própria decidiu submeter-se, esse acto será ilegal, porque viola normas estabelecidas pela Administração, que constituem uma auto-vinculação do seu poder discricionário. Se a Administração faz normas que não tinha a obrigação de fazer, mas fez, então deve obediência a essas normas, e se as violar comete uma ilegalidade” (Vide, Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, reimpressão da 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, cit. págs. 105 e 106).

⁽³²³⁾ Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...* pág.411, nota de rodapé n.º 341.

⁽³²⁴⁾ Vide, Claro, João Martins, “A Arbitragem...”, págs. 85 e 86.

⁽³²⁵⁾ Sobre o sentido que deve ser dado ao conceito de disponibilidade, veja-se Oliveira Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* pág. 63.

a invalidade»⁽³²⁶⁾, nem tão pouco seria admissível aos árbitros apreciar a validade de contratos administrativos.

Em nosso entendimento, nada impede que a norma tenha o sentido e alcance de permitir a apreciação da legalidade de tais actos. Esta solução, não implica qualquer renúncia de direitos⁽³²⁷⁾, sendo certo, que nestes casos o critério de decisão do árbitro será obrigatoriamente o Direito constituído⁽³²⁸⁾ o que não conduzirá, certamente, à possibilidade de *negociação*⁽³²⁹⁾ da legalidade dos actos, até porque não se vislumbra uma “ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e influência da vontade das partes para a determinação dos juízes dos seus litígios”⁽³³⁰⁾.

Pelo contrário já nos coloca imensas dúvidas a possibilidade de “um tribunal arbitral (...) diminuir ou suprimir os efeitos desfavoráveis de um acto administrativo”⁽³³¹⁾, e, por essa via, ser “possível a substituição da decisão ou (...) a **substituição da entidade administrativa competente** para apreciar um pedido de revogação em relação a uma pretensão que diminua ou extinga os efeitos desfavoráveis de um acto administrativo” (negrito nosso)⁽³³²⁾, permitindo-se que o árbitro, cuja função é julgar, se substitua à Administração no exercício da função administrativa⁽³³³⁾. Confessamos sérias reservas a respeito da constitucionalidade de tal solução, principalmente, a admitir-se que os árbitros exercem, *de iure* uma função jurisdicional⁽³³⁴⁾.

2.1.4. Critério de decisão dos árbitros

O CPTA parece admitir, quer julgamento segundo o direito constituído, quer segundo o critério da equidade. Refira-se, contudo, que no domínio das regras especiais, no seio da

⁽³²⁶⁾ Vide, Oliveira Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* cit. pág. 63, nota de rodapé n.º 196.

⁽³²⁷⁾ Como refere BERNARD HANOTIAU, “Il est (...) excessif d’assimiler l’arbitrage à une renonciation à des droits” (Vide, Hanotiau, Bernard, “L’Arbitrabilité...”, cit. pág. 100).

⁽³²⁸⁾ Neste sentido, Claro, João Martins, “A Arbitragem...”, pág. 84, ao pronunciar-se sobre a possibilidade de fiscalização da legalidade dos atos administrativos.

⁽³²⁹⁾ Com efeito, “é certo que não é possível negociar a legalidade dos actos administrativos” (Vide, Caupers, “A arbitragem nos litígios...”, cit. pág. 8).

⁽³³⁰⁾ Vide, Ventura, Raul, “Convenção...”, cit. pág. 321.

⁽³³¹⁾ Vide, Claro, João Martins, *IV Conferência...*, cit. pág. 44.

⁽³³²⁾ Vide, Claro, João Martins, *IV Conferência...*, cit. pág. 44.

⁽³³³⁾ JOÃO MARTINS CLARO afasta qualquer juízo arbitral sobre questões de legalidade da decisão administrativa, admitindo que apenas sobre o **exercício do poder discricionário, a integração de conceitos indeterminados**, é que o árbitro se poderá pronunciar (Vide, Claro, João Martins, *IV Conferência...*, págs. 41 a 45).

⁽³³⁴⁾ A este respeito veja-se a nossa parte III, § 2.º, ponto 2, sub-ponto 2.5.

contratação pública⁽³³⁵⁾, é frequente encontrarem-se disposições que vedam a decisão de acordo com o critério da equidade⁽³³⁶⁾.

Do artigo 186.º n.º 2 do CPTA⁽³³⁷⁾ decorre, implicitamente, a possibilidade de os árbitros, decidirem segundo critérios de equidade. Esta é, contudo, uma solução que levanta imensas dúvidas e incertezas.

Com efeito, o legislador não estabelece um conceito de equidade, especialmente válido para o julgamento arbitral no domínio das relações *jus-administrativas*, não lhe retirando a sua pluralidade significativa e, que ainda hoje, faz com que o mesmo constitua um verdadeiro mistério para o jurista.

Por outro lado, o legislador não indica as matérias que poderão ser objecto de um juízo de equidade, sendo certo que confessamos algumas dúvidas a respeito da admissibilidade teórica do julgamento segundo critérios de equidade, principalmente, quando o juízo arbitral incida sobre um acto administrativo⁽³³⁸⁾. Refira-se, no entanto, que tem vindo a admitir-se o julgamento de acordo com tal critério, em questões respeitantes a contratos⁽³³⁹⁾, mas afastando-se

⁽³³⁵⁾ Um claro exemplo da possibilidade do julgamento segundo o critério da equidade era o previsto no artigo 258.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, aprovado pelo Decreto-lei n.º 59/99 de 2 de Março, entretanto revogado pelo Decreto-lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro que aprovou o CCP. A norma previa liminarmente que os árbitros julgariam sempre segundo a equidade (A este respeito, veja-se Amaral, Diogo Freitas do; Quadros, Fausto de; Andrade, José Carlos Vieira de, *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002).

⁽³³⁶⁾ A título de exemplo veja-se o Decreto-lei n.º 33-A/2010 de 14 de Abril que aprova as bases da concessão do projecto, construção, financiamento, manutenção e disponibilização, por todo o período da concessão, da concessão RAV Poceirão-Caia, da ligação ferroviária de alta velocidade entre Lisboa e Madrid, Capítulo XXVII, Base CI, n.º 5 no qual se dispõe expressamente que “o tribunal arbitral julga segundo o direito constituído”; disposição idêntica pode encontrar-se no Decreto-lei n.º 242/2006 de 28 de Dezembro que aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, aumento do número de vias, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Grande Lisboa, alterado pelo Decreto-lei n.º 44-F/2010 de 5 de Maio, Capítulo XXVI, Base XCVIII, n.º 6.

⁽³³⁷⁾ Repare-se que a ser aprovada a Proposta de Lei n.º 22/XII, de acordo com o artigo 5.º, n.º 2 (norma revogatória) da Proposta de nova LAV o artigo 186.º do CPTA será revogado. Sendo que o artigo 39.º n.º 1 da Nova LAV passará a dispor que “Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade”. Assim, reafirmando-se a possibilidade das partes no direito Administrativo acordarem o julgamento segundo a equidade. Ademais refira-se que o n.º 3 do referido artigo 39.º da Proposta de nova LAV prevê que “No caso de as partes lhe terem confiado essa missão, o tribunal poderá decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo”. A entrar em vigor esta nova, sem que haja nenhuma alteração no regime da arbitragem em matéria administrativa, será esta composição amigável admissível em Direito Administrativo?

⁽³³⁸⁾ A este respeito, veja-se a nossa Parte III, § 2.º, ponto 2, sub-ponto 2.6.

⁽³³⁹⁾ A respeito da utilização do critério de equidade na resolução de litígios decorrentes dos contratos administrativos, escreve JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL que “O Campo por excelência da arbitragem segundo a equidade, no seio dos litígios resultantes de contratos administrativos, prende-se com as acções de responsabilidade contratual sempre que estiver em causa o pagamento de uma indemnização, de uma das partes à outra, pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso das respectivas obrigações contratuais” (Vide, Esquível, José Luís, *Os Contratos...* cit. pág. 289). Em anotação ao artigo 186.º, n.º 2 do CPTA, também MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA referem que “Da experiência colhida no âmbito dos contratos administrativos, parece resultar que a arbitragem segundo a equidade tende a sobretudo a intervir em domínios relacionados com questões de natureza técnica ou de apuramento de quantias monetárias devidas” e que “a Administração

liminarmente dos litígios em que esteja em causa a apreciação da legalidade de actos administrativos⁽³⁴⁰⁾ e em que a actuação da Administração seja estritamente vinculada. No que respeita aos poderes discricionários, possibilidade que contestamos, estamos com JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL que refere expressamente que “a abrir-se a possibilidade de o tribunal arbitral vir a decidir, segundo um juízo de equidade, no campo da discricionariedade administrativa não só confere a estes um poder que os tribunais permanentes nunca tiveram, como poderá ser difícil de articular com o princípio da separação de poderes”⁽³⁴¹⁾.

2.1.5. O Tribunal arbitral

2.1.5.1. Composição e estrutura

No que respeita à composição e estrutura do Tribunal arbitral, o CPTA não apresenta normas específicas, remetendo integralmente para a LAV⁽³⁴²⁾.

O Tribunal arbitral poderá ser constituído por um único árbitro, ou então, por vários, mas sempre em número ímpar⁽³⁴³⁾. Caso o número de árbitros não seja fixado na convenção de arbitragem, ou em escrito posterior assinado pelas partes, o Tribunal será composto de três árbitros⁽³⁴⁴⁾. É também na convenção de arbitragem que as partes deverão designar o árbitro ou árbitros que constituirão o Tribunal arbitral, ou fixar o modo como serão escolhidos⁽³⁴⁵⁾. Caso não designem o árbitro ou os árbitros, nem fixem o modo da sua escolha e não haja acordo quanto à sua designação, cada uma indicará um árbitro – podendo cada uma delas, se assim o acordarem, designar mais do que um em número igual – cabendo aos árbitros, assim designados, a escolha do árbitro que deve completar a constituição do Tribunal arbitral⁽³⁴⁶⁾. Na falta de nomeação do árbitro ou árbitros nos termos *supra* expostos, essa nomeação caberá ao presidente do Tribunal Central Administrativo do lugar fixado para a arbitragem, ou na falta de tal

só poderá autorizar os árbitros a julgarem segundo a equidade se estiverem em causa situações jurídicas disponíveis” (Vide, Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* cit. pág. 1161).

⁽³⁴⁰⁾ Neste sentido pronunciou-se JOÃO MARTINS CLARO, aquando da discussão sobre a reforma do contencioso administrativo, referindo expressamente que admitia “a possibilidade teórica de cometer a árbitros o julgamento de legalidade desde que os árbitros não possam julgar segundo a equidade” (Vide, Claro, João Martins, “A arbitragem... cit. pág. 84); também ALEXANDRA LEITÃO refere expressamente que deve “admitir-se a apreciação da validade de actos administrativos através do recurso a arbitragem, excepto quando se pretenda julgar segundo a equidade” (Vide, Leitão, Alexandra, *A Protecção...* cit. pág. 402).

⁽³⁴¹⁾ Vide, Esquível, José Luís, *Os Contratos...* cit. pág. 285.

⁽³⁴²⁾ Vide, artigo 181.º n.º 1 do CPTA.

⁽³⁴³⁾ Vide, artigo 6.º, n.º 1 da LAV aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽³⁴⁴⁾ Vide, artigo 6.º, n.º 2 da LAV aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽³⁴⁵⁾ Vide, artigo 7.º, n.º 1 da LAV aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽³⁴⁶⁾ Vide, artigo 7.º, n.º 2 da LAV aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

fixação, do domicílio do requerente⁽³⁴⁷⁾. Repare-se que existem algumas soluções pontuais, especificamente pensadas para o domínio administrativo, e especialmente visíveis no domínio da contratação pública⁽³⁴⁸⁾.

2.1.5.2. Órgão *decidendi*: requisitos, impedimentos e deveres

O legislador, uma vez mais, optou por se abster de consagrar os requisitos, impedimentos e deveres a que estão sujeitos os árbitros na arbitragem em matéria administrativa. Tal como no respeitante à estrutura e composição do Tribunal arbitral, as disposições a observar, na falta legislação específica, serão as da LAV.

Os únicos requisitos a observar na escolha dos árbitros é que estes sejam pessoas singulares e plenamente capazes⁽³⁴⁹⁾. A partir do momento em que o árbitro aceita o encargo de tal função, só será legítima a escusa fundada em causa superveniente que impossibilite o designado de exercer a função⁽³⁵⁰⁾. Considera-se aceite o encargo sempre que a pessoa designada revele a intenção de agir como árbitro ou não declare, por escrito, dirigido a qualquer das partes,

⁽³⁴⁷⁾ Vide, artigo 12.º, n.º 1 da LAV aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA e artigo 181.º, n.º 2 do CPTA.

De acordo com a Proposta de Lei n.º 22/XXI, de acordo com o artigo 5.º, n.º 2 da Proposta (norma revogatória) o n.º 2 do artigo 181.º do CPTA será revogado. Com efeito, pode ler-se na respectiva exposição de motivos que “O presente diploma concentra nos Tribunais da Relação, ou nos Tribunais Centrais Administrativos, relativamente aos litígios de direito administrativo, a competência para a prolação da maioria das decisões destinadas a assegurar o correcto funcionamento dos processos arbitrais e a controlar a sua regularidade, bem como a validade das sentenças neles proferidas, controlo este de que nenhum Estado pode prescindir, relativamente às arbitragens localizadas no seu território”, pelo que a referência ao Tribunal Central Administrativo será expressa na nova LAV, de acordo com a Proposta de Lei.

⁽³⁴⁸⁾ Veja-se, por exemplo, o Decreto Regulamentar n.º 14/2003 de 30 de Junho, que aprova o caderno de encargos tipo dos contratos de gestão que envolvem as actividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração de estabelecimentos hospitalares e que no seu artigo 94.º estipula que o Tribunal arbitral deverá ser composto por três árbitros, um nomeado por cada uma das partes e o terceiro escolhido de comum acordo pelos árbitros que as partes tenham nomeado; a Resolução do Conselho de Ministros que aprova a minuta dos contratos de concessão de serviço público de distribuição de gás natural a celebrar entre o Estado e as diversas concessionárias identificadas no diploma e que na cláusula n.º 52.º que prevê, no seu n.º 4, que o Tribunal arbitral será constituído por um único árbitro, caso as partes acordem na respectiva designação ou, na falta de acordo, no prazo de 10 dias, cada uma das partes deverá designar um árbitro, cabendo aos dois árbitros nomeados, nos 5 dias seguintes, a designação do terceiro árbitro; o Decreto-lei n.º 380/2007 alterado pela lei n.º 13/2008 de 29 de Fevereiro, pelo Decreto-lei n.º 110/2009 de 18 de Maio e pelo Decreto lei n.º 44-A/2010 de 5 de Maio que aprova as bases de concessão e financiamento, concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional à EP – Estradas de Portugal S.A. que prevê na Base 88, n.º 1 que o Tribunal arbitral é composto de três membros, um nomeado por cada parte e o terceiro escolhido de comum acordo por aqueles; a Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/2010, de 2010/04/27 que aprova a minuta do contrato de concessão do projecto, de construção, financiamento, manutenção e de disponibilização, por todo o período da concessão, da concessão RAV Poceirão-Caia, da ligação ferroviária de alta velocidade entre Lisboa e Madrid que no Capítulo XXVII, ponto 108.1 prevê que o Tribunal arbitral é composto por três membros, um nomeado por cada Parte e o terceiro escolhido, de comum acordo, pelos árbitros que as partes tiverem designado.

Os exemplos apresentados permitem-nos concluir que na maioria das vezes, no domínio da contratação pública, o Tribunal tem uma composição colectiva e não singular.

⁽³⁴⁹⁾ Vide, artigo 8.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽³⁵⁰⁾ Vide, artigo 9.º, n.º 1 da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

dentro dos dez dias subsequentes à comunicação da designação, não querer exercer tal função⁽³⁵¹⁾. O árbitro que aceite a designação e se escusar injustificadamente responde pelos danos a que der causa⁽³⁵²⁾.

Aos árbitros que não sejam nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de escusas e impedimentos estabelecidos na lei de processo civil para os juizes de profissão⁽³⁵³⁾. A natureza da função que exercem, bem como, a configuração constitucional que é dada aos Tribunais arbitrais impõe, além dos deveres expressamente consagrados na LAV, que os árbitros tenham outros deveres, designadamente, o dever de decidir com independência e imparcialidade⁽³⁵⁴⁾. O árbitro deve decidir com independência, ou seja, o processo intelectual de formação da sua decisão deve ser liberto de todo e qualquer constrangimento. O decisor deve actuar com imparcialidade, isto é, liberto de qualquer constrangimento de ordem moral ou intelectual. Deste modo, impõe-se que não tenha qualquer relação com as partes, nem tenha revelado qualquer predisposição sobre a decisão do processo de arbitragem⁽³⁵⁵⁾.

2.1.5.3. Custos e encargos com o processo

No que respeita aos custos e encargos com o processo, o CPTA também não consagra nenhuma disposição em especial quanto a esta matéria, pelo que na falta de disposição especial deverão aplicar-se as disposições da LAV.

A remuneração dos árbitros e dos outros intervenientes no processo, bem como a eventual repartição entre as partes deve ser fixada na convenção de arbitragem, ou em documento posterior subscrito pelas partes, no regulamento de arbitragem eventualmente feito pelas partes com as regras a que deverá obedecer o processo arbitral⁽³⁵⁶⁾, ou do centro de arbitragem quando esta siga a modalidade de arbitragem institucionalizada.

⁽³⁵¹⁾ Vide, artigo 9.º, n.º 2 da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽³⁵²⁾ Vide, artigo 9.º, n.º 3 da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽³⁵³⁾ Vide, artigo 122.º, 123.º e 124.º do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* artigo 10.º n.º 1 da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º n.º 1 do CPTA.

⁽³⁵⁴⁾ A este respeito, pode ler-se na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 22/XII, que “O novo diploma regula (...) o modo de constituição do tribunal arbitral, consagrando ademais a independência e a imparcialidade como requisitos indispensáveis dos árbitros. Regula-se, ainda, o processo conducente ao afastamento dos árbitros que não preencham aqueles requisitos ou que não revelem a diligência ou a capacidade exigidas pelo satisfatório cumprimento das funções que lhes forem cometidas, suprimindo-se uma lacuna existente na lei anterior”.

⁽³⁵⁵⁾ Sobre as qualidades que um árbitro deve ter, designadamente a independência e imparcialidade, veja-se Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* págs. 290 a 296.

⁽³⁵⁶⁾ Vide, artigo 5.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

2.1.6. Processo arbitral: da *fase preliminar* ao *processo administrativo arbitral* (Processo arbitral, *stricto sensu*)

O processo arbitral, em nosso entendimento, poderá definir-se como um processo composto de duas fases⁽³⁵⁷⁾, uma primeira – *fase preliminar* – cujo objectivo é a constituição do Tribunal arbitral e uma segunda fase – *processo administrativo arbitral* (instância arbitral) – que pode definir-se como o complexo de actos e *formalidades*, que se desenrola perante o *juiz árbitro* ou *juizes árbitros*, tendentes à prolação da decisão arbitral.

Não faria sentido, separar a fase de constituição do Tribunal arbitral do processo arbitral, pois, ainda que indirectamente, aquela integra-se já no conjunto de actos que irá conduzir à almejada decisão final. Com efeito, a *fase preliminar* é *conditio sine qua non* do processo arbitral, *stricto sensu*.

2.1.6.1. *Fase preliminar* do processo arbitral: da sua constituição

Na fase preliminar do processo arbitral, na falta de disposições especiais, deverão seguir-se as disposições da LAV.

A submissão de um litígio em matéria administrativa ao Tribunal arbitral depende da prévia celebração de uma convenção de arbitragem entre as partes⁽³⁵⁸⁾, a qual poderá ter por objecto um litígio actual, ainda que este se encontre já afecto a um Tribunal administrativo, ou um litígio eventual⁽³⁵⁹⁾. No primeiro caso, a convenção de arbitragem assumirá a forma de um compromisso arbitral e no segundo caso a forma de uma cláusula compromissória.

Existindo convenção de arbitragem, a parte que pretenda instaurar o litígio deve notificar a outra parte. A notificação deve ser feita por carta registada com aviso de recepção. Dela devendo constar a convenção de arbitragem ou o objecto do litígio, caso este não resulte daquela convenção; a designação do árbitro ou árbitros, caso a parte opte por designar um ou mais árbitros, e o convite dirigido à outra parte para designar o seu árbitro ou árbitros; caso o árbitro deva ser designado de comum acordo pelas partes, a sua proposta e o convite à outra

⁽³⁵⁷⁾ Como refere MANUEL PEREIRA BARROCAS “no processo arbitral existe uma fase preliminar (...) e outra fase da instância arbitral propriamente dita, que já se desenrola perante o árbitro. Na verdade, ao contrário do que sucede no processo civil, (*rectius*, administrativo, acrescentamos nós) as partes têm necessidade de constituir primeiro o tribunal arbitral no decurso daquela fase preliminar e, só após este concluído, o processo se desenrola perante o árbitro” (Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* cit. pág. 382).

⁽³⁵⁸⁾ Vide, artigo 1.º, n.º 1 da LAV.

⁽³⁵⁹⁾ Vide, artigo 1.º, n.º 2 da LAV.

parte para que o aceite; se o árbitro tiver de ser designado por terceiro será este notificado para fazê-lo e comunicá-lo a ambas as partes⁽³⁶⁰⁾.

Na *lei processual administrativa*, nesta *fase preliminar* do processo de arbitragem, impõe-se uma referência autónoma a duas situações distintas e que constituem uma novidade da arbitragem em matéria administrativa. A primeira situação, respeita à participação de terceiros *contra-interessados* na constituição do Tribunal arbitral e, a segunda situação, respeita à consagração de um modo específico de pedido de constituição do Tribunal arbitral, previsto no artigo 182.º do CPTA, a que a lei chama de “Direito à outorga do Compromisso arbitral”. Ambas as situações têm em comum o facto de contenderem com a fase preliminar do processo de arbitragem e se aplicarem unicamente quando a convenção de arbitragem revista a modalidade de um compromisso arbitral. Divergem, contudo, quanto ao facto de esta última aplicar-se unicamente quando a modalidade de arbitragem seja *ad hoc*. Analisemo-las.

2.1.6.1.1. A participação de terceiros na constituição do Tribunal arbitral: em especial dos *contra-interessados*

A intervenção de *terceiros* na formação do Tribunal arbitral é uma novidade introduzida com a reforma 2002/2004⁽³⁶¹⁾. O compromisso arbitral, só poderá ser outorgado relativamente a matérias em que existam terceiros *contra-interessados*, se estes o aceitarem⁽³⁶²⁾. Como refere MANUEL CAMELO SAMPAIO⁽³⁶³⁾ a definição das matérias arbitráveis dependerá, também, da intrínseca dificuldade do mecanismo afectar terceiros que não estão vinculados pela convenção de arbitragem⁽³⁶⁴⁾. Assim também entendeu o legislador ao tornar a arbitrabilidade de alguns litígios dependentes do assentimento dos *contra-interessados*.

⁽³⁶⁰⁾ Vide, artigo 11.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽³⁶¹⁾ Refira-se que na Proposta de nova LAV (Proposta de Lei n.º 22/XII) vêm consagradas regras para os casos em que existam uma pluralidade de demandantes e/ou demandados. Com efeito, pode ler-se na respectiva exposição de motivos que “Ainda a respeito da constituição do tribunal arbitral, definiu-se o modo como este se processa no caso de arbitragens com pluralidade de demandantes e/ou de demandados, adaptando-se uma solução que tem sido acolhida em leis estrangeiras mais recentes e nalguns regulamentos muito utilizados em arbitragens internacionais”.

⁽³⁶²⁾ Vide, artigo 180.º, n.º 2 do CPTA.

⁽³⁶³⁾ Vide, Caramelo, António Sampaio, “Critérios...”, pág. 132.

⁽³⁶⁴⁾ Esta é uma análise que merece especial atenção quando nos situamos no domínio de matérias de Direito Administrativo e de Direito Tributário. Isto, dado o interesse público inerente a ambos os ramos do direito. Com efeito, ainda que indirectamente, todos podemos ser afectados pelas decisões dos árbitros. Ainda assim, como veremos, não é motivo para afastar a arbitragem em matéria de Direito Administrativo e Tributário, contudo, é motivo mais do que suficiente para fazer depender a arbitragem que incida sobre estas matérias de algumas regras especiais face às arbitragens de Direito privado.

Esta nova regra “traduz a relevância crescente das relações jurídicas administrativas multilaterais”⁽³⁶⁵⁾ e que vai de encontro à tendência, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de protecção dos terceiros na relação *jus-administrativa* multilateral⁽³⁶⁶⁾. Neste contexto, não é de estranhar que a tutela dos *contra-interessados* se estenda à arbitragem⁽³⁶⁷⁾, pois impõe-se obstar a que o recurso a árbitros possa ser “utilizado pelas partes para se subtraírem à intervenção no litígio dos eventuais contra-interessados”⁽³⁶⁸⁾. Além disso, esta foi certamente uma forma de o legislador contornar as dificuldades que a doutrina vinha apontando à articulação da arbitragem com a protecção de terceiros *contra-interessados*⁽³⁶⁹⁾.

Não obstante o apreço que merece a solução legal esta peca por defeito não estando isenta de dúvidas e incertezas.

Com efeito, o legislador não consagrou um conceito especial de *contra-interessados* em matéria de arbitragem lançando a dúvida sobre o âmbito dos litígios em que aqueles serão obrigados a intervir, isto é, se a sua intervenção se circunscreve a litígios respeitantes a actos administrativos, ou se estende a todos os litígios em que haja titulares de interesses contrapostos aos do autor. Na doutrina existem argumentos em ambos os sentidos:

- (i) No primeiro sentido concorre a utilização pelo preceito dos conceitos técnicos específicos de *contra-interessados*, previsto no artigo 57.º e 68.º n.º 2 do CPTA⁽³⁷⁰⁾ e de *compromisso arbitral*, com a exclusão do conceito de *cláusula compromissória*⁽³⁷¹⁾.
- (ii) No segundo sentido, concorre:
 - a. A disposição geral do artigo 10.º n.º 1 do CPTA⁽³⁷²⁾ que obriga a que numa acção relativa a um contrato administrativo devam participar todos os terceiros com

⁽³⁶⁵⁾ Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* cit. pág. 75.

⁽³⁶⁶⁾ A este respeito, veja-se, nomeadamente, o artigo 10.º, n.º1 do CPTA que estabelece que as pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos dos autores, devem ser demandadas na acção e, em especial, no âmbito da acção administrativa especial o artigo 57.º do CPTA que estabelece que devem obrigatoriamente ser demandados os *contra-interessados* a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar ou que tenham um interesse legítimo na manutenção do acto impugnado e o artigo 68.º, n.º 2 que estabelece que devam obrigatoriamente ser demandados os *contra-interessados* a quem a prática do acto omitido possa eventualmente prejudicar ou que tenham interesse legítimo em que o acto omitido não seja praticado.

⁽³⁶⁷⁾ A respeito da protecção conferida aos contra-interessados, escreve PAULO OTERO que “o funcionamento efectivo de todo o regime dos Tribunais arbitrais se encontra condicionado a um elemento: a existência de contra-interessados, salvo se aceitarem o compromisso arbitral, pode obstar a que seja constituído tribunal arbitral” (Vide, Otero, Paulo, *A legalidade...* cit. pág. 1059.)

⁽³⁶⁸⁾ Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...* cit. pág. 406.

⁽³⁶⁹⁾ A este respeito, veja-se Claro, João Martins, “A arbitragem...” pág. 84 e Leitão, Alexandra, *A Protecção...* págs. 403 a 405.

⁽³⁷⁰⁾ Veja-se a nossa parte II, § 2.º, ponto 2, sub-ponto 2.1.6.1.1., nota de rodapé n.º 366.

⁽³⁷¹⁾ Neste sentido e apresentando estes argumentos, Almeida, Mário Aroso de e Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1151.

⁽³⁷²⁾ Veja-se a nossa parte II, § 2.º, ponto 2.º, sub-ponto 2.1.6.1.1., nota de rodapé n.º 366.

- interesses contrapostos ao do autor, não se visualizando uma razão válida para que uma menor tutela seja reconhecida a estes terceiros em sede arbitral;
- b. O facto de esta ser a solução que melhor se articula com a tutela que o legislador concede aos contra-interessados no contencioso administrativo⁽³⁷³⁾;
- c. Em nosso entendimento, poderá, ainda, acrescentar-se que o facto de que a protecção ao terceiro contra-interessado cingir-se ao compromisso arbitral nada impede que no domínio da contratação pública, embora a regra seja a cláusula compromissória, que as partes optem pelo compromisso arbitral.

Outra dúvida e incerteza coloca-se em relação ao modo de identificação, no universo dos *contra-interessados*, daqueles que têm legitimidade para intervir processualmente e em relação à forma como será feita a sua notificação, bem como, os efeitos dela decorrentes. Quanto à sua identificação alguma doutrina tem entendido que aqueles já deverão estar identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo, na sua eventualidade⁽³⁷⁴⁾. Quanto à notificação tem-se entendido que esta caberá à parte que ocupará o lugar da posição de autor e a forma de notificação será a mesmo que é utilizada para a notificação da parte contrária⁽³⁷⁵⁾. Problema bastante complexo⁽³⁷⁶⁾ é o de saber, na falta de regulamentação legal, qual o prazo de dispõe o contra-interessado para responder à notificação e os efeitos decorrentes do seu silêncio. No que respeita ao prazo de resposta pode entender-se que nada obsta a que a parte interessada possa fixar um prazo de resposta⁽³⁷⁷⁾. Já no que respeita aos efeitos decorrentes da falta de resposta do contra-interessado dois entendimentos têm sido avançados na doutrina:

- (i) Tendo os contra-interessados sido notificados para aceitarem o compromisso arbitral e se nada disserem, deve considerar-se que, uma vez respeitado o princípio do contraditório e os mesmos não quiserem exercer os seus direitos em sede arbitral, o Tribunal arbitral será constituído⁽³⁷⁸⁾;

⁽³⁷³⁾ Neste sentido e apresentando estes argumentos, Esquivel, José Luís, *Os Contratos...* pág. 268 e 269. Neste sentido também Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* pág. 76.

⁽³⁷⁴⁾ No sentido proposto por Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* pág. 77, nota de rodapé n.º 242; Almeida, Mário Aroso de e Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1150.

⁽³⁷⁵⁾ No sentido proposto por Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* pág. 77, nota de rodapé n.º 242. Em termos aproximados veja-se também, Esquivel José Luís, *Os Contratos...* pág. 270.

⁽³⁷⁶⁾ Assim o descreve Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* pág. 77, nota de rodapé n.º 242.

⁽³⁷⁷⁾ No sentido proposto por Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* pág. 77, nota de rodapé n.º 242.

⁽³⁷⁸⁾ No sentido proposto por Esquivel, José Luís, *Os Contratos...* págs. 272 e 273, nota de rodapé n.º 758.

- (ii) Tendo os contra-interessados sido notificados para aceitarem o compromisso arbitral e se nada disserem, o Tribunal arbitral não poderá constituir-se, pois não pode prescindir-se da sua aceitação expressa ou tácita da convenção de arbitragem⁽³⁷⁹⁾;

Finalmente, outra dúvida reside em saber quais os poderes dos contra-interessados quanto à composição e fixação das regras de funcionamento do Tribunal arbitral. No que a este aspecto diz respeito, alguma doutrina tem entendido que não lhes pode ser vedado a possibilidade de designarem os árbitros, bem como, de intervir na definição das regras processuais da arbitragem⁽³⁸⁰⁾, conduzindo ao problema “da redacção de um compromisso arbitral que seja capaz de congrega os diversos interesses em presença”⁽³⁸¹⁾. Nesta situação, convocando, alguma doutrina, as regras da arbitragem multipartes, duas hipóteses podem ser admitidas⁽³⁸²⁾:

- (i) Manter-se a estrutura da convenção de arbitragem desde que as posições de todas as partes envolvidas sejam reconduzíveis a dois únicos interesses antagónicos, tudo funcionando como se existem apenas duas partes⁽³⁸³⁾;
- (ii) Quando a primeira hipótese não seja possível, será necessário *corrigir* a estrutura binária da convenção, passando pela intervenção dos Tribunais do Estado, designadamente, para efeitos de nomeação dos árbitros, por forma a garantir a imparcialidade do Tribunal arbitral e a igualdade entre as partes.

Concordamos com JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL quando refere que a arbitragem *institucionalizada*⁽³⁸⁴⁾ poderá “constituir um instrumento valioso”⁽³⁸⁵⁾ no domínio das relações *jus-*

⁽³⁷⁹⁾ No sentido proposto por Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* pág. 77 e 78, nota de rodapé n.º 242.

⁽³⁸⁰⁾ No sentido proposto por Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* pág. 77 e 78, nota de rodapé n.º 242.

⁽³⁸¹⁾ Vide, Esquível José Luís, *Os Contratos...* cit. págs. 270.

⁽³⁸²⁾ No sentido proposto por JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, seguindo a opinião da Autora LAURA SALVANESCHI (Vide, Esquível, José Luís, *Os Contratos...* págs. 270 e 271).

⁽³⁸³⁾ Assim se procede na Proposta de lei para a nova LAV. Com efeito no artigo 11.º da potencial nova LAV prevê-se, em suma, que em caso de pluralidade de demandantes ou de demandados, e devendo o Tribunal arbitral ser composto por três árbitros, os primeiros designarão conjuntamente um árbitro e os segundos designarão conjuntamente outro. Caso os demandantes ou os demandados não cheguem a acordo sobre o árbitro que lhes cabe designar, caberá ao Tribunal estadual competente, a pedido de qualquer das partes, fazer a designação do árbitro em falta. Neste último caso, poderá o Tribunal estadual, se se demonstrar que as partes que não conseguiram nomear conjuntamente um árbitro, têm interesses conflituantes relativamente ao fundo da causa, nomear a totalidade dos árbitros e designar de entre eles quem será o presidente, ficando nesse caso sem efeito a designação do árbitro que uma das partes tiver entretanto efectuado. Tudo isto sem prejuízo do que haja sido estipulado em convenção de arbitragem para o caso de arbitragem com pluralidade de partes.

Vindo a aprovar-se a proposta de Lei, nestes precisos termos, a nova LAV poderá colmatar algumas das dúvidas que colocámos a respeito da participação dos *contra-interessados* na arbitragem em matéria administrativa, designadamente quanto ao modo de escolha dos árbitros.

⁽³⁸⁴⁾ A este respeito, veja-se a nossa Parte III, § 2.º, ponto 1, sub-ponto 1.3.

administrativas em que existam contra-interessados, se os centros de arbitragem que a lei admite que venham a ser criados, vierem a consagrar “mecanismos específicos destinados a resolver, sem desconsiderar a celeridade e demais vantagens que caracterizam a arbitragem, a intervenção dos contra-interessados”⁽³⁸⁶⁾.

2.1.6.1.2. Direito à outorga do compromisso arbitral

Um dos obstáculos que a doutrina apontava à arbitragem em Direito Administrativo, era a possível falta de interesse da Administração Pública em aceitar submeter-se a um Tribunal arbitral⁽³⁸⁷⁾. O legislador procurou ultrapassar esse problema através da consagração de uma nova *figura* a que chamou de *direito à outorga do compromisso arbitral*. Qualquer interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º, n.º1 do CPTA pode exigir da Administração a celebração de um compromisso arbitral⁽³⁸⁸⁾. Restringe-se, assim, este direito à convenção de arbitragem na modalidade de compromisso arbitral e à *arbitragem ad hoc*.

O *direito à outorga do compromisso do compromisso arbitral* tem levantado algumas dúvidas, no seio da doutrina administrativa, nomeadamente, quanto à sua natureza. Com efeito, levanta-se a questão de saber se este constitui um direito potestativo⁽³⁸⁹⁾ a favor da pessoa ou entidade que pretenda celebrar o compromisso arbitral. A resposta da doutrina não é unânime.

Se para alguns Autores este *direito à outorga do compromisso do compromisso arbitral* não tem a força de um direito potestativo⁽³⁹⁰⁾, outros, porém, entendem de modo diverso⁽³⁹¹⁾.

Os Autores que defendem que o direito à outorga do compromisso arbitral não tem a força de um direito potestativo, apresentam, de um modo geral, os seguintes argumentos:

- (i) O poder de exigir a celebração do compromisso arbitral não produz qualquer efeito automático na esfera jurídica da entidade pública a quem seja dirigido tal pedido, pois a lei não faz recair, sobre ela, qualquer consequência em face da recusa e os

⁽³⁸⁶⁾ Vide, Esquivel José Luís, *Os Contratos...* cit. págs. 271.

⁽³⁸⁷⁾ Vide, Esquivel José Luís, *Os Contratos...* cit. págs. 272.

⁽³⁸⁸⁾ Vide, Caupers, João, “A arbitragem nos litígios...”, pág. 10; Claro, João Martins, “A arbitragem...”, pág. 86.

⁽³⁸⁹⁾ Vide, artigo 182.º do CPTA.

⁽³⁹⁰⁾ O direito potestativo enquanto “um poder de constituir, modificar, transmitir ou extinguir uma situação jurídica” a que “corresponde, do lado passivo da relação jurídica, uma sujeição, em termos tais que o exercício daquele determina um efeito jurídico automático na esfera jurídica do sujeito passivo” (Vide, Caupers, João, “A arbitragem na nova justiça administrativa”, in *CJA*, n.º 34, Braga, 2002, págs. 65 a 68, em especial, cit. págs. 65 e 66).

⁽³⁹¹⁾ Neste sentido, veja-se Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...* págs. 412 e 413; Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* págs. 1154 a 1156; Caupers, João, “A arbitragem... págs. 65 a 68.

⁽³⁹²⁾ Neste sentido, Esquivel, José Luís, *Os Contratos...* págs. 257 a 263.

artigos 12.º n.º1 e 14.º n.º 2, ambos da LAV, apenas prevêm o suprimento do desacordo das partes quanto à nomeação dos árbitros, não podendo, por essa via, aplicar-se ao suprimento do desacordo quanto à celebração do compromisso arbitral⁽³⁹²⁾;

- (ii) O artigo 183.º do CPTA ao determinar a suspensão dos prazos para recorrer à jurisdição administrativa prova que o legislador admitiu, implicitamente, que o requerimento do pedido de celebração do compromisso poderia não ser despachado favoravelmente⁽³⁹³⁾.
- (iii) O artigo 184.º do CPTA, em termos gerais, faz depender a outorga do compromisso arbitral, por parte das entidades públicas, de um despacho, a emitir no prazo de trinta dias, contados desde a data de apresentação de requerimento pelo interessado, sendo que a emissão do despacho é um requisito prévio à outorga do compromisso arbitral e, como tal, à possibilidade de se avançar para a arbitragem, não podendo tal requerimento ser equiparado ao acto de notificação à outra parte, a que se refere o artigo 11.º da LAV, na medida em que os preceitos da LAV pressupõe a prévia existência de compromisso arbitral, o qual, neste contexto, ainda não existe⁽³⁹⁴⁾;

Caso se entenda que o *direito à outorga do compromisso arbitral* não constitui um direito potestativo e o despacho da entidade administrativa não seja voluntariamente emitido dentro do prazo estabelecido no artigo 184.º, n.º 1 do CPTA, a via de que o interessado dispõe para reagir é a de lançar mão, perante o Tribunal Administrativo de Círculo competente, de uma acção administrativa especial de condenação à prática do acto legalmente devido⁽³⁹⁵⁾.

Já os Autores que entendem que o direito à outorga do compromisso arbitral constitui um direito potestativo apresentam, entre outros, os seguintes argumentos:

- (i) O artigo 183.º do CPTA, que consagra o efeito suspensivo do requerimento de arbitragem sobre os prazos para lançar mão dos meios processuais próprios da

⁽³⁹²⁾ Argumento avançado por Caupers, João, "A arbitragem..." pág. 66.

⁽³⁹³⁾ Argumento avançado por Caupers, João, "A arbitragem..." pág. 66.

⁽³⁹⁴⁾ Argumento avançado por Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1155.

⁽³⁹⁵⁾ Neste sentido, Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1155.

jurisdição administrativa constitui o efeito jurídico automático do direito potestativo de requerer a arbitragem⁽³⁹⁶⁾;

- (ii) O legislador foi sensível às críticas formuladas por JOÃO MARTINS CLARO, aquando do Debate Universitário e a respeito do artigo 160.º n.º1 e 2 do ACPTA – que previa a possibilidade de o interessado requerer a convenção de arbitragem e a Administração Pública decidir-se pela aceitação ou recusa da convenção de arbitragem –, sugerindo que “uma das formas de valorizar a arbitragem era a preconizada no Projecto do Código do Contencioso Administrativo de 1990 da autoria do Professor Freitas do Amaral”⁽³⁹⁷⁾, o qual “Estabelecia que «o Estado e as demais pessoas colectivas públicas não podem recusar o compromisso arbitral no âmbito dos litígios previstos no Projecto»”⁽³⁹⁸⁾, pressionando-se “deste tomo, através de um direito potestativo do particular a Administração a permitir a constituição do tribunal arbitral”^{(399) (400)}.
- (iii) O Despacho n.º 1602/2001, de 26 de Janeiro, que continha as orientações do Ministro da Justiça para a elaboração dos projectos do CPTA e do ETAF, referia expressamente que “o particular deve poder exigir a constituição de tribunal arbitral em matérias de contratos e responsabilidade, em termos a regular em legislação a adoptar”, bem como, o ponto 25 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 92/VIII, de 18 de Julho de 2001 que acolhe o mesmo entendimento⁽⁴⁰¹⁾;
- (iv) A redacção do artigo 182.º do CPTA que na sua epígrafe prevê expressamente um *direito à outorga do compromisso arbitral*, e o texto da norma confirma aquele *direito* ao prever que o particular “pode exigir a celebração do compromisso arbitral”⁽⁴⁰²⁾;

⁽³⁹⁶⁾ Argumento que segundo JOÃO CAUPERS poderá ser avançado por quem defenda esta posição (Vide, Caupers, João, “A arbitragem... pág. 66).

⁽³⁹⁷⁾ Vide, Claro, João Martins, “A arbitragem... cit. pág. 184.

⁽³⁹⁸⁾ Vide, Claro, João Martins, “A arbitragem... cit. pág. 184.

⁽³⁹⁹⁾ Vide, Claro, João Martins, “A arbitragem... cit. pág. 184.

⁽⁴⁰⁰⁾ Argumento retirado da obra de Esquivel, José Luís, *Os Contratos...* págs. 258 e 259.

⁽⁴⁰¹⁾ Argumento retirado da obra de Esquivel, José Luís, *Os Contratos...* pág. 259.

⁽⁴⁰²⁾ Argumento retirado da obra de Esquivel, José Luís, *Os Contratos...* págs. 259 e 260.

(v) A Administração Pública sujeita-se a aceitar a via arbitral e nem o facto de esta depender de um despacho da entidade administrativa competente afasta a existência do direito potestativo⁽⁴⁰³⁾.

Caso se entenda que o direito de requerer a arbitragem constitui um verdadeiro direito potestativo, o indeferimento de tal requerimento, com a conseqüente recusa da outorga do compromisso arbitral, por parte da entidade administrativa competente, poderá ser objecto de uma acção administrativa especial de condenação à prática do acto legalmente devido⁽⁴⁰⁴⁾.

Quer se entenda de uma ou de outra forma, parece-nos que a lei apresenta uma solução claramente insatisfatória. Ademais, uma vez mais, o legislador não primou pela clareza de expressão e densificação de conteúdo, o que, em nossa opinião, teria sido da maior importância.

De facto, caso se entenda que a natureza deste direito não constitui um direito potestativo e no caso da entidade administrativa não apresentar um despacho perante o requerimento do interessado e este tiver de lançar mão de uma acção administrativa especial, a intenção de proporcionar um modo de resolução extra-judicial do litígio mais célere, fica-se somente pela intenção. Aliás, o efeito parece-nos que será precisamente o contrário. Com efeito, se antes da resolução do litígio que opõe o particular e a entidade administrativa, estes tiverem de travar uma longa batalha jurídica para decidir qual o meio de resolução do *litígio principal*, o tempo de resolução deste último será ainda mais longo do que se o interessado tivesse optado *ab initio* por dirigir-se ao Tribunal administrativo competente⁽⁴⁰⁵⁾.

Do mesmo, caso se entenda que o *direito à outorga do compromisso arbitral* constitui um direito potestativo, se a entidade administrativa indeferir o requerimento e o interessado tiver de recorrer aos Tribunais administrativos, torna-se preferível confiar, *ab initio*, a solução do litígio aos Tribunais administrativos⁽⁴⁰⁶⁾.

⁽⁴⁰³⁾ Argumento retirado da obra de Esquivel, José Luís, *Os Contratos...* pág. 260.

⁽⁴⁰⁴⁾ Assim o entende JOÃO CAUPERS, para o caso de se entender contra a sua opinião, ou seja, de que o direito à outorga do compromisso arbitral constitui um direito potestativo (Vide, Caupers, João, "A arbitragem... pág. 66).

⁽⁴⁰⁵⁾ Concordamos com MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, quando a este respeito escrevem que "não faz sentido consagrar-se um direito à outorga do compromisso arbitral, dirigido a proporcionar um modo de resolução extrajudicial mais célere do litígio, para depois, se a entidade pública envolvida não quiser outorgar o compromisso arbitral, se remeter o interessado para um longo litígio judicial sobre o próprio compromisso arbitral" (Vide, Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* cit. pág. 1155)

⁽⁴⁰⁶⁾ Assim, o entende Caupers, João, "A arbitragem... pág. 66.

Parece-nos, assim, fazer sentido que o inciso final do artigo 182.º do CPTA, ao remeter para os “termos da lei” o faça para uma lei que venha a regular futuramente as condições de exercício do direito em análise⁽⁴⁰⁷⁾ e não para a LAV.

Caso essa lei futura venha a consagrar esse direito como um direito potestativo, deverá, no sentido proposto por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁽⁴⁰⁸⁾, determinar as condições de exercício do direito à outorga do compromisso arbitral, instituindo um *processo judicial urgente*, no âmbito do qual, estando preenchidas tais condições, se admita que o Tribunal administrativo se possa substituir à Administração para o efeito de emitir uma sentença constitutiva, pela qual proceda à outorga do compromisso arbitral. Só uma lei futura, permitirá esclarecer, com rigor, se este direito à outorga do compromisso arbitral, deve valer, ou não, para todas as situações em que pode haver lugar à arbitragem em matéria administrativa e se o mesmo se estende à arbitragem segundo critérios de equidade⁽⁴⁰⁹⁾.

No que respeita às questões de legalidade concordamos com MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, suscitando-nos sérias dúvidas “que a definição do direito aplicável, no exercício de competências decisórias da Administração, deva poder ser remetida para arbitragem, por decisão unilateral de um particular e, portanto, contra a vontade da Administração”⁽⁴¹⁰⁾ e, além disso, a solução teria um efeito útil bastante reduzido⁽⁴¹¹⁾. Com efeito, entendemos que os árbitros nunca poderão decidir questões de legalidade, segundo critérios de equidade, pelo que a sua decisão seria sempre recorrível. Sendo a Administração *forçada* a submeter-se à arbitragem, ela só tenderá a aceitar a decisão do árbitro se esta lhe for favorável. Não o sendo, certamente que lançará mão do recurso para o Tribunal administrativo competente, perdendo-se a utilidade da arbitragem e, em particular, do *direito à outorga do compromisso arbitral*.

⁽⁴⁰⁷⁾ Neste sentido, Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1155; entre outras publicações do mesmo Autor, veja-se, também, Almeida, Mário Aroso de, “O novo direito à outorga do compromisso arbitral”, in *IV Conferência: Meios alternativos de Resolução de litígios*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Lisboa, 2005, págs. 21 a 33, em especial, págs. 22 a 30; Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1155. Com a mesma opinião, também, Claro, João Martins, *IV Conferência...* pág. 47.

Em sentido contrário, pronunciou-se ANA PERESTRELO OLIVEIRA para quem “parece dever entender-se que a especificação final constante do art. 182.º do CPTA (...) não significa que a operatividade do direito fique dependente de lei especial que regule a matéria. Antes se tratará (...) de remeter para as condições gerais de celebração do compromisso arbitral, constantes (...) da LAV” (Vide Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* cit. pág. 80, nota de rodapé n.º 249).

⁽⁴⁰⁸⁾ Vide, Almeida, Mário Aroso de, “O novo...” pág. 25;

⁽⁴⁰⁹⁾ A este respeito, entre outras publicações suas, veja-se Almeida, Mário Aroso de, “O novo...” págs. 22 a 30.

⁽⁴¹⁰⁾ Vide, Almeida Mário Aroso de, “O novo...” cit. pág. 29.

⁽⁴¹¹⁾ Vide, Almeida Mário Aroso de, “O novo...” pág. 29.

No que concerne aos poderes discricionários da Administração a questão parece-nos assumir contornos ainda mais graves. Com efeito, já manifestamos a dúvida a respeito da constitucionalidade de tal solução⁽⁴¹²⁾. A situação de inconstitucionalidade assumiria, a nosso ver, contornos mais acentuados a admitir-se que pudesse *forçar-se* a Administração a cometer o exercício da função administrativa aos árbitros. Estar-se-ia perante uma flagrante violação do princípio da separação de poderes.

No respeitante às decisões seguindo critérios de equidade, parece-nos que também estas deverão excluir-se do campo de aplicação do direito à outorga do compromisso arbitral. Admitir-se o contrário, será permitir que um particular possa *forçar*, unilateralmente, a Administração a renunciar ao recurso de mérito para os Tribunais administrativos.

A julgar pelas dúvidas e problemas que este direito à outorga do compromisso arbitral coloca e pelo alcance que nos é permissível, facilmente se depreende que o seu âmbito fica vazio de conteúdo.

Parece-nos de concluir que estamos possivelmente perante a emergência, ou existência, se entendermos que este direito potestativo já tem efectividade, de um novo tipo de arbitragem, específica do regime da arbitragem em matéria administrativa. É uma arbitragem que, em nosso entendimento, não pode classificar-se como voluntária, porque lhe falta o elemento convencional⁽⁴¹³⁾, isto é, o acordo de vontades. Contudo, também não pode considerar-se uma arbitragem obrigatória ou necessária nos termos definidos na Parte I desta dissertação⁽⁴¹⁴⁾. A

⁽⁴¹²⁾ A este respeito veja-se a nossa Parte II, § 2.º, ponto 2., sub-ponto 2.1.3. e, em especial, a nossa parte III, § 2.º, ponto 2, sub-ponto 2.5.

⁽⁴¹³⁾ A este respeito escreve JOSÉ LUIS ESQUÍVEL referindo que “Quando são celebradas convenções de arbitragem que se configuram como compromissos arbitrais e uma das partes é uma das entidades administrativas previstas no artigo 182.º do CPTA, cabe distinguir:

- i) se o impulso destinado à celebração do compromisso arbitral pertence à Administração Pública, aquele tem natureza convencional;
- ii) se o referido impulso parte dou outro contraente (...) a arbitragem em causa não reveste, no seu elemento essencial (...)

⁽⁴¹⁴⁾ Concordámos, em parte, com ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA quando diz que “a arbitragem instituída pelo CPTA – sem embargo do direito atribuído ao particular pelo art. 182.º – é ainda, globalmente considerada, arbitragem voluntária (...) A arbitragem aqui em causa não assume (...) o carácter de arbitragem obrigatória ou necessária, pois que o sentido da regulação instituída (...) não é o de impor a jurisdição arbitral mas sim o de *permitir* ou *facultar* o recurso à mesma” (Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* cit. pág. 81). De facto, não deixa de assistir alguma razão à Autora quando entende que a arbitragem consagrada no artigo 182.º do CPTA não é uma arbitragem obrigatória ou necessária “similar, v.g., à que encontramos no Código do Trabalho” (Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* cit. pág. 81, nota de rodapé n.º 251), no entanto, também não se pode considerar esta seja uma arbitragem voluntária, pois não se concorda que “Se (...) a Administração Pública pode (...) ser forçada a submeter-se, contra a sua vontade, a árbitros, tal ocorre em resultado de uma legítima *pré-conformação* pelos poderes públicos do sentido em que a sua vontade ou autonomia contratual deve ser exercida, em obediência (...) a anteriores iniciativas de fomento de recurso à arbitragem pelo Estado” (Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* cit. pág. 81, nota de rodapé n.º 251). Tal não se

expressão *arbitragem forçada*, usada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁴¹⁵, parece-nos assim adequada para a designação deste novo tipo de arbitragem, distinguindo-o quer do conceito puro de arbitragem voluntária, quer do conceito de arbitragem necessária.

2.1.6.2. *Processo arbitral administrativo*: princípios e tramitação

2.1.6.2.1. Princípios

O *processo administrativo arbitral*, ainda que menos formalista do que o processo administrativo, não deixa de estar vinculado a um conjunto de princípios fundamentais. Tais princípios, faltando regulação especial em matéria administrativa, devem buscar-se na lei geral de arbitragem.

Não obstante algumas especificidades, os princípios que norteiam o processo arbitral, não podem divergir, no essencial, dos princípios processuais a que está adstrito o processo convencional. A LAV consagra, no entanto, expressamente no artigo 16.º os princípios fundamentais a observar no processo arbitral⁽⁴¹⁶⁾. Assim, a sua tramitação deve nortear-se pelos seguintes princípios:

- a) *Princípio da boa fé*: embora este princípio não decorra expressamente do preceito da LAV, dele decorre implicitamente, pois as partes devem colaborar no decorrer do *processo arbitral administrativo*; este princípio assume, também, grande importância na *fase preliminar* do processo arbitral não devendo as partes dificultar o processo de constituição do Tribunal arbitral;
- b) O *princípio da igualdade das partes*: este traduz um valor natural impreterível em qualquer processo jurisdicional; é um dever fundamental do árbitro tratar com absoluta igualdade as partes, reconhecendo-lhes o mesmo estatuto substancial, designadamente, para efeito do exercício de faculdades e do uso de meios de defesa no processo; este dever não retira ao árbitro o poder de conduzir o processo arbitral e de, perante determinadas situações, decidir conforme for se sua justiça, por exemplo, indeferindo requerimentos com conteúdo meramente dilatatório; a igualdade das partes, não limita, nem ofusca a *auctoritas* do árbitro, simplesmente o seu exercício não pode deixar de ter em conta que as partes são rigorosamente iguais,

afigura suficiente para que a arbitragem constituída ao abrigo deste artigo assumia uma natureza puramente voluntária, ainda que num contexto global.

⁴¹⁵ Entre outras publicações do Autor veja, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...* pág. 412.

⁴¹⁶ Sobre os princípios que devem observar-se, em geral, em qualquer processo arbitral, entre outros, veja-se Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* págs. 385 a 386.

não podendo ser concedidas prerrogativas a uma sem que à outra lhe sejam concedidos idênticos privilégios;

- c) O *princípio do contraditório*: este constitui uma concretização do *princípio da igualdade das partes* e impõe, por um lado, que o demandado seja citado para se defender e que o árbitro não possa permitir o acesso de uma das partes ao processo, peticionando, requerendo ou sugerindo, sem que a outra parte seja igualmente ouvida;
- d) O *princípio da ampla participação das partes no processo*: este significa que o árbitro não deve limitar ou restringir a faculdade de as partes se exprimirem no processo, devendo ser sempre ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final do processo.

2.1.6.2.2. Tramitação

O *processo administrativo arbitral* é um processo marcado pela informalidade, valorizando-se as ideias de liberdade e de autonomia de escolha das partes. Não obstante, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro, as partes devem acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, bem como, o lugar onde aquela decorrerá, sendo que se não o fizerem, caberá aos árbitros tal tarefa⁽⁴¹⁷⁾. O CPTA, uma vez mais, não consagra qualquer tipo de norma respeitante ao processo de arbitragem, pelo que nos limitamos, seguindo a LAV, a referir um conjunto de fases essenciais, as quais, tendo em atenção os princípios supra referidos, não podem deixar de constituir o *iter decisório*. Tais fases resumem-se às seguintes⁽⁴¹⁸⁾:

⁽⁴¹⁷⁾ Vide, artigo 15.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

A título de regras especiais, no domínio da contratação pública veja-se o Decreto-lei n.º 87-A/2000 de 13 de Maio, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 44-C/2010 de 5 de Maio de 2010, que aprova as bases do contrato de concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Costa de Prata, Base LXXXIX, n.º 8, na qual se prevê que o Tribunal arbitral terá sede em Lisboa, em local da sua escolha.

⁽⁴¹⁸⁾ No domínio da contratação pública, o antigo RJEOP continha no artigo 259.º uma disposição bastante importante do ponto de vista da segurança jurídica no domínio das relações contratuais e do interesse público e que hoje não se encontra semelhante norma no CPTA, no CPP, nem nas regras especiais no domínio da contratação pública. A norma em referência dispunha que o processo era composto de dois articulados – a petição e a contestação –, que só poderiam ser indicadas duas testemunhas por cada facto contido no questionário e que a discussão era escrita. Esta norma especial do RJEOP em matéria de arbitragem, bem como as restantes, foram, revogadas aquando da aprovação do Código dos Contratos Públicos, sem que fosse substituída por outra com idêntica densificação do regime de arbitragem em matéria de contratação pública. Numa posição de censura face à revogação destas normas especiais do RJEOP, pode ler-se Duque, José Paulo Vieira, “A resolução alternativa de litígios e o contrato de empreitada de obras públicas”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca págs., 73 a 101.

- i) *Iniciativa* – o *processo administrativo arbitral* inicia-se com a apresentação do litígio ao Tribunal, através de um articulado ou exposição dos factos com a indicação das questões a resolver; por vezes, a *petição inicial* poderá estar integrada no requerimento de pedido de constituição do Tribunal arbitral⁽⁴¹⁹⁾;
- ii) *Contestação* – o *princípio do contraditório* impõe que a outra parte apresente a sua defesa, sendo que a não apresentação da defesa pela parte requerida, dentro do prazo estipulado⁴²⁰, tem, em regra, como consequência o prosseguimento da instância arbitral sendo que, salvo acordo em contrário, a não apresentação da defesa em tempo oportuno não impede a subsequente prática dos atos processuais pela parte faltosa;
- iii) *Instrução* – esta fase corresponde à produção de prova perante o Tribunal arbitral, sendo que poderá ser produzida qualquer prova admitida na lei processual civil⁽⁴²¹⁾, de modo a formar a convicção do Tribunal⁽⁴²²⁾;
- iv) *Decisão* – esta é a fase final do *processo tributário administrativo* e pela qual se procede à resolução do litígio; a decisão deve ser proferida no prazo acordado pelas partes, sendo este fixado em seis meses, se outro prazo não resultar do seu acordo, contados a partir da data de designação do último árbitro, salvo acordo em contrário⁽⁴²³⁾; o prazo de decisão poderá ser prorrogado no seu dobro, se houver acordo escrito das partes⁽⁴²⁴⁾.

⁽⁴¹⁹⁾ No domínio da contratação pública veja-se novamente o Decreto-lei n.º 87-A/2000 de 13 de Maio, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 44-C/2010 de 5 de Maio de 2010, Base LXXXIX, n.º 2 que prevê que a parte que decida submeter determinado diferendo ao Tribunal arbitral, apresenta os seus fundamentos no requerimento de constituição do Tribunal arbitral que dirija à outra parte.

⁽⁴²⁰⁾ Por exemplo, no domínio da contratação pública, o Decreto-lei n.º 87-A/2000 de 13 de Maio, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 44-C/2010 de 5 de Maio de 2010, Base LXXXIX, n.º 2 estipula que a outra parte quando recebe o requerimento do pedido de constituição do Tribunal arbitral, que serve também de *Petição Inicial*, dispõe de vinte dias úteis a contar da recepção daquele requerimento, para deduzir a sua defesa.

⁽⁴²¹⁾ Vide, artigo 18.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽⁴²²⁾ É interessante observar que no domínio da contratação Pública, é frequente encontrar disposições que consagram a possibilidade do Tribunal arbitral ser assistido por peritos técnicos, o que não deixa de ser curioso, mas importante do ponto de vista da qualidade da decisão, que os árbitros podendo ser eles próprios peritos, possam ser assistidos por outros técnicos especializados. A título de exemplo veja-se, novamente, o Decreto-lei n.º 87-A/2000 de 13 de Maio, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 44-C/2010 de 5 de Maio de 2010, Base LXXXIX, n.º 5.

⁽⁴²³⁾ Vide, artigo 19.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

Repare-se que de acordo com a Proposta de lei n.º 22/XII, vindo esta a ser aprovada, nos termos do artigo 43.º, n.º 1 da nova LAV, o prazo supletivo para proferir a decisão será de doze meses e não de seis meses.

⁽⁴²⁴⁾ No domínio da contratação pública, é frequente estipular-se como prazo para proferir a decisão arbitral o de seis meses a contar da data de constituição do Tribunal. A título de exemplo, veja-se a Resolução do Conselho de Ministros n.º 39-D/2010 de 4 de junho de 2010, no capítulo XXIV, cláusula n.º 128.7.

2.1.6.2.2.1. Em especial: da decisão arbitral

A importância da última fase do *processo administrativo arbitral*, isto é, a decisão arbitral e os efeitos que dela decorrem impõe, ao contrário das restantes fases⁽⁴²⁵⁾, um ponto autónomo. A decisão arbitral tal como na arbitragem em Direito Privado, após o trânsito em julgado, tem força de *caso julgado* e indubitável força executiva, equiparando-se, assim, as decisões jurisdicionais do Tribunais administrativos⁽⁴²⁶⁾. A respectiva execução corre, perante os Tribunais Administrativos, segundo as regras que disciplinam o processo executivo no contencioso administrativo⁽⁴²⁷⁾.

A decisão arbitral tomará a designação de sentença quando o Tribunal arbitral tiver uma composição singular, ou de acórdão quando aquela composição seja colectiva. Esta deverá ser rodeada de especial cautela, visto que irá produzir efeitos na ordem jurídica, os quais, assumem extrema importância do ponto de vista do interesse público. Não obstante, o CPTA, uma vez mais, não dispõe e qualquer regra especial sobre a matéria, pelo que, na falta de qualquer disposição especial, deverão seguir-se as disposições da LAV.

A decisão arbitral, sendo o Tribunal de composição plural, será tomada por maioria dos votos, em deliberação na qual todos os árbitros que o compõe deverão participar, salvo se as partes exigirem uma maioria qualificada. Estas poderão ainda convencionar que não se havendo formado a maioria necessária, a decisão seja tomada unicamente pelo presidente ou que a questão se considere decidida no sentido do voto do presidente.

A decisão deve ser devidamente fundamentada e ser reduzida a escrito. Dela devem constar os seguintes elementos:

- a) A identificação das partes e dos árbitros;
- b) A referência à convenção de arbitragem;
- c) O objecto do litígio;
- d) O lugar e o local onde decorreu a arbitragem,
- e) A data da decisão,
- f) A assinatura dos árbitros e, nessa eventualidade, a referência aos árbitros que não puderam ou não quiseram assinar, sendo que a decisão deverá obrigatoriamente conter um número de assinaturas pelo menos igual ao da maioria dos árbitros;

⁽⁴²⁵⁾ Não olvidando, como é óbvio, a importância que as restantes fases também assumem no processo de arbitragem.

⁽⁴²⁶⁾ Vide, artigo 26.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º 1 do CPTA.

⁽⁴²⁷⁾ Vide, artigos 30.º e 31.º da LAV, aplicáveis *ex vi* artigo 181.º n.º 1 do CPTA.

- g) Os votos e a identificação dos árbitros vencidos;
- h) Fixação e eventual repartição pelas partes dos encargos com o processo⁽⁴²⁸⁾.

A decisão arbitral será notificada a cada uma das partes, por carta registada. O original deverá ser depositado na secretaria do Tribunal administrativo, a menos que as partes tenham dispensado tal depósito. Na eventualidade de o mesmo se verificar, o Tribunal arbitral deverá desse facto notificar as partes⁽⁴²⁹⁾. O poder jurisdicional dos árbitros extingue-se com a notificação do depósito da decisão, ou caso este não se verifique, com a notificação da decisão⁽⁴³⁰⁾.

2.1.6.2.2.1.1. Os meios colocação em crise da decisão arbitral: do pedido de anulação e do recurso

A colocação em crise da decisão arbitral poderá ser feita através de dois meios distintos. Os dois esquemas revisivos da decisão arbitral que existem são o pedido de anulação da decisão arbitral e o recurso⁽⁴³¹⁾.

Quando se tem em vista controlar a decisão arbitral em si, nos seus aspectos competenciais, procedimentais, formais e estruturais, o meio adequado será o pedido de *anulação* da decisão arbitral. O pedido de anulação da decisão arbitral poderá ter origem em qualquer um dos seguintes fundamentos^{(432) (433)}:

- a) Não ser o litígio susceptível de resolução por via arbitral;
- b) A decisão arbitral ter sido proferida por tribunal incompetente ou irregularmente constituído, no entanto, este fundamento não poderá ser invocado pela parte que dele teve conhecimento no decurso da arbitragem e podendo fazê-lo não o alegou oportunamente⁽⁴³⁴⁾;

⁽⁴²⁸⁾ Vide, artigo 23.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º1 do CPTA.

⁽⁴²⁹⁾ Vide, artigo 24.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º1 do CPTA.

⁽⁴³⁰⁾ Vide, artigo 25.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 181.º, n.º1 do CPTA.

⁽⁴³¹⁾ Vide, artigo 186.º do CPTA

⁽⁴³²⁾ Vide, artigo 27.º, n.º 1 e 2 da LAV, aplicável *ex vi* artigo 186.º, n.º1 do CPTA. A este respeito veja-se o Ac do TCA do Sul de 12/03/2009, proc. n.º 03097/07, disponível em www.dgsi.pt, que no seu sumário dispõe expressamente que “As decisões proferidas pelo Tribunal Arbitral podem ser anuladas pelo TCA com qualquer dos fundamentos que, na lei sobre arbitragem voluntária, permitam a anulação da decisão dos árbitros”.

⁽⁴³³⁾ Para uma apreciação mais pormenorizada a respeito destes fundamentos, veja-se, Silva, Paula Costa e, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, in *ROA*, Ano 56, Janeiro 1996, págs.179 a 207, em especial, págs. 182 a 186 e Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* págs. 511 a 527.

⁽⁴³⁴⁾ Com interesse, a respeito deste fundamento, veja-se o Ac. do STA de 28/04/2005, proc. n.º 0636/04, no qual se refere expressamente que “um dos fundamentos que determina a anulação judicial de uma decisão de um Tribunal Arbitral é a da sua incompetência para a decisão proferida, mas esse fundamento só releva se a parte a quem aproveita dele teve conhecimento no decurso da arbitragem e,

- c) Ter ocorrido a violação de qualquer um dos princípios inerente ao processo de arbitragem;
- d) A falta de alguns elementos obrigatórios da decisão, designadamente, a falta da fundamentação da decisão, da assinatura dos árbitros, de um número de assinaturas pelo menos igual ao da maioria dos árbitros e dos votos dos árbitros vencidos e respectiva identificação.

O pedido de anulação da decisão arbitral deverá ser dirigido junto do Tribunal Central Administrativo⁽⁴³⁵⁾ e uma vez que o CPTA nada refere a este respeito, coloca-se a questão de saber qual o regime que seguirá a acção de anulação. A doutrina tem entendido que esta seguirá os termos da acção administrativa comum⁽⁴³⁶⁾, sendo que a mesma deverá ser intentada no prazo de um mês a contar da notificação da decisão arbitral⁽⁴³⁷⁾. Deve, ainda, referir-se que o direito de requerer a anulação da decisão dos árbitros é irrenunciável⁽⁴³⁸⁾. No que respeita aos efeitos do pedido de anulação da decisão, na falta de estipulação expressa em matéria de arbitragem em Direito Administrativo, a doutrina tem vindo a entender que esta tem efeitos meramente cassatórios⁽⁴³⁹⁾, que não permitem ao Tribunal chamado a apreciá-la pronunciar-se sobre o objecto do litígio⁽⁴⁴⁰⁾.

Quando se tem em vista controlar o conteúdo decisório da decisão arbitral, o meio mais adequado para colocar a em crise será já o *recurso*. Podemos dizer que vigora na arbitragem em matéria administrativa um *princípio geral de recorribilidade da decisão arbitral*. Das decisões proferidas pelo Tribunal arbitral cabem os mesmos recursos que cabem para o Tribunal Central

podendo fazê-lo, o invocou perante o Tribunal Arbitral”, mas tal não impede que a parte que invoque tal fundamento o volte a fazer quando o já tenha invocado no decurso da arbitragem e o Tribunal arbitral haja decidido pela sua improcedência.

⁽⁴³⁵⁾ Vide, artigo 186.º, n.º 1 do CPTA. A questão do Tribunal hierarquicamente competente para conhecer do pedido de anulação da decisão arbitral, foi colocada no já referido Ac do TCA do Sul de 12/03/2009, proc. n.º 03097/07, decidindo-se pela sua competência para apreciar aquele pedido.

⁽⁴³⁶⁾ Neste sentido veja-se Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1160 e Esquivel, José Luis, *Os Contratos...* págs. 293 e 294.

⁽⁴³⁷⁾ Vide, artigo 28.º, n.º 2 da LAV, aplicável *ex vi* artigo 186.º n.º 1 do CPTA. Este é de resto o prazo que a jurisprudência tem entendido dever aplicar-se ao pedido de anulação da decisão de arbitragem. Com efeito, neste sentido veja-se novamente o Ac do TCA do Sul de 12/03/2009, proc. n.º 03097/07, em cujo sumário se pode ler que “Nos termos da Lei 31/86 de 29 de Agosto (LAV), designadamente no disposto no n.º 2 do artigo 28º deste diploma, o prazo para intentar a Acção de Anulação de Acórdão Arbitral é de um mês, contado da data de notificação da decisão arbitral”.

⁽⁴³⁸⁾ Vide, artigo 28.º, n.º 1 da LAV, aplicável *ex vi* artigo 186.º n.º 1 do CPTA.

⁽⁴³⁹⁾ Sobre os efeitos meramente cassatórios da pedido de anulação da decisão arbitral, veja-se Silva, Paula Costa e, “Os meios... pág. 187.

⁽⁴⁴⁰⁾ Neste sentido veja-se Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1160 e Esquivel, José Luis, *Os Contratos...* pág. 293.

Administrativo⁽⁴⁴¹⁾ ⁽⁴⁴²⁾, das decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo de Círculo, desde que, as partes não tenham renunciado aos recursos e/ou o Critério de decisão do Tribunal arbitral não tenha sido a equidade⁽⁴⁴³⁾.

Embora no CPTA o recurso seja previsto como um princípio geral em matéria de arbitragem, a verdade é que no domínio da contratação pública e das regras especiais que regulam o mecanismo é frequente encontrarem-se normas que impõe a arbitragem como um meio de resolução definitivo do litígio⁽⁴⁴⁴⁾,

2.1.7. A novidade: a modalidade de Arbitragem *institucionalizada*

Tal como na arbitragem em Direito privado, da análise das disposições do CPTA é possível distinguir entre arbitragem *ad hoc* e a *arbitragem institucional*. O Tribunal arbitral tanto poderá constituir-se *ad hoc*, como ser parte integrante de um centro de arbitragem, aqui falando-se em *arbitragem institucionalizada*. Uma das grandes novidades da reforma consiste, pois, na autorização para a criação de centros de arbitragem. Não será certamente exagero nosso referir que a consagração desta modalidade de arbitragem na justiça administrativa impulsionou o emergir um novo paradigma de justiça no Direito Administrativo⁽⁴⁴⁵⁾ ⁽⁴⁴⁶⁾ que contagiou, como veremos, o Direito Tributário. Fará todo o sentido, aqui adaptarem-se as palavras de RUI

⁽⁴⁴¹⁾ A este respeito, veja-se o artigo 37.º, alínea b) do ETAF, que sob a epígrafe “Secção do Contencioso Administrativo” dispõe que “Compete à Secção do Contencioso Administrativo de cada tribunal central administrativo conhecer: (...) b) Dos recursos de decisões proferidas pelo tribunal arbitral sobre matérias do contencioso administrativo, salvo o disposto em lei especial”

⁽⁴⁴²⁾ A respeito dos recursos das sentenças no seio da Justiça Administrativa, pode ler-se Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...* págs. 389 a 413

⁽⁴⁴³⁾ Vide, artigo 29.º da LAV, aplicável *ex vi* artigo 186.º, n.º2 do CPTA.

Sobre os recursos das decisões arbitrais previstas no artigo 29.º da LAV, pode ler-se Silva, Paula Costa e, “Os meios... págs. 188 a 190 e ainda e Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* págs. 495 a 509.

⁽⁴⁴⁴⁾ A título de exemplo, entre muitos outros, vejam-se o Decreto-lei n.º 242/2006 de 28/12/2006, que aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, aumento do número de vias, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Grande Lisboa, alterado pelo Decreto-lei 44-F/2010 de 5 de Maio, Capítulo XXVI, Base XCVIII, n.º 6 e o Decreto-lei n.º 33-A/2010 de 14/04/2010 que aprova as bases da concessão do projecto, construção, financiamento, manutenção e disponibilização, por todo o período da concessão, da concessão RAV Poceirão-Caia, da ligação ferroviária de alta velocidade entre Lisboa e Madrid, Capítulo XXVII, Base CI, n.º 5.

⁽⁴⁴⁵⁾ Não pode deixar de se referir que a consagração legal deste tipo de arbitragem é fruto da proposta de JOÃO MARTINS CLARO no âmbito da discussão pública sobre a reforma do contencioso administrativo (Vide, Claro, João Martins, “A arbitragem...”, pág. 87),

⁽⁴⁴⁶⁾ Já antes da reforma, existem, no entanto, alguns exemplos conhecidos de arbitragem institucionalizada para a resolução de litígios materialmente administrativos. Será o caso da Associação dos Industriais de Construção Civil e Obras Públicas do Norte, que consta da portaria n.º 81/2001 de 8 de Fevereiro que estabelece as entidades que no Direito Português estão autorizadas a realizar arbitragem institucionalizadas e que pelo despacho n.º 10 478/2000, de 23 de Maio, foi autorizada a dirimir litígios em matérias relacionadas com a interpretação, validade e execução de contratos de empreitada de obras públicas.

MOREIRA, para quem sucesso recente da arbitragem voluntária em Portugal, em muito se fica a dever à arbitragem institucional⁽⁴⁴⁷⁾.

Em relação à arbitragem *ad hoc* resta-nos remeter para tudo quanto dissemos anteriormente e referir que esta é uma modalidade que se pratica em especial no domínio da contratação pública⁽⁴⁴⁸⁾.

2.1.7.1. Da sua autorização no CPTA e da sua configuração como um direito potestativo

O CPTA veio autorizar a criação de *centros de arbitragem permanentes* para a composição de litígios no âmbito de matérias relacionadas com contratos, responsabilidade civil da administração, relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de protecção social e urbanismo⁽⁴⁴⁹⁾. Esta norma “tem em vista a institucionalização de centros de arbitragem, e não a instituição de mecanismos para-judiciais de resolução de litígios em sede administrativa ou de uma ordem particular de tribunais estaduais de intervenção necessária na resolução de todos os litígios, integrada por julgadores dotados dos requisitos constitucionais de imparcialidade e independência que são próprios dos membros do Poder Judicial”⁽⁴⁵⁰⁾. A lei veio assim autorizar a institucionalização de entidades com competência para funcionar como verdadeiros centros de arbitragem, tal como nas arbitragens em Direito Privado.

A norma tem em vista, acima de tudo, impulsionar a resolução extrajudicial dos litígios ao nível dos departamentos do Estado. A vinculação de cada ministério à jurisdição dos centros de arbitragem depende de portaria conjunta do Ministério da Justiça e do ministro da tutela que estabeleça o tipo e valor máximo dos litígios abrangidos⁽⁴⁵¹⁾. A partir do momento em que se verifica a vinculação ministerial, o recurso aos centros de arbitragem é consagrado como um verdadeiro direito potestativo. O instrumento de vinculação será, deste modo, a manifestação de interesse da entidade pública em celebrar a convenção de arbitragem. Com refere RAUL VENTURA a essência da convenção de arbitragem “reside na manifestação de vontade de

⁽⁴⁴⁷⁾ Vide, Moreira, Rui, “O Instituto de Arbitragem Comercial”, in *II Colectânea de Textos publicados na Newsletter GRAL*, org. Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, 1.ª Edição, 2008, págs. 63 a 68, em especial, pág.63.

⁽⁴⁴⁸⁾ É a este tipo de arbitragem que se recorre mais frequentemente no domínio da contratação pública, nomeadamente, em alguns contratos de concessão, no contrato de empreitada de obras públicas e nas parcerias público privadas.

⁽⁴⁴⁹⁾ Vide, artigo 187.º, n.º 1 do CPTA.

⁽⁴⁵⁰⁾ Vide, Almeida, Mário Aroso de, *O Novo...* cit. pág. 417.

⁽⁴⁵¹⁾ Vide, artigo 187.º, n.º 2 do CPTA. A tais centros, de acordo com o n.º 3, “podem ser atribuídas funções de conciliação, mediação ou consulta no âmbito de procedimento de impugnação administrativa.

cometer à decisão de árbitros a solução de um litígio entre as partes da convenção”⁽⁴⁵²⁾, sendo que “Da convenção de arbitragem nasce um *direito potestativo* para cada uma das partes”⁽⁴⁵³⁾. Neste caso, o instrumento de vinculação apenas faz nascer o Direito Potestativo para a entidade interessada em submeter o litígio a arbitragem.

Com efeito, decorre da norma que a qualquer interessado é conferido *o poder* de se dirigir a tais centros⁽⁴⁵⁴⁾, para a resolução de litígios que se enquadrem na delimitação objectiva feita pelo instrumento de vinculação. No entanto, este direito potestativo é conferido unicamente ao particular interessado. É este último que passa a dispor do poder de se dirigir a tais centros para a resolução de litígios compreendidos pelo recorte objectivo efectuado pelo instrumento de *auto-vinculação*. As entidades *auto-vinculadas* não podem obrigar, ou densificando, exercer sobre o particular o poder de se dirigir a tais centros quando sejam elas mesmas as demandantes no litígio. O instrumento de *auto-vinculação* não significa uma renúncia aos Tribunais comuns para resolução de conflitos em que aquelas sejam Autoras. Ademais, os particulares, não obstante a vinculação da entidade pública, não ficam obrigados a recorrer aos centros de arbitragem. Estes passam unicamente a dispor de um poder de escolha entre intentar uma acção junto de um Tribunal administrativo, de um Tribunal arbitral *ad hoc* ou *institucionalizado*.

Pelo que sempre se poderá concluir que a autorização legislativa não retira à arbitragem a sua natureza voluntária⁽⁴⁵⁵⁾. O particular apenas passa a dispor do poder de dirigir-se a esses centros, após a prévia vinculação da entidade pública, mediante o instrumento de vinculação que defina o tipo e o valor dos litígios abrangidos pela sua jurisdição. Todo este *processo* de *auto-vinculação* parte da vontade da entidade pública, após o qual, o particular, se assim o entender, poderá exercer seu direito potestativo⁽⁴⁵⁶⁾.

Alguns Autores, a nosso ver com razão, têm criticado o não alargamento da autorização a outras entidades públicas, que não apenas os departamentos do Estado, como por exemplo,

⁽⁴⁵²⁾ Vide, Ventura, Raul, “Convenção... cit. pág. 303.

⁽⁴⁵³⁾ Vide, Ventura, Raul, “Convenção... cit. pág. 303.

⁽⁴⁵⁴⁾ Vide artigo 187.º, n.º 2 do CPTA.

⁽⁴⁵⁵⁾ Neste sentido, veja-se também, Villa-Lobos, Nuno, “Arbitragem Administrativa. Novos Desafios”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de Mestrado, a Exma. Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 102 a 109, em especial, pág. 104.

⁽⁴⁵⁶⁾ Com efeito concordamos com MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, quando referem que “estamos perante um instrumento colocado na livre disponibilidade, tanto do Estado – cujos ministérios são livres de, se assim o entenderem, assumirem, por portaria, a sua vontade de se submeterem à arbitragem dos centros institucionalizados relativamente a certos tipos de litígios e dentro de eventuais limites – como dos demais envolvidos nesses litígios, que serão livres de optar por se dirigirem aos centros de arbitragem instituídos, se e quando desejarem que a resolução desses litígios lhes seja confiada” (Vide, Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* cit. págs. 1163 e 1164).

às Regiões Autónomas, aos Municípios de maior dimensão e às Associações de Municípios e demais pessoas colectivas públicas⁽⁴⁵⁷⁾. Com efeito, não se encontra qualquer justificação a diferenciação daquelas entidades.

Esta fórmula foi entretanto adoptada em outros diplomas, designadamente, pelo Estatuto da Carreira do Pessoal Docente do Ensino Superior Universitário (ECPDESU)⁽⁴⁵⁸⁾ e pelo Estatuto da Carreira do Pessoal Docente do Ensino Politécnico (ECPDEP)⁽⁴⁵⁹⁾. Tais diplomas consagram a possibilidade das respectivas instituições vincularem-se previamente à jurisdição de centros de arbitragem, mediante uma previsão no regulamento a aprovar por cada instituição do ensino superior, o qual, estabelecerá o tipo e o valor máximo dos litígios, conferindo aos interessados o poder de se dirigirem aos centros de arbitragem, que venham a ser criados para a resolução de litígios emergentes de relações reguladas pelos respectivos estatutos.

A autorização consagrada na *lei processual administrativa* e o regime geral aplicável aos centros de arbitragem, previsto no Decreto-lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro formaram as condições necessárias para a criação e instalação do primeiro Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)⁽⁴⁶⁰⁾. No momento actual, só lamentamos que o CAAD seja o único centro de arbitragem em matéria administrativa que haja sido criado, agravando-se o facto de estar sediado num único ponto do país, ainda que a sua jurisdição seja nacional. De facto, seria de

⁽⁴⁵⁷⁾ Assim, Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* pág. 1163.

A este propósito também JOSÉ LUIS ESQUÍVEL refere que esta norma “peca por insuficiência na medida em que limita a criação de centros de arbitragem ao domínio da Administração Central, não estendendo a mesma a outras áreas, como por exemplo, à Administração Local” (Vide, Esquível, José Luis, *Os Contratos...* cit. pág. 273) e no mesmo sentido MANUEL FERNANDO SANTOS SERRA, sustenta ser injustificada “a exclusão de demais pessoas colectivas, designadamente as regiões autónomas e as autarquias, da autorização de vinculação aos centros de arbitragem em matéria administrativa” (Vide, Serra, Manuel Fernando dos Santos, “A Arbitragem Administrativa em Portugal. Evolução Recente e Perspectivas”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 19 a 29, cit. pág. 26).

⁽⁴⁵⁸⁾ Vide, artigo 84º-A, n.º 4 do ECPDESU, aprovado pelo Decreto-lei n.º 448/79 de 13 de Novembro, republicado pelo Decreto-lei n.º 205/2009 de 31 de agosto e alterado pela Lei n.º 8/2010 de 13 de Maio.

⁽⁴⁵⁹⁾ Vide, artigo 44º-A, n.º 4 do ECPDEP, aprovado pelo Decreto-lei n.º 185/81 de 1 de Julho, republicado pelo Decreto-lei n.º 207/2009 de 31 de agosto e alterado pela Lei n.º 7/2010 de 13 de Maio.

⁽⁴⁶⁰⁾ Inicialmente levantou-se a questão de saber se o artigo 187.º, n.º 1, remetia para uma lei própria, necessária para definição do regime dos centros de arbitragem, contudo, cedo se levantaram vozes defendendo que para a instalação dos centro de arbitragem, não seria necessária lei específica, bastando-se a aplicação do regime geral dos centros de arbitragem já existente.

Alguns autores têm, no entanto, vindo a entender que a aprovação de um diploma específico nesta matéria seria de toda a utilidade, pois, “a definição de um quadro normativo homogéneo que não resulta, por si só, deste artigo 187.º e que, em certos aspectos, não se afigura conveniente deixar ao critério das diferentes portarias que venham a ser publicadas ministério a ministério” e, por outro lado, que este diploma a aprovar poderia estender a autorização de vinculação aos centros de arbitragem de outras entidades (Neste sentido, veja-se, Almeida, Mário Aroso de; Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário...* cit. pág. 1163 e veja-se a nossa nota de rodapé *supra* n.º 457)

todo a importância que novos centros de arbitragem fossem criados⁽⁴⁶¹⁾ e que o CAAD alargasse as suas instalações ao norte do país.

Os centros de arbitragem podem funcionar ao abrigo de diferentes formas institucionais⁽⁴⁶²⁾, desde que estas sejam capazes de assegurar a sua qualidade, a sua eficiência, a sua transparência e, acima de tudo, a sua imparcialidade. De facto, tanto podem funcionar como centros autónomos dotados de personalidade jurídica, ou como entidades dependentes de outras instituições. Tais centros são, por via de regra, dirigidos por um Conselho e respectivo Presidente, dispendo também de um Secretariado que integra os serviços técnicos e administrativos, necessários ao seu bom funcionamento. Não é obrigatório que assuma uma forma jurídica em concreto. Com efeito, poderá, por exemplo, assumir a forma de uma associação ou de uma fundação. O requisito da representatividade exigido às instituições, pelo Decreto-lei n.º 425/86 de 27 de Dezembro⁽⁴⁶³⁾ leva, contudo, a maioria das vezes, à escolha pela forma associativa.

Nas próximas páginas do nosso trabalho, impõe-se uma breve referência ao CAAD, por um lado, devido ao facto de este ser o único centro de arbitragem em matéria administrativa existente actualmente e, por outro lado, devido à importância que o CAAD assume, como veremos, na arbitragem em matéria tributária.

2.1.7.2. O Centro de Arbitragem Administrativa

O período de gestação entre a autorização concedida pela lei *processual* administrativa e a criação do primeiro centro de arbitragem administrativa foi bastante extenso. Só em 2009, pelo Despacho n.º 5097/2009 do Secretário de Estado da Justiça⁽⁴⁶⁴⁾, foi autorizada a criação de um centro de arbitragem, a funcionar sob a égide de uma associação denominada Centro de

⁽⁴⁶¹⁾ A pensar em questões do ambiente apela também CÁTIA CEBOLA a que “este ímpeto impulsionador da criação de Centro de arbitragem administrativa não se esgote no CAAD e que, a breve trecho possamos contar com a iniciativa de entidades do sector ambiental na criação de um Centro de Arbitragem Ambiental” (Vide, Cebola, Cátia, “A Arbitragem no Contexto Ambiental e Urbanístico”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 4 a 18, cit. pág.18)

⁽⁴⁶²⁾ A respeito da orgânica e funcionamento dos centros de arbitragem, veja-se Amorim, João Pacheco de; Soares, Bárbara M., “Algumas considerações em torno dos centros de arbitragem voluntária institucionalizada e dos respectivos regulamentos arbitrais”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. págs. 48 a 59, em especial, 54 a 56).

⁽⁴⁶³⁾ Vide, artigo 2.º do Decreto-lei n.º 425/86 de 27 de Dezembro.

⁽⁴⁶⁴⁾ Publicado na 2.ª Série do Diário da República em 12 de Fevereiro de 2009.

Arbitragem Administrativa (CAAD) e que entrou em funcionamento no dia 28 de Janeiro de 2009.

Em termos muito gerais, propomos nas linhas que se seguem uma breve referência ao modelo institucional, competências e ao processo de arbitragem que o CAAD coloca à disposição dos seus utentes. Esta análise apenas poderá ser muito geral, na medida em que estamos, ainda, nos primórdios da actividade do Centro. A ideia é a de caracterizar, de modo breve e sumário, o tipo de processo que os utentes do Centro poderão esperar.

Em muitos aspectos, o CAAD funcionará como um verdadeiro laboratório experimental da arbitragem institucional em matéria administrativa e do qual se espera um modelo exemplar a ser seguido pelos restantes centros de arbitragem que, num futuro próximo, se deseja que venham a ser criados⁽⁴⁶⁵⁾.

2.1.7.2.1. Breve referência ao modelo institucional

Do ponto de vista jurídico-institucional⁽⁴⁶⁶⁾, o CAAD, de acordo com os seus Estatutos⁽⁴⁶⁷⁾ é uma associação, ou densificando, uma pessoa colectiva de direito privado sem fins lucrativos⁽⁴⁶⁸⁾, cujos associados⁽⁴⁶⁹⁾ são entidades representativas das potenciais partes em litígios susceptíveis

⁽⁴⁶⁵⁾ A preocupação em fazer do CAAD um modelo a seguir na criação de novos centros de arbitragem é manifesta nas palavras de NUNO VILLA-LOBOS. Com efeito refere o Autor que “Por seguir na frente, o CAAD assume especiais responsabilidades, desde logo, perante os seus utentes, mas também perante a sociedade portuguesa em geral. Responsabilidades que só podem ser cumpridas se o CAAD apostar no desenvolvimento de ferramentas adequadas de auto monitorização, que lhe permitam prestar regularmente contas do seu desempenho perante um leque muito amplo de pessoas e de agentes económicos para quem o bom funcionamento da Justiça é uma questão vital”, acrescentando mais à frente que “o CAAD funciona como uma espécie de cobaia ou laboratório experimental, em que, com natural expectativa e abertura são explorados novos conceitos, ensaiadas novas soluções, legais e institucionais, e cultivadas novas funcionalidades, todas elas a ser objecto de um rigoroso escrutínio crítico, por parte daqueles que no CAAD trabalham, e por parte também de quem observa de fora, através de uma “janela” que se quer tão transparente quanto possível” (Vide, Villa-Lobos, Nuno, “Nota Introdutória. CAAD, um primeiro balanço”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 11 a 17, em especial, cit. págs. 12 e 13).

⁽⁴⁶⁶⁾ Para uma breve análise do modelo institucional da CAAD veja-se Farinho, Domingos Soares, “Algumas Notas Sobre o Modelo Institucional do Centro de Arbitragem”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 11 a 17, em especial, págs. 12 e 13.

⁽⁴⁶⁷⁾ O modelo institucional do CAAD pode apreender-se a partir dos Estatutos, que podem consultar-se no sítio da instituição em www.caad.org.pt.

⁽⁴⁶⁸⁾ Vide, artigo 2.º dos Estatutos.

⁽⁴⁶⁹⁾ De acordo com o artigo 4.º dos Estatutos, a associação tem como associados fundadores a Associação Sindical dos Trabalhadores dos Serviços Prisionais e a Confederação de Comércio e Serviços de Portugal. Poderão ainda associar-se outras pessoas colectivas de direito público ou privado. Actualmente são associados do CAAD: Associação dos Oficiais de Justiça; Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária; Associação Sindical dos Funcionários Técnicos Administrativos Auxiliares e Operários da Polícia Judiciária; Associação Sindical dos Oficiais dos Registos e do Notariado; Associação Sindical dos Seguranças e da Polícia Judiciária; Associação Sindical dos Trabalhadores dos Serviços Prisionais; Confederação do Comércio e Serviços de Portugal; Sindicato dos Funcionários Judiciais;

de ser objecto do Tribunal arbitral. Deste modo, por um lado, assegura-se o requisito de representatividade que a lei exige para a autorização e manutenção da arbitragem e, por outro lado, envolvem-se os potenciais intervenientes do centro na sua gestão institucional. Enquanto associação o CAAD compreende os seguintes órgãos⁽⁴⁷⁰⁾:

- a) A Direcção que é composta de um Presidente e dois vogais;
- b) Um Conselho Fiscal;
- c) Uma Assembleia-geral;
- d) Um Conselho de Representantes;
- e) Um órgão independente: o Conselho Deontológico.

De todos os órgãos referidos o Conselho Deontológico é aquele que da nossa parte vai merecer mais atenção. Este órgão é composto por um Presidente e dois vogais⁽⁴⁷¹⁾. Dado o objecto da arbitragem, nos domínios em que nos movemos, este é um órgão particularmente importante que legitima e assegura a imprescindível neutralidade, transparência e imparcialidade do Tribunal arbitral. A este órgão compete, entre outras tarefas, pronunciar-se sobre a lista de árbitros que compõe o Centro, bem como, aprovar o Código Deontológico aplicável aos árbitros⁽⁴⁷²⁾.

Neste contexto, entendemos ser merecedor de particular atenção o Protocolo firmado entre o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Centro de Arbitragem Administrativa⁽⁴⁷³⁾. Ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais cabe a nomeação do Presidente do Conselho Deontológico⁽⁴⁷⁴⁾, sendo que a este, por sua vez, cabem as importantes tarefas de velar pelo cumprimento das disposições do Código Deontológico e designar, a pedido da Direcção do CAAD, os Presidentes dos Tribunais arbitrais colectivos e os árbitros quando o procedimento de escolha não decorra da iniciativa das partes no litígio⁽⁴⁷⁵⁾.

Sindicato dos Trabalhadores dos Registos e do Notariado do Norte; Sindicato dos Trabalhadores dos Registos e do Notariado do Sul e Ilhas; Sindicato Nacional do Ensino Superior.

⁽⁴⁷⁰⁾ Vide, artigos 5.º a 10º-A dos Estatutos.

⁽⁴⁷¹⁾ Vide, artigo 10º-A n.º 1 dos Estatutos.

⁽⁴⁷²⁾ Vide, artigo 10º-A n.º 4 dos Estatutos.

⁽⁴⁷³⁾ A este respeito, destaca-se a seguinte passagem do Protocolo, “Para garantir o cumprimento escrupuloso pelos vários agentes envolvidos na resolução dos litígios (...) de normas e princípios deontológicos, de molde a garantir-se a independência e a imparcialidade do Centro, foi criado o Conselho Deontológico, órgão independente com competência para aprovar um código deontológico aplicável aos árbitros (...) bem como pronunciar-se sobre a lista de árbitros (...) do Centro”.

⁽⁴⁷⁴⁾ Vide, artigo 10.º-A, n.º 2 dos Estatutos.

Pela Deliberação (Extracto) n.º 51/2010 em 16 de Dezembro de 2009, foi nomeado para Presidente do Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, Manuel Fernando dos Santos Serra, Juiz Conselheiro jubilado.

⁽⁴⁷⁵⁾ Vide, artigo 10º-A n.º 5 dos Estatutos.

Ao Conselho Deontológico cabe, assim, no geral, garantir o cumprimento pelos árbitros do conjunto de regras e princípios deontológicos estabelecidos no Código Deontológico. Através desta compilação de normas deontológicas, o Conselho Deontológico densificou, consideravelmente, os impedimentos aplicáveis aos árbitros, o qual, “se for acompanhado de uma interpretação teleológica rigorosa, como decerto, será, poderá assegurar satisfatoriamente a imparcialidade, pelo menos nos casos em que a nomeação de árbitros é feita dentre pessoas que constam das listas, «pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade mora e sentido de interesse público»”⁽⁴⁷⁶⁾. Esta interpretação teleológica que se propõe no seguimento da proposta de JORGE LOPES DE SOUSA deverá ser feita em sintonia com o artigo 216.º, n.º 3 da CRP, “com o intuito de potenciar as garantias de imparcialidade”, e passa pela designação dos árbitros, a cargo do Presidente do Conselho Deontológico, “preferencialmente dentre os que constem das listas que não desempenhem concomitantemente outras actividades profissionais, para além da docência e investigação científica de natureza jurídica”⁽⁴⁷⁷⁾.

É claro que nenhuma destas medidas substitui a consciência moral dos árbitros, que a faltar na prática, em nada valerá um conjunto de regras e princípios teóricos. Contudo, a sua existência oferece maiores garantias da sua aplicação na prática quando aquela consciência moral faltar. Além disso, como o diz e, em nosso entendimento bem, MÓNICA BRITO VIEIRA, citando um dos pais da sociologia DURKHEIM, é bom para a sociedade que a “actividade moral”⁴⁷⁸ de um determinado grupo profissional seja “socializada”⁽⁴⁷⁹⁾, isto é, “regulada”⁽⁴⁸⁰⁾, pois se deixada inteiramente ao arbítrio dos indivíduos, por muito boas que sejam as suas intenções, tende a tornar-se “caótica e dissipa-se em conflitos”⁽⁴⁸¹⁾.

2.1.7.2.2. Competência territorial

A competência territorial e material da associação poderá aferir-se a partir dos seus Estatutos. O CAAD tem âmbito nacional⁽⁴⁸²⁾, portanto, desde que materialmente competente,

⁽⁴⁷⁶⁾ Assim o ajuíza JORGE LOPES DE SOUSA a respeito da arbitragem em matéria tributária cujo regime legal, como veremos, contrariamente à arbitragem, em Direito Administrativo, estabelece já um conjunto de impedimentos aplicáveis aos árbitros com vista a assegurar a sua imparcialidade, juízo que, por maioria de razão, entendemos dever estender-se à arbitragem em matéria administrativa, cujo regime é bastante mais *pobre* neste aspecto. (Vide, Sousa, Jorge Manuel Lopes de, “Algumas...”, cit. pág. 71).

⁽⁴⁷⁷⁾ Vide, Sousa, Jorge Manuel Lopes de, “Algumas...”, cit. pág. 71.

⁽⁴⁷⁸⁾ Vide, Vieira, Mónica Brito, “Ética Profissional e Responsabilidade Social”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villalobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 227 a 245, cit. pág. 245.

⁽⁴⁷⁹⁾ Vide, Vieira, Mónica Brito, “Ética...”, cit. pág. 245.

⁽⁴⁸⁰⁾ Vide, Vieira, Mónica Brito, “Ética...”, cit. pág. 245.

⁽⁴⁸¹⁾ Vide, Vieira, Mónica Brito, “Ética...”, pág. 245.

⁽⁴⁸²⁾ Vide, artigo 3.º, n.º 1 dos Estatutos.

dispõe de competência para dirimir litígios em todo o território nacional. Importante será, assim, conhecer a sua competência material, ou seja, os litígios, entre os previstos na *lei processual administrativa*, que podem ser objecto de resolução na associação.

2.1.7.2.3. Competência material

A competência material do Centro poderá aferir-se em função dos seus Estatutos e do seu Regulamento de Arbitragem⁽⁴⁸³⁾. Com efeito, O CAAD tem por objecto a resolução de litígios respeitantes a contratos e relações jurídicas de emprego público⁽⁴⁸⁴⁾, ou densificando:

- i. Questões emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional;
- ii. Questões emergentes da atribuição de apoio financeiro do Estado às artes;
- iii. Questões relativas à interpretação, validade e execução de contratos.

O leque das matérias sobre as quais o Tribunal arbitral do CAAD poderá exercer a sua competência é bastante vasto e, por vezes, será de difícil recorte⁽⁴⁸⁵⁾. Não obstante, o tipo de litígios sujeitos a apreciação no Tribunal arbitral do CAAD reconduzem-se, normalmente, a “questões de reposição salarial, de avaliação do desempenho, de progressão na carreira, de abonos, de horários, de reembolsos de despesas, de prestação de remunerações e suplementos, de cessação do vínculo e de matérias disciplinares”⁽⁴⁸⁶⁾.

2.1.7.2.4. Entidades vinculadas e competência do CAAD em razão do valor

Actualmente estão vinculados ao CAAD para a resolução de litígios no Tribunal arbitral as seguintes entidades públicas:

- i. Os serviços centrais, pessoas colectivas públicas e entidades que funcionam no âmbito do Ministério da Justiça, para a resolução de litígios de valor igual ou inferior a 150 milhões de euros⁽⁴⁸⁷⁾;

⁽⁴⁸³⁾ O Centro está, ainda, numa fase muito embrionária, pelo que o Regulamento de Arbitragem já foi objecto de algumas alterações. Deste modo, todas as referências que fizemos ao Regulamento de Arbitragem do CAAD reportam-se à última das suas versões, no momento em que escrevemos, isto é, a versão de 22 de Junho de 2010. Este pode consultar-se no sítio da instituição em www.caad.org.pt.

⁽⁴⁸⁴⁾ Vide, artigo 3.º, n.º 2 dos Estatutos, artigo 2.º e artigo 8.º n.º 4.º, ambos do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁴⁸⁵⁾ Assim o entende JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL (Vide, Esquível, José Luís, “A Arbitragem...”, pág. 128).

⁽⁴⁸⁶⁾ Assim nos informa NUNO VILLA-LOBOS (Vide, Villa-Lobos, Nuno, “Nota...”, cit. pág. 15).

⁽⁴⁸⁷⁾ Vide, Portaria n.º 1120/2009 de 30 de Setembro.

Pela portaria vincularam-se os seguintes serviços: a Direcção -Geral da Política de Justiça; Inspeção-Geral dos Serviços de Justiça; a Secretaria-Geral; a Polícia Judiciária; a Direcção -Geral da Administração da Justiça; a Direcção-Geral dos Serviços Prisionais; a Direcção-Geral de Reinserção Social; o Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios; o Instituto de Gestão Financeira e de Infra-Estruturas da Justiça, I. P.; o

- ii. Os serviços e organismos do Ministério da Cultura para a resolução de litígios de valor igual ou inferior a 150 milhões de euros⁽⁴⁸⁸⁾;
- iii. A Universidade dos Açores para a resolução de litígios de valor igual ou inferior a 100 mil euros⁽⁴⁸⁹⁾;
- iv. O Instituto Politécnico do Porto para a resolução de litígios de valor inferior a 30 mil euros⁽⁴⁹⁰⁾;
- v. O Instituto Politécnico de Coimbra para a resolução de litígios de valor inferior a 5 mil euros⁽⁴⁹¹⁾;
- vi. O Instituto Politécnico de Bragança para a resolução de litígios de valor inferior a 5 mil euros⁽⁴⁹²⁾;
- vii. O Instituto Superior de Engenharia do Porto para a resolução de litígios de igual ou inferior a 500 mil euros⁽⁴⁹³⁾.

Tendo em atenção as entidades actualmente vinculadas ao CAAD, facilmente se pode concluir que tal *auto-vinculação* não se tem limitado aos ministérios, mas também a algumas instituições do ensino superior politécnico e universitário, face à autorização concedida pelos respectivos Estatutos⁽⁴⁹⁴⁾.

Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.; o Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, I. P.; o Instituto Nacional de Medicina Legal, I. P.; o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I. P.; O Centro de Estudos Judiciários

⁽⁴⁸⁸⁾ Vide, Portaria n.º 1149/2010 de 4 de Novembro.

Pela portaria vincularam-se os seguintes serviços e organismos: o Gabinete de Planeamento, Estratégia, Avaliação e Relações Internacionais; a Inspeção-Geral das Actividades Culturais; a Secretaria-Geral; a Biblioteca Nacional de Portugal; a Direcção-Geral das Artes; a Direcção -Geral do Livro e das Bibliotecas; a Direcção-Geral de Arquivos; a Direcção Regional de Cultura do Norte; a Direcção Regional de Cultura do Centro; a Direcção Regional de Cultura de Lisboa e Vale do Tejo; a Direcção Regional de Cultura do Alentejo; a Direcção Regional de Cultura do Algarve; a Cinemateca Portuguesa-Museu do Cinema, I. P.; o Instituto do Cinema e do Audiovisual, I. P.; o Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico, I. P.; o Instituto dos Museus e da Conservação, I. P.

⁽⁴⁸⁹⁾ Vide, Despacho n.º 217/2010 de 22 de Outubro de 2010, disponível em www.caad.org.pt.

⁽⁴⁹⁰⁾ Vide, Despacho n.º 8839/2011, publicado na 2.ª Série do Diário da República em de 4 de Julho.

⁽⁴⁹¹⁾ Vide, Despacho n.º 10438/2010, publicado na 2.ª Série do Diário da República em 22 de Junho de 2010 que aprova o Regulamento de resolução alternativa de litígios do Instituto Politécnico de Coimbra.

⁽⁴⁹²⁾ Vide, Regulamento n.º 14/2011, publicado na 2.ª Série do Diário da República em de 10 de Janeiro de 2011

⁽⁴⁹³⁾ O Despacho ISEP/P/14/2011 de 21 de Janeiro de 2011, disponível em www.caad.org.pt.

⁽⁴⁹⁴⁾ Informa-nos, ainda, NUNO DE VILLA-LOBOS da potencial adesão ao CAAD, a curto prazo, de vários serviços integrados na Presidência do Conselho de Ministros, bem como, de outras instituições de ensino superior e politécnico (Vide, Villa-Lobos, Nuno, "Arbitragem Administrativa. Novos Desafios, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 102 a 109, em especial pág. 105).

2.1.7.2.5. O Tribunal arbitral *institucional*

2.1.7.2.5.1. Estrutura e composição

O Tribunal arbitral, como já se referiu, será composto por árbitros constantes de uma lista aprovada nos termos dos Estatutos do Centro e que está organizada por ordem alfabética, a qual pode ser consultada por qualquer interessado nas suas instalações, ou então, no sítio da instituição⁽⁴⁹⁵⁾.

O Tribunal arbitral funcionará, por via de regra, de modo singular, podendo, contudo, as partes acordar que a sua composição seja colectiva. Quando a composição seja singular, a escolha do árbitro cabe as partes de comum acordo ou, na sua falta, será designado pelo Centro. Quando tenha uma composição colectiva, caberá, a cada uma das partes, a indicação de um árbitro, sendo o terceiro, que preside ao Tribunal, escolhido por acordo das partes, ou supletivamente, pelo Centro. Neste último caso, havendo pluralidade de demandantes ou de demandados, os primeiros designarão em conjunto um árbitro e os segundos, também em conjunto, designarão o segundo árbitro, sendo que o terceiro será designado de comum acordo pelas partes⁽⁴⁹⁶⁾.

Quando o árbitro ou árbitros sejam escolhidos pelas partes, o árbitro escolhido poderá não integrar a lista do Centro, sendo que, neste caso, as partes deverão suportar integralmente os honorários do árbitro ou árbitros por si designados. Quando essa escolha seja feita pelo Centro, a designação será realizada de acordo com a ordem alfabética da lista de árbitros⁽⁴⁹⁷⁾.

A arbitragem decorrerá no Centro, ou em qualquer outro local adequado, escolhido por acordo das partes, sem prejuízo da possibilidade de recurso a meios de comunicação electrónica. Na falta de convenção das partes em contrário, o Tribunal arbitral poderá realizar audiências e diligências de prova em qualquer local que considere apropriado⁽⁴⁹⁸⁾.

2.1.7.2.5.2. Custos e encargos processuais

Os encargos processuais no seu todo compreendem os honorários do árbitro e os encargos administrativos. Os encargos processuais do CAAD constam de uma tabela anexa ao Regulamento de Arbitragem, a qual pode consultar-se no sítio da associação⁽⁴⁹⁹⁾. O seu valor será

⁽⁴⁹⁵⁾ Vide, artigo 7.º, n.º 1 e 2 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁴⁹⁶⁾ Vide, artigo 7.º, n.º 3, 4 e 5 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁴⁹⁷⁾ Vide, artigo 7.º, n.º 6, 7 e 8 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁴⁹⁸⁾ Vide, artigo 10.º do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁴⁹⁹⁾ Vide, www.caad.org.pt

fixado em função da complexidade do processo e do valor da causa⁽⁵⁰⁰⁾, sendo que nos casos em que as partes acordem numa composição colectiva do Tribunal arbitral, o valor que resulte da aplicação destes critérios será multiplicado por três⁽⁵⁰¹⁾.

Já os encargos que decorram da designação de peritos, tradutores e intérpretes, deslocações e restantes encargos com a produção de prova serão suportados directamente pelas partes. Do mesmo modo, quando o árbitro escolhido, não integre a lista do Centro, os encargos serão suportados directamente pelas partes⁽⁵⁰²⁾.

O valor dos encargos processuais deve ser pago pelas partes após a aceitação do(s) árbitro(s), sendo que o não pagamento, quando devido pelo demandante ou pelo demandado, implica a absolvição da instância ou a não produção de efeitos da contestação, respectivamente, e quando devido pelos contra-interessados a não produção de efeitos das suas alegações. O Centro poderá, contudo, por decisão fundamentada, deferir o pagamento dos encargos processuais para momento ulterior⁽⁵⁰³⁾. Os pagamentos efectuam-se e comprovam-se através dos meios electrónicos, sendo, excepcionalmente, admitidos pagamentos em numerário⁽⁵⁰⁴⁾.

Os encargos processuais são reduzidos a metade quando sejam devidos pelos contra-interessados e quando o litígio for resolvido através de mediação; em 20%, quando o processo termine por desistência das partes, ou quando a audiência de julgamento seja dispensada; e ao montante mínimo relativo aos encargos administrativos do Centro, quando o processo termine antes da fase de mediação ou de audiência por falta de condições de arbitrabilidade objectiva ou subjectiva⁽⁵⁰⁵⁾. A solução consagrada a respeito dos contra-interessados visará, certamente, incentivar a celebração do compromisso arbitral da sua parte, promovendo, assim, a eficácia da arbitragem.

O Regulamento de Arbitragem consagra como princípio fundamental o *Princípio da fixação de encargos processuais em valor tendencialmente inferior ao previsto no Regulamento das Custas Processuais para processos de idêntica natureza e valor*. Em termos teóricos é, de facto, visível uma tendencial redução dos custos da arbitragem em relação aos Tribunais

⁽⁵⁰⁰⁾ Em geral, o valor mínimo será de 50€, para os casos em que o valor da causa não ultrapasse os 2.000€ e o valor máximo será de 450€, para os casos em que o valor da causa seja superior a 600 000€. Em especial, para as ações de defesa dos direitos e interesses colectivos legalmente protegidos dos trabalhadores, o valor dos encargos processuais varia consoante o valor e o número de trabalhadores representados, sendo que o valor mínimo será de 50€ e o valor máximo será de 2.225€.

⁽⁵⁰¹⁾ Vide artigo 32.º, n.º 1 e 2 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵⁰²⁾ Vide, artigo 32.º, n.º 4 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵⁰³⁾ Vide, artigo 31.º do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵⁰⁴⁾ Vide, artigo 33.º do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵⁰⁵⁾ Vide, artigo 31.º, n.º 2 e artigo 34.º, ambos do Regulamento de Arbitragem.

comuns⁽⁵⁰⁶⁾, pelo menos, quando as partes não designem árbitro que não integre a lista do Centro. Não obstante, apenas uma prática corrente da arbitragem no CADD poderá demonstrar se realmente os custos adicionais com peritos e tradutores, por exemplo, não poderão levar a um aumento significativo de tais custos.

2.1.7.2.6. Processo arbitral *institucional*

2.1.7.2.6.1. *Fase Preliminar*

Embora o Regulamento de Arbitragem não use essa terminologia, podemos identificar uma *fase preliminar* do processo arbitral, pela qual se opera a constituição do Tribunal arbitral.

Na *petição inicial*, a que nesta fase nos parecerá mais adequado chamar de *requerimento de constituição do Tribunal arbitral*, o interessado que manifeste vontade em resolver o litígio por via do Tribunal arbitral deverá indicar:

- a) O instrumento de vinculação⁽⁵⁰⁷⁾;
- b) Os eventuais contra-interessados que possam existir⁽⁵⁰⁸⁾;

Havendo contra-interessados, o Centro promove as diligências de informação e esclarecimento necessárias junto deles para que possam, de modo expresso e esclarecido manifestar a sua vontade, ou não, quanto à celebração do compromisso arbitral. Estes deverão ser informados das disposições contidas no Regulamento do Centro, da identificação do demandante, do objecto de litígio e de quaisquer outras informações de que devam ser esclarecidos. Se destas diligências não resultar compromisso arbitral, o Centro declara-se incompetente e disso informará o demandante⁽⁵⁰⁹⁾. A este respeito, refira-se a preocupação do Centro com o envolvimento dos contra-interessados, que se manifesta quer na obrigação do demandante os identificar obrigatoriamente, quer na consagração da necessidade do consentimento expresso e esclarecido daquele em relação ao compromisso arbitral, reforçando o papel importante que, em nosso entendimento, a arbitragem institucionalizada poderá ter a este nível.

Ainda nesta fase, e quando não exista instrumento de vinculação, o Regulamento de Arbitragem prevê que qualquer das partes possa requer ao Centro que diligencie junto da parte

⁽⁵⁰⁶⁾ Por exemplo, numa acção em que alguém reclame o pagamento de uma indemnização de 5.000€ por incumprimento de um contrato num Tribunal administrativo, cada parte deverá pagar 240€, a título de taxa de justiça inicial e subsequente, já no CAAD, pelo mesmo pedido, cada parte pagará cerca de 100€.

⁽⁵⁰⁷⁾ Vide, artigo 8.º, n.º 2 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵⁰⁸⁾ Vide, artigo 15.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵⁰⁹⁾ Vide, artigo 17.º do Regulamento de Arbitragem.

contrária e dos eventuais contra-interessados a respectiva vontade, ou não, em subscrever um compromisso arbitral. O Regulamento de Arbitragem adopta aqui o termo requerimento, sendo que a parte interessada nele deverá identificar a parte contrária, os eventuais contra-interessados e descrever sumariamente o objecto do litígio. Recebido o requerimento, o Centro encarregar-se-á de promover as respectivas diligências de informação e esclarecimento junto das pessoas indicadas pelo demandante. Não obtido o compromisso arbitral, ou havendo-o e existam contra-interessados que não o aceitem, o Centro declara-se incompetente. Obtido o compromisso arbitral, dar-se-á início ao *processo administrativo arbitral, stricto sensu*, equivalendo, parecidos, este *requerimento de constituição do tribunal arbitral, à petição inicial* daquele processo⁽⁵¹⁰⁾. Com efeito, obtido o compromisso arbitral proceder-se-á à citação e começará a contar o prazo de contestação⁽⁵¹¹⁾, não referindo o regulamento nenhum prazo para o demandante apresentar uma *petição inicial*, podendo, na eventualidade de faltar algum elemento, completá-la⁽⁵¹²⁾.

É também nesta fase que as partes acordarão quanto à composição singular ou colectiva do Tribunal arbitral nos termos *supra* referidos⁽⁵¹³⁾.

2.1.7.2.6.2. Processo administrativo arbitral, *stricto sensu*

2.1.7.2.6.2.1. Princípios

No seu Regulamento de Arbitragem, o Centro consagra um conjunto de princípios fundamentais, pelos quais se deve reger toda a sua actuação. Estes princípios são uma densificação dos princípios que referimos, *supra*, aquando da abordagem ao *processo administrativo arbitral* em geral. Desde modo, o *processo de administrativo arbitral* que o centro coloca à disposição dos seus utilizadores deverá obediência aos seguintes princípios fundamentais⁽⁵¹⁴⁾:

- a) *Princípio da aplicação do Direito Constituído*: o Tribunal arbitral do Centro julgará unicamente através da aplicação do direito constituído. A manifestação deste princípio é visível no artigo 24.º do Regulamento de Arbitragem que dispõe

⁽⁵¹⁰⁾ A este respeito veja-se a nossa Parte II, § 2.º, ponto 2, sub-ponto, 2.1.7.2.6.2.2.

⁽⁵¹¹⁾ Vide, 16.º, n.º 6 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵¹²⁾ Neste sentido parecem apontar as palavras de JOÃO TABORDA DA GAMA, quando refere que nestes casos “o Centro iniciará diligências e, depois de obtido o compromisso arbitral, começam a correr os prazos para a contestação” (Vide, Gama, João Taborda da, “Primórdios da Jurisprudência Arbitral do Centro de Arbitragem” in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 47 a 57, em especial cit. pág 53).

⁽⁵¹³⁾ A este respeito, veja-se a nossa Parte II, § 2.º, ponto 2, sub-ponto 2.1.7.2.5.1.

⁽⁵¹⁴⁾ Vide, artigo 11.º do Regulamento de Arbitragem.

expressamente que “o árbitro julga apenas segundo o direito constituído”. Afasta-se, assim, a possibilidade de um julgamento segundo a equidade e, deste modo, todos os problemas e dúvidas que colocamos *supra*⁶¹⁵⁾ a respeito da decisão segundo este critério. Deixa-se, assim, ao árbitro a escolha das normas positivas que em seu entendimento devem conformar juridicamente o litígio.

- b) *Princípio da igualdade*: o Regulamento de Arbitragem consagra um processo que visa dar cumprimento à impreterível igualdade das partes no processo. Uma manifestação deste princípio é visível nas disposições em que o regulamento consagra direitos processuais idênticos para ambas as partes. A título de exemplo, vejam-se o artigo 15.º, n.º 3 do Regulamento de Arbitragem que consagra que “**qualquer das partes** pode modificar ou completar a sua petição ou contestação no decurso do processo arbitral” (negrito nosso) e o artigo 18.º, n.º 5 do mesmo diploma que consagra de modo igual a cada parte a possibilidade de “apresentar um máximo de três testemunhas, salvo em casos de especial complexidade, em que o limite máximo pode ser elevado até ao dobro”.
- c) *Princípio do contraditório*: a estreita observância deste princípio é visível em várias disposições do Regulamento de Arbitragem. A título meramente exemplificativo vejam-se o artigo 15.º n.º 1 que consagra o direito de defesa do demandado e o artigo 18.º, n.º 6 no qual dispõe claramente que “O tribunal arbitral pode ordenar, por sua iniciativa ou a requerimento de uma ou de ambas as partes, com observância do princípio do contraditório, a realização das diligências probatórias que entender convenientes”.
- d) *Princípio da independência e imparcialidade dos árbitros*: a este respeito, já referimos a importante actuação do Conselho Deontológico, para o efeito de dar consagração a este princípio, controlando e fiscalizando a actividade dos árbitros, nomeadamente, através da aprovação do Código Deontológico. Com efeito, o artigo 28.º do Regulamento de Arbitragem garante o seu cumprimento, remetendo a definição do regime das garantias de independência e de imparcialidade para o referido Código.
- e) *Princípio da cooperação e da boa fé processual*: uma manifestação deste princípio é particularmente visível no modo de actuação processual, na eventual existência de

⁶¹⁵⁾ A este respeito veja-se a nossa Parte II, § 2.º, ponto 2.1.4.

contra-interessados. A este respeito, é particularmente importante o artigo 17.º do Regulamento de Arbitragem, quando dispõe que “havendo contra-interessados, o centro promove as diligências de informação e esclarecimento junto deles, para que possam de modo expresso e esclarecido, manifestar a sua vontade quanto à celebração do compromisso arbitral”. A manifestação do princípio em análise é ainda visível no artigo 22.º, n.º 3 do Regulamento de Arbitragem, ao dispor que “A falta de envio do processo administrativo, **quando exista**, não obsta ao prosseguimento da causa e determina que os factos alegados pela parte contrária se considerem provados, se aquela falta tiver tornado a prova impossível ou de considerável dificuldade” (negrito nosso).

- f) *Princípio de incentivo à utilização dos meios de resolução alternativa de litígios no âmbito da impugnação administrativa:* o Centro dispõe de serviços de consulta e mediação que podem ser utilizados ainda na fase administrativa do litígio, ou densificando, no âmbito do procedimento de impugnação administrativa. O sentido deste princípio será o de quando tais serviços sejam utilizados, o Centro procurará a resolução do litígios através desses meios, ou quando tal se torne inviável, através do recurso ao Tribunal arbitral em detrimento dos Tribunais comuns.
- g) *Princípio da celeridade:* este princípio manifesta-se em várias normas do Regulamento de Arbitragem consagrando prazos relativamente curtos para a prática de actos processuais. Por exemplo, o artigo 14.º, n.º 5 que consagra um prazo supletivo de cinco dias para a prática de qualquer acto processual; o artigo 16.º, n.º 1 que estipula um prazo de dez dias ao demandado para exercer a sua defesa e, ainda, o artigo 25.º, n.º1 que consagra um prazo de máximo de seis meses de duração do processo arbitral.
- h) *Princípio da utilização preferencial de meios informáticos:* o centro dá preferência à tramitação processual electrónica. Uma manifestação deste princípio é visível, por exemplo, no artigo 12.º do Regulamento de Arbitragem que estipula como regra que os actos processuais que devam ser praticados por escrito pelas partes sejam apresentados por via electrónica e, também, no artigo 14.º n.º 2 do mesmo diploma que manda que os actos de notificação sejam efectuados sempre que possível através de correio electrónico;

- i) *Princípio da fixação de encargos processuais em valor tendencialmente inferior ao previsto no Regulamento das Custas Processuais para processos de idêntica natureza e valor*: este princípio é particularmente importante, na medida em que o Centro procura consagrar um processo verdadeiramente alternativo aos Tribunais comuns. Este é um princípio cuja relevância é afirmada pelo Protocolo assinado entre o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o CAAD, no qual este se compromete a garantir um regime de encargos processuais tendencialmente inferior ao dos Tribunais do Estado. A importância da consagração de um princípio com esta natureza pode analisar-se sob três pontos de vista diferentes:
- i) Do ponto de vista do Centro que não tem interesse em consagrar uma justiça excessivamente cara e acessível apenas a algumas pessoas, já que deste modo poderá reduzir substancialmente o seu número de utilizadores;
 - ii) Do ponto de vista das partes, particularmente do lado do privado, já que o custo será certamente um factor de peso no momento da sua escolha;
 - iii) Do ponto de vista do interesse público, já que estamos no domínio de litígios que, directa ou indirectamente, contendem com o dinheiro público, interessando ao erário público que os litígios que envolvem a Administração Pública, não comportem um peso excessivo e superior ao que seria devido se a opção fosse o meio de justiça tradicional.

2.1.7.2.6.2.2. Tramitação

Em termos muito gerais, no *processo administrativo arbitral*, pode caracterizar-se como sendo um *processo misto*, “na medida em que o mesmo aparece articulado com outras formas de resolução de litígios como a mediação e a transacção”⁽⁵¹⁶⁾ e nele podem identificar-se cinco momentos essenciais:

- i) *Petição inicial*: o interessado que pretenda instaurar um processo arbitral no CAAD, deverá apresentar a sua *petição inicial* – que na *fase preliminar* equivale àquilo que chamamos de requerimento de constituição do Tribunal arbitral – na qual enunciará o pedido e os factos que o fundamentam, indicando o valor da causa, bem como, os documentos e meios de prova que poderá vir a apresentar, devendo juntar:

⁽⁵¹⁶⁾ Vide, Esquivel, José Luís, “A Arbitragem... cit. pág. 128.

- a. Os documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da defesa que corresponde aos factos argumentados – sem prejuízo de apresentação posterior mediante o pagamento de uma multa, ou, caso se prove que não foi possível a sua apresentação com a *petição inicial*;
- b. Qualquer outro documento que considere pertinente.

Sem prejuízo da sua possível rectificação ou aperfeiçoamento, o Centro recusa o recebimento da *petição inicial*, indicando por escrito o fundamento da recusa, quando haja omissão da identificação das partes ou de qualquer um dos elementos acima referidos⁵¹⁷.

- ii) *Contestação*: o demandado e os eventuais contra-interessados dispõe de um prazo de dez dias para deduzirem a sua defesa, devendo mencionar todos os documentos e meios de prova que poderão vir a apresentar, devendo juntar:
 - a. Os documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da defesa que corresponde aos factos argumentados – sem prejuízo de apresentação posterior mediante o pagamento de uma multa, ou, caso se prove que não foi possível a sua apresentação com a *contestação*;
 - b. Qualquer outro documento que considere pertinente;
 - c. Apresentar o original do processo administrativo, quando exista, bem como, todos os demais documentos respeitantes à matéria do processo de que seja detentor.

A falta de contestação, não impede que o processo prossiga, mas também não tem como cominação a aceitação dos factos alegados pelo demandante, sendo que o demandado poderá deduzir reconvenção, desde que devidamente discriminada⁵¹⁸.

- iii) *Resposta à reconvenção*: se tiver sido deduzida reconvenção, o demandante dispõe de cinco dias, a contar da data de notificação da contestação, para responder à reconvenção⁵¹⁹;
- iv) *Tentativa de mediação*: findo o prazo para a apresentação da contestação o Centro convida as partes para a resolverem o litígio através da mediação, sendo que, no prazo de dois dias, se as partes nada disserem considera-se rejeitado o convite para a fase de mediação; esta é, portanto, uma fase eventual com a qual se visa um

⁵¹⁷ Vide, artigos 15.º e 18.º, n.º 2, 3 e 4 do Regulamento de Arbitragem.

⁵¹⁸ Vide, artigos 15, 16.º e 18.º n.º 2, 3 e 4 do Regulamento de Arbitragem.

⁵¹⁹ Vide, artigo 16.º, n.º 3 do Regulamento de Arbitragem.

acordo que ponha termo ao processo, sendo que, na eventualidade de as partes aceitarem o convite à mediação e se frustrar a obtenção do acordo, o processo arbitral prosseguirá os seus termos⁽⁵²⁰⁾;

v) *Instrução*: esta é a fase da produção de prova e através da qual o Tribunal arbitral forma a sua convicção. O Tribunal arbitral pode ordenar, por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer uma ou de ambas as partes, a realização das diligências probatórias que entender necessárias⁽⁵²¹⁾. Sem prejuízo da audiência prévia das partes, cabe ainda ao Tribunal arbitral decidir se deverão ser realizadas audiências para a produção de prova ou se o processo será conduzido apenas com base em documentos e outros elementos de prova⁽⁵²²⁾. Sendo realizada audiência de julgamento é lavrada uma acta da qual deverá constar⁽⁵²³⁾:

- a. A assinatura do árbitro;
- b. A identificação das partes e dos restantes intervenientes (por exemplo, testemunhas);
- c. Caracterização sumária do litígio
- d. Decisão devidamente fundamentada.

Até ao final da audiência as partes poderão conciliar-se terminando o processo por transacção, que também será devidamente lavrada em acta e homologada pelo árbitro, revestindo o valor de sentença⁽⁵²⁴⁾. Esta característica do processo deve “merecer particular atenção dada a natureza indisponível de algumas matérias e as limitações das partes para efeitos transaccionais, o que exigirá da parte do árbitro uma análise particularmente atenta antes da respectiva homologação”⁽⁵²⁵⁾.

vi) *Decisão*: finda a produção de prova o Tribunal arbitral decide o litígio em dez dias, sendo que no todo a decisão arbitral deverá ser proferida no prazo máximo de seis meses⁽⁵²⁶⁾ a contar da constituição do Tribunal arbitral, que é determinada pela aceitação do encargo pelo árbitro, ou, no caso de Tribunal colectivo, após a

⁽⁵²⁰⁾ Vide, artigo 20.º do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵²¹⁾ Vide, artigo 18.º, n.º 6 do Regulamento de Arbitragem

⁽⁵²²⁾ Vide, artigos 18.º e 21.º do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵²³⁾ Vide, artigo 23.º, n.º 2 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵²⁴⁾ Vide, artigo 21.º, n.º 4 do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵²⁵⁾ Vide, Esquivel, José Luís, “A Arbitragem... cit. págs. 128 e 129.

⁽⁵²⁶⁾ NUNO DE VILLA-LOBOS informa-nos que em média, o tempo médio de resolução dos litígios que entretanto foram submetidos ao Tribunal arbitral do Centro rondou os quatro meses (Vide, Villa-Lobos, Nuno de, “Nota... pág. 15).

aceitação do último árbitro. As partes são notificadas da decisão por cópia, devendo o original ficar depositado no Centro⁽⁵²⁷⁾. Quanto aos meios de colocação em crise da decisão arbitral⁽⁵²⁸⁾ e efeitos da mesma⁽⁵²⁹⁾ aplica-se de forma geral tudo o que referimos *supra* a respeito *processo administrativo arbitral geral*⁽⁵³⁰⁾.

⁽⁵²⁷⁾ Vide, artigos 23.º e 25.º do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵²⁸⁾ Vide, artigo 26.º do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵²⁹⁾ Vide, artigo 27.º do Regulamento de Arbitragem.

⁽⁵³⁰⁾ Vide, Parte II, § 2, ponto 2, sub-ponto 2.1.6.2.2.1.1.

Parte III

***Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo
Administrativo?***

§ 1.º Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária

1. Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária: *iure conditio*

1.1. Regime da arbitragem tributária: análise do Decreto-Lei n.º 10/2011 de 20 de Janeiro

A arbitragem em matéria tributária, em termos legislativos, é hoje uma realidade. O Decreto-Lei n.º 10/2011 de 20 de Janeiro consagrou no nosso ordenamento jurídico o Regime da Arbitragem Tributária (RAT). É este diploma que constitui a *lei especial* à face do artigo 1.º, n.º 4 da LAV⁽⁵³¹⁾.

De acordo como o seu preâmbulo a introdução da arbitragem em matéria tributária visa três objectivos principais:

- i) Reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos;
- ii) Imprimir uma maior celeridade na resolução dos litígios que opõe a Administração Tributária ao sujeito passivo;
- iii) Reduzir a pendência de processos nos Tribunais Administrativos e Fiscais.

O diploma que institui o Regime de Arbitragem Tributária contém uma norma de aplicação subsidiária de Direito. Assim, nos casos omissos, devem aplicar-se, subsidiariamente, as normas de natureza procedimental ou processual dos códigos tributários, bem como, as normas do CPTA, do ETAF, do CPA e do CPC. Repare-se que, pelo menos expressamente, a LAV não é de aplicação subsidiária.

1.1.1. Objecto da arbitragem em matéria tributária

As matérias que podem ser objecto de uma arbitragem no domínio tributário vêm consagradas no artigo 2.º n.º 1 do RAT. A competência dos Tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes matérias⁽⁵³²⁾:

- i. Apreciação de actos de liquidação de tributos (quantificação da obrigação tributária)⁽⁵³³⁾;

⁽⁵³¹⁾ De acordo com Proposta de Lei n.º 22/XII, caso venha a ser aprovada nestes precisos termos, passará a ser *lei especial* ao abrigo do artigo 1.º, n.º 5 da nova LAV.

⁽⁵³²⁾ Neste ponto seguimos a lição do Professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (Vide, Rocha, Joaquim Freitas, *Lições...* cit. pág. 399).

⁽⁵³³⁾ Vide artigo 2.º, n.º 2, al. a) do RAT.

- ii. Apreciação de actos equiparados à liquidação de tributos como a autoliquidação, retenções na fonte e os pagamentos por conta⁽⁵³⁴⁾;
- iii. Apreciação de actos de determinação da matéria tributável e de actos de fixação de valores patrimoniais;⁽⁵³⁵⁾
- iv. Apreciação de qualquer questão, de facto ou de direito, relativa ao projecto de decisão de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de arguir a ilegalidade da avaliação⁽⁵³⁶⁾.

O Decreto-lei n.º 10/2011 de 20 de Janeiro disciplina a arbitragem como um meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária⁽⁵³⁷⁾. Do seu âmbito de aplicação parece ficar claro que “a introdução deste modo alternativo de conflitualidade abrange os diferentes tipos tributários existentes no Ordenamento”⁽⁵³⁸⁾, ou seja, os impostos, as taxas e as contribuições especiais⁽⁵³⁹⁾.

Do elenco das matérias que podem ser objecto de arbitragem, parece ficar excluído o âmbito de aplicação da acção administrativa especial⁽⁵⁴⁰⁾, da acção para o reconhecimento de um interesse ou direito em matéria tributária⁽⁵⁴¹⁾ e o do processo de execução fiscal^{(542) (543)}.

⁽⁵³⁴⁾ Vide artigo 2.º, n.º 2, al. a) do RAT.

Em matéria de IRC o artigo 89.º, al. a) do CIRC prevê um exemplo de autoliquidação. Em matéria de IRS, um exemplo de retenção na fonte é o previsto no artigo 99.º do CIRS que prevê a substituição tributária em casos de rendimentos da categoria A e H. Um exemplo de pagamentos por conta é o previsto no artigo 102.º do CIRS para os trabalhadores independentes (rendimentos da categoria B).

⁽⁵³⁵⁾ Vide artigo 2.º, n.º 2, al. b) do RAT.

Um exemplo de actos de determinação da matéria tributável será aquele que é efectuado com recurso a métodos indirectos de avaliação, nos termos previstos, no artigo 90.º da LGT. Um exemplo de actos de fixação de valores patrimoniais será a avaliação para efeitos de fixação do valor patrimonial tributário de um imóvel, para efeitos de IMI, nos termos do artigo 14.º e ss do CIMI.

⁽⁵³⁶⁾ Vide artigo 2.º, n.º 2, al. c) do RAT.

A redacção da norma não é muito clara quanto aos actos que visa concretamente abarcar, no entanto, pensamos que a mesma pretende abranger os actos que se praticam no seio de um procedimento de inspecção tributária.

⁽⁵³⁷⁾ Vide, artigo 1.º do RAT.

⁽⁵³⁸⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...*, cit. pág. 399.

Embora o legislador no diploma continue a usar indistintamente as expressões “tributária” e “fiscal” (com efeito, logo no preâmbulo do diploma o legislador expressa que “A introdução no ordenamento jurídico português da arbitragem em matéria tributária, como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal...”, concordamos com o professor JOAQUIM FREITAS ROCHA, quando sustenta que o âmbito de aplicação da arbitragem pode alargar-se aos diferentes tipos de tributos que o nosso ordenamento jurídico-tributário comporta (Vide, artigo 3.º n.º da LGT).

⁽⁵³⁹⁾ Vide, artigo 3.º, n.º 2 da LGT.

⁽⁵⁴⁰⁾ Por exemplo, ficam excluídos os casos em que se contesta um acto de revogação de um benefício fiscal.

⁽⁵⁴¹⁾ O legislador adoptou uma solução diferente à que havia sido autorizada pela Assembleia da República, no artigo 124.º da Lei do OE 2010. Com efeito neste artigo, com redacção idêntica ao artigo 116.º da Proposta de Lei do Orçamento de Estado para 2010, instituiu-se o seguinte:

“1 — Fica o Governo autorizado a legislar no sentido de instituir a arbitragem como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária.

A análise do objecto da arbitragem levanta-nos algumas dúvidas. Não obstante, destaca-se uma dúvida em particular, a qual, contende com a necessidade, ou não, da natureza *definitiva*⁵⁴⁴⁾ dos actos que poderão ser objecto de pronúncia arbitral. Podemos desdobrar a nossa dúvida em duas pequenas questões:

- (i) O pedido de pronúncia arbitral para efeito de declaração de ilegalidade do acto de liquidação, autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamentos por conta

2 – O processo arbitral tributário deve constituir um meio processual alternativo ao processo de impugnação judicial e **à acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária (...).**

4 – O âmbito da autorização prevista no presente artigo compreende, nomeadamente, as seguintes matérias:

a) A delimitação do objecto do processo arbitral tributário, nele podendo incluir -se os actos de liquidação de tributos, incluindo os de autoliquidação, de retenção na fonte e os pagamentos por conta, de fixação da matéria tributável, quando não dêem lugar a liquidação, de indeferimento total ou parcial de reclamações gratuitas ou de pedidos de revisão de actos tributários, os actos administrativos que comportem a apreciação da legalidade de actos de liquidação, os actos de fixação de valores patrimoniais e **os direitos ou interesses legítimos em matéria tributária...**” (negrito nosso).

⁵⁴²⁾ Por exemplo, fica vedada a possibilidade de reclamar, perante o Tribunal arbitral, do acto do órgão da execução fiscal, nos termos previstos no artigo 276.º do CPPT.

A este propósito parece-nos fundada a crítica de RUI RIBEIRO, pois, como refere “com a modernização da máquina fiscal, mormente no que toca à fase executiva, um dos processos judiciais mais prolíficos é, precisamente, a reclamação judicial de actos do órgão de execução fiscal”, tendo esse processo natureza urgente, a sua tramitação tem preferência relativamente aos demais processos, o que contribui, certamente, para o aumento das pendências judiciais. Assim, como refere o Autor não será “excessivo concluir que, com o agilizar da cobrança coerciva, e como advento das penhoras e compensações automáticas, a oposição à execução fiscal e a reclamação de actos do órgão de execução fiscal provavelmente dividem entre si a responsabilidade, não só do aumento exponencial de processos nos tribunais fiscais, como do atraso na sua resolução”, problemas que a arbitragem, pelo seu objecto, não logrará mitigar (Vide, Pereira, Rui Ribeiro, “Breves notas sobre o regime da arbitragem tributária” in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de Mestrado, a Exma. Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 110 a 120, em especial, cit. pág. 111)

⁵⁴³⁾ Em sede de oposição à execução fiscal, com fundamento na ilegalidade da liquidação da dívida exequenda (artigo 204.º, n.º 1 al. h) do CPPT) refere FILIPE ROMÃO que não se vislumbra uma justificação plausível para a sua discriminação em relação às restantes matérias que podem ser objecto de arbitragem “sobretudo, considerando que através deste meio é também possível, em determinadas circunstâncias, discutir a legalidade da liquidação...(permitindo-se o recurso à arbitragem como alternativa à impugnação, mas não como alternativa à oposição)”. Vide, Romão, Filipe, “Arbitragem...”, cit. pág. 56). No entanto, a verdade é que a ilegalidade da liquidação já está contemplada, no artigo 2.º, n.º1, al. a) e, além disso, em sede executiva esta possibilidade é muito remota, só acontecendo quando antes não foi possível arguir essa ilegalidade.

⁵⁴⁴⁾ Seguindo a lição do Professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, diremos que os actos praticados pela Administração Tributária podem classificar-se, entre outras possíveis, como sendo actos definitivos ou actos não definitivos, sendo que a expressão acto definitivo pode comportar vários sentidos. Podemos, assim, falar em (i) *definitividade material*, no sentido de acto fixador de efeitos jurídicos finais; (ii) *definitividade horizontal*, como sinónimo de acto decisório concludente de um procedimento; (iii) *definitividade vertical*, no sentido de acto que expressa a última palavra da Administração, isto é, do seu mais elevado superior hierárquico. Esta classificação tem relevância, pois, salvo raras excepções, a *definitividade horizontal* contrariamente à *definitividade material* e *vertical*, impõe-se como necessária para efeitos de apreciação de um acto pelo Tribunal tributário (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. págs. 23 a 26).

depende da *definitividade vertical* dos respectivos actos, nos mesmos casos em que esta se impõe como pressuposto de impugnação junto dos Tribunais tributários?⁽⁵⁴⁵⁾

- (ii) O pedido de pronúncia arbitral para efeito de declaração de ilegalidade de actos de determinação da matéria tributável e de fixação dos valores patrimoniais tributários depende da *definitividade horizontal e vertical* dos respectivos actos, nas mesmas situações em que esta se impõe como pressuposto de impugnação junto dos Tribunais tributários?

No que respeita à primeira questão esta coloca-se porquanto o legislador não esclarece se nos casos de liquidação de alguns tributos, autoliquidação, retenção na fonte e pagamentos por conta, a reclamação graciosa dos respectivos actos se impõe como uma via prévia *necessária* e pressuposto de acesso aos Tribunal arbitral. Dependendo da interpretação que se faça da lei, quer uma resposta negativa, quer uma resposta positiva poderá ser fundada.

Com efeito, no sentido de que a via administrativa não deverá previamente ser esgotada poderá sustentar quem faça uma interpretação isolada do diploma que institui o RAT e parta do entendimento de que a arbitragem em matéria tributária é um meio alternativo de resolver litígios quer à via administrativa, quer à via dos Tribunais tributários.

No sentido contrário, ou seja, de que a via administrativa deve ser previamente ser esgotada poderá advogar quem entenda que as mesmas razões que estiveram na origem da opção do legislador na via tradicional valem, de igual modo, para os Tribunais arbitrais. As apontadas razões prendem-se, nomeadamente, particularmente em relação aos actos equiparados à liquidação, com a inexistência, num momento inicial, de um verdadeiro conflito de pretensões⁽⁵⁴⁶⁾ entre o sujeito passivo e a Administração Tributária, pelo que sendo os Tribunais

⁽⁵⁴⁵⁾ No caso da liquidação de tributos estamos a pensar, por exemplo, na liquidação de taxas das Autarquias Locais, em que a reclamação graciosa se impõe como uma via prévia e necessária à sua impugnação junto dos Tribunais tributários (Vide, artigo 16.º da Lei n.º 53/-E/2006 de 20 de Dezembro).

Em relação aos actos equiparados à liquidação a questão coloca-se porquanto, nos artigos 131.º, n.º 1, 132.º, n.º 5 e 133.º, n.º 3 todos do CPPT, a reclamação graciosa é um pressuposto para a sua impugnação junto dos Tribunais tributários.

⁽⁵⁴⁶⁾ Seguindo a lição do Professor JOAQUIM FREITAS ROCHA, a propósito da obrigação de prévia reclamação graciosa na via tradicional, questionamos:

“Porquê a consagração desta solução e porque não permitir, desde logo, a impugnação judicial?

Parece que se pode encontrar um argumento convincente na ideia de que, nestas situações, em rigor, ainda não existe propriamente um conflito de pretensões entre o credor tributário e o sujeito passivo que justifique a entrada em cena de um órgão jurisdicional. Com efeito, até ao momento da autoliquidação (*rectius*, retenção na fonte e pagamentos por conta, acrescentamos nós), se as coisas decorrerem de acordo com a normalidade, a Administração ainda não manifestou por forma alguma a sua vontade e, conseqüentemente, ainda nada fez que possa lesar o contribuinte” (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...*, cit. pág. 224).

arbitrais um “meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária”⁽⁵⁴⁷⁾, idêntico fundamento deve afastar a pronúncia arbitral sobre um acto que não foi ainda objecto de reapreciação em sede administrativa. O recurso ao elemento sistemático de interpretação, ou seja, uma interpretação unitária e coordenada de todas as normas que compõe o ordenamento jurídico-tributário, chamando-se à colação as normas que compõe todo aquele universo, facilmente permitirá chegar a esta conclusão. Também com o recurso ao elemento teleológico, ou seja, o fim que o diploma agora instituído visa alcançar, face a todo o circunstancialismo que envolve sua aprovação⁽⁵⁴⁸⁾ e os objectivos a que o mesmo se propõe, poderá concluir-se que a intenção do legislador foi a de que a arbitragem constitui-se um meio alternativo, mais célere, face aos Tribunais e não um substituto da via administrativa.

Confessamos, alguma preferência por esta segunda via de interpretação. Não deixamos de concordar com a crítica de CASALTA NABAIS ao fenómeno a que designa de “fuga para o juiz”⁽⁵⁴⁹⁾. Ainda que o juiz na arbitragem não seja um juiz de profissão, é, ainda assim, um juiz cuja decisão tem a mesma força das decisões daquele outro, pois parte-se do entendimento de que a arbitragem é um meio jurisdicional de resolver litígios. Se o restabelecimento da paz jurídica é possível através de uma solução administrativa, porquê partir-se, *ab initio*, para uma *jurisdicionalização* do conflito?⁽⁵⁵⁰⁾

No que respeita à segunda questão, relativa à apreciação da legalidade de actos de determinação da matéria tributável e de actos de fixação de valores patrimoniais, coloca-se a questão de saber se o legislador pretendeu permitir a apreciação dos actos interlocutórios do

⁽⁵⁴⁷⁾ Vide, artigo 1.º do RAT.

⁽⁵⁴⁸⁾ Acima de tudo o elevado número de processos pendentes nos Tribunais tributários.

⁽⁵⁴⁹⁾ Vide, Nabais, José Casalta, “Reflexão... cit. pág. 95.

⁽⁵⁵⁰⁾ Com efeito, concordamos com CLÁUDIO CARVALHO quando sustenta que “parece-nos inquestionável que, por via de regra, o contribuinte terá todo o interesse em esgotar as vias administrativas (...). Isto, essencialmente, por duas ordens de razões: por um lado, a via impugnatória administrativa confere ao contribuinte a possibilidade de ver a sua pretensão ser apreciada por mais de uma instância, e, nessa medida, (...) constitui um claro reforço das garantias dos contribuintes com vista à tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos e, por outro lado, a tendência *gratuidade* e *simplificação procedimental*, são duas características marcantes da impugnação em sede administrativa, o que faz com que, uma vez satisfeitas, por esta via, as suas pretensões, o contribuinte saia amplamente beneficiado em matéria de custas e de celeridade. Para além disso, a via impugnatória administrativa necessária representa um importante *filtro* (a este respeito, veja-se também a nossa parte I, § 2.º, ponto 2, sub-ponto 2.2. e 2.3.) com vista a impedir que litígios facilmente solucionáveis em sede administrativa cheguem aos tribunais tributários (arbitrais) (...). Por fim e mesmo nos casos em que o litígio não venha a ser solucionado no âmbito da impugnação administrativa, esta não deixa de ter uma importante função, como seja a de delimitar, em termos rigorosos, a posição das partes no litígio, clarificando, dessa forma, um futuro debate em sede jurisdicional” (parênteses nossos) (Vide, Carvalho, Cláudio, “As reclamações prévias em matéria tributária”, in *Scientia Iuridica*, n.º 314, Braga, Abril/Junho, 2008, págs. 285 a 307, em especial, cit. págs. 288 e 289).

procedimento ou se, contrariamente, deverá verificar-se a *definitividade horizontal* do acto⁶⁵¹, porquanto, por via de regra, na via tradicional “não são susceptíveis de impugnação contenciosa os actos interlocutórios do procedimento”⁶⁵². A resposta à questão colocada reveste extrema importância, pois, caso assim se entenda, a alínea b) do artigo 2.º n.º 1 do RAT, aplica-se aos actos de fixação da matéria tributável que não dêem lugar a qualquer liquidação – porque, por exemplo, o sujeito passivo beneficia de uma isenção – e aos actos de fixação de valores patrimoniais (susceptíveis de impugnação autónoma), sendo que nos restantes casos o acesso aos Tribunais arbitrais cairá no foro de aplicação da alínea a) do artigo 2.º n.º 1 do RAT, implicando prazos de pedido de constituição do Tribunal arbitral e efeitos do pedido diferentes.

A resposta, uma vez mais, dependerá da interpretação que se faça a lei. De facto, quem faça uma interpretação literal do diploma em análise, dirá que não é necessária a *definitividade horizontal* dos actos, pelo que será possível a apreciação da legalidade de qualquer acto de determinação da matéria tributável. Esta tese ganha força quando pensamos que também na alínea c) do artigo 2.º, n.º 1 do RAT, se permite a apreciação de questões de direito e de facto

⁶⁵¹ A questão coloca-se essencialmente em relação aos actos de determinação da matéria tributável, sejam eles decorrentes de uma avaliação directa ou indirecta. Em relação aos actos de fixação de valores patrimoniais, não se coloca a questão porquanto, mesmo no domínio do processo de impugnação judicial, estes são o exemplo de actos susceptíveis de impugnação autónoma (A este propósito, consulte-se o Ac. do TCA do Sul, proc. n.º 03586/08 de 27 de Abril de 2010, disponível em www.dgsi.pt).

No caso da avaliação directa, a questão levanta-se caso se entenda como o Professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, que “uma primeira leitura do art. 86.º n.º 1, da LGT parece indiciar que o acto de fixação do valor decorrente de uma avaliação directa é sempre um acto definitivo (...). Significaria isto que não se tornaria necessário esperar por qualquer acto decisório posterior que ainda se lhe seguisse. Contudo, uma leitura mais atenta e integrada deste preceito (...) pode conduzir a outra conclusão: a de que a avaliação directa, quando seguida de liquidação, não pode ser, desde logo, atacada em Tribunal, devendo esperar por esta. A favor de tal conclusão parece apontar o art. 54.º do CPPT (...)” (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 179).

Um sentido aproximado pode aferir-se das palavras de CASALTA NABAIS que a propósito dos actos de determinação da matéria tributável escreve que “No caso de determinação da matéria tributável através de avaliação directa, dispõe o art. 86.º, n.º 1, da LGT que pode a mesma ser objecto de impugnação contenciosa directa (...) muito embora remeta para a lei os termos dessa impugnação. Um entendimento que, pelo menos à primeira vista, parece pôr em causa o princípio da impugnação unitária (...). Há porém que ter em conta que aquela impugnação se efectua nos termos da lei, a qual é constituída sobretudo pelo CPPT em que o princípio da impugnação unitária se encontra expressamente formulado no seu art. 54.º (...). Para além de este princípio estar em consonância com a lista de actos considerados lesivos dos direitos ou interesses legalmente protegidos constante do n.º 2 do art. 95.º da LGT, na qual não figuram os actos de determinação da matéria tributável por avaliação directa”, acrescentando em nota de rodapé que “tal princípio (o princípio da impugnação unitária, acrescentamos nós) não se aplicará (...) quando a determinação da matéria colectável não der origem à liquidação de qualquer tributo” (Vide, Nabais, José Casalta, *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Reimpressão de Outubro de 2010, Almedina, Coimbra, 2010, cit. págs. 380 e 381).

A entender-se que o acto de determinação da matéria tributável é susceptível de impugnação directa (aplicação literal do artigo 86.º, n.º 1 da LGT) a questão poderá colocar-se-á apenas em relação às situações em que há uma avaliação indirecta.

No caso da avaliação indirecta, o artigo 86.º n.º 3 da LGT, não oferece quaisquer dúvidas, pois “A avaliação indirecta não é susceptível de impugnação contenciosa directa, salvo quando não dê origem a qualquer liquidação”.

⁶⁵² Vide, artigo 54.º do CPPT.

relativa a um acto intermédio (projecto de decisão de uma liquidação), uma solução que à partida está vedada aos Tribunais tributários.

Entendimento diferente poderá resultar de uma interpretação com recurso ao elemento sistemático de interpretação, chamando-se à colação o *princípio da impugnação unitária*, consagrado no artigo 54.º do CPPT, conjugando-se com o artigo 86.º, n.º 1 e n.º 3 da LGT. Confessamos, de facto, preferência por esta via de solução.

Em relação à *definitividade vertical* a questão coloca-se em relação aos actos de determinação da matéria tributável com base em métodos indirectos, em que o procedimento de revisão da matéria tributável fixada por métodos indirectos⁽⁵⁵³⁾ se impõe como previamente necessário à impugnação junto dos Tribunais tributários⁽⁵⁵⁴⁾, bem como, nos actos de determinação da matéria tributável e de fixação de valores patrimoniais que resultam de uma avaliação directa, porquanto a sua impugnação junto dos meios comuns “depende do esgotamento dos meios administrativos previstos para a sua revisão”⁽⁵⁵⁵⁾. Em relação aos argumentos que poderão levantar-se em favor de uma interpretação no sentido da exigência da definitividade vertical, bem como, no sentido da sua não exigência, remete-se, com as devidas adaptações, para o que acima se disse em relação aos actos equiparados à liquidação, limitando-nos à referência de que entendemos, também aqui, de que deve esgotar-se previamente a via administrativa.

1.1.2. Critério de arbitrabilidade

A questão que aqui se coloca é, se o houve, qual terá sido o critério conceitual de arbitrabilidade que o legislador seguiu na determinação das matérias arbitráveis.

Em nosso entendimento é possível aferir das opções do legislador o critério da patrimonialidade do litígio. Esta orientação fará sentido se entendermos que o legislador se manteve fiel ao método de identificação tradicional, com recurso a critérios de natureza conceitual, apesar da mudança de critério. Pelo que não havendo optado por consagrá-lo expressamente, do mesmo modo que por via interpretativa se pode chegar ao critério da disponibilidade no direito no Direito Administrativo, também se chegar, no Direito Tributário, ao critério da patrimonialidade.

⁵⁵³ Vide, artigo 91.º e 92.º da LGT.

⁵⁵⁴ Vide, artigo 86.º, n.º 5 da LGT e 117.º, n.º 1 do CPPT.

⁵⁵⁵ Vide, artigo 86.º, n.º 2 da LGT.

LUIS LIMA PINHEIRO diz-nos que “a pretensão tem natureza patrimonial quando é susceptível de ser objecto de uma avaliação pecuniária”⁽⁵⁵⁶⁾. Apesar da maioria dos litígios que são susceptíveis de avaliação pecuniária serem também disponíveis, isso não significa que não haja excepções, uma vez que o critério da patrimonialidade não terá de se identificar necessariamente com o critério da disponibilidade.

Se tomarmos por referência a decisão do Tribunal Federal Suíço, que veio precisar a noção de patrimonialidade, de acordo com a qual “Toutes prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d’actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent pour l’une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent”⁽⁵⁵⁷⁾, sempre se poderá concluir que o legislador teve em mente o critério da patrimonialidade.

Com efeito, as pretensões que poderão ser objecto de arbitragem, em última análise, representam sempre um *interesse* avaliável em dinheiro, quer do lado activo, quer do lado passivo da relação *jus-tributária*. Sendo afastada a ideia de que o critério da patrimonialidade constitui uma presunção de disponibilidade⁽⁵⁵⁸⁾, poderá efectivamente chegar-se à conclusão de que aquele foi o critério de arbitrabilidade escolhido.

As razões de ordem pública *lato sensu*⁽⁵⁵⁹⁾, que estão na origem da exclusão da arbitragem de determinadas matérias, são deslocadas do plano da competência dos árbitros para o plano da validade da decisão conforme a ordem pública *lato sensu*⁽⁵⁶⁰⁾, ou seja, não se

⁵⁵⁶ Vide, Pinheiro, Luís Lima, “Convenção... cit. ponto I, alínea D (Texto disponível em www.oa.pt)

⁵⁵⁷ A este respeito, veja-se Hanotiau, Bernard, “L’arbitrabilité”... pág. 109.

⁵⁵⁸ No sentido referido por Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* pág. 99 e ss, em especial 102 e págs 215 a 219.

⁵⁵⁹ Entende-se aqui por ordem pública, tal como refere MANUEL PEREIRA BARROCAS, “o conjunto de normas imperativas que versam sobre matérias que estão fora da autonomia privada, motivadas por razões de interesse público” (Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual*, cit. pág. 101, nota de rodapé n.º 43).

Repare-se que a ordem pública, no sentido proposto, não é estática e tal como muda de ordenamento para ordenamento, também vai mudando de época para época. Neste momento, o objecto da arbitragem tributária, tal como definido no artigo 2º n.º 1 do RAT, implica a apreciação pelos árbitros de matérias que não se situam no espaço discricionário da Administração Tributária, pelo que ficam excluídas de algum espaço de disponibilidade. Ainda assim, com a crescente flexibilização do Direito Tributário, o que implica alterações no próprio conceito de ordem pública *lato sensu* e como tal que se venha admitir que as matérias que agora se entendem como imperativas deixem de o ser com o evoluir do próprio conceito de ordem pública, pelo que se poderão vir a situar em espaços de alguma discricionariedade e, como tal, de disponibilidade. No momento em que escrevemos, a flexibilização do Direito Tributário ainda não alcançou esse patamar, pelo que parte do objecto arbitragem tributária situa-se ainda num espaço que ainda contende com o conceito de ordem pública, daí falar-se num critério de patrimonialidade, independentemente, da natureza disponível ou indisponível do direito, desde que isso implique o respeito por essa mesma ordem pública, no plano da decisão arbitral.

⁵⁶⁰ No Direito francês, A propósito da deslocação da ordem pública da convenção de arbitragem para a sentença arbitral, embora tendo por referência apenas a arbitragem internacional, veja-se Hanotiau, Bernard, “L’arbitrabilité”... págs, 101 a 106, em especial 105 e 106.

afasta a susceptibilidade do árbitro se pronunciar sobre matérias indisponíveis, no entanto, a decisão arbitral nunca poderá ser contrária à ordem pública⁽⁵⁶¹⁾.

1.1.3. Poderes de cognição do tribunal arbitral e critério de decisão dos árbitros

Os poderes de apreciação dos árbitros resumem-se ao controlo da legalidade, não sendo admissível a sindicância do mérito, conveniência ou oportunidade de concretas decisões tributárias. Esta parece-nos uma boa solução, na medida em que neste ponto em concreto o RAT não levanta problemas de constitucionalidade, nomeadamente, quanto a uma possível violação do *princípio da separação funcional* entre a função administrativa e a função jurisdicional.

Quanto ao critério de decisão dos árbitros o artigo 2.º n.º 2 do RAT prevê expressamente que “os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade”. Fica expressamente claro que os árbitros apenas poderão julgar segundo critérios normativos e legais, sendo-lhes vedado o acesso a critérios de equidade.

1.1.4. O Tribunal arbitral

1.1.4.1. Estrutura e composição

Os Tribunais arbitrais funcionam no CAAD e a vinculação da Administração Tributária à sua jurisdição depende de portaria⁽⁵⁶²⁾ dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça⁽⁵⁶³⁾.

Os Tribunais arbitrais podem funcionar com um árbitro singular ou mediante a intervenção de um colectivo de três árbitros⁽⁵⁶⁴⁾. Funcionará de modo singular quando o valor do pedido de pronúncia não ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo⁽⁵⁶⁵⁾ e o sujeito passivo opte por não designar um árbitro. Nestas situações, o árbitro será designado pelo Conselho Deontológico do CAAD, de entre a lista dos árbitros que compõe o centro de arbitragem administrativa⁽⁵⁶⁶⁾ ⁽⁵⁶⁷⁾.

⁽⁵⁶¹⁾ A solução adoptada no Direito Tributário poderá justificar-se na discussão em torno da alteração do critério de arbitrabilidade consagrado pela LAV. Sendo certo que na Proposta de Lei n.º 22/XII, como já referimos, é critério de patrimonialidade o eleito para a nova LAV.

⁽⁵⁶²⁾ Neste momento, é a Portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março, que determina a vinculação da Direcção-Geral do Impostos e a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo.

⁽⁵⁶³⁾ Vide artigo 4.º do RAT.

⁽⁵⁶⁴⁾ Vide, artigo 5.º do RAT.

⁽⁵⁶⁵⁾ Ou seja, até 60.000,00€: artigo 24.º n.º 1 da LOFTJ, *ex vi* artigo 6.º n.º 4 do ETAF.

⁽⁵⁶⁶⁾ Vide, artigo 6.º, n.º 1 do RAT.

⁽⁵⁶⁷⁾ Lista que pode ser consultada no sítio do CAAD: www.caad.pt.

Funcionará de modo colectivo, com três árbitros, quando o valor do pedido de pronúncia ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo⁽⁵⁶⁸⁾, ou, independentemente do valor de pronúncia, o sujeito passivo opte por designar um árbitro. Quando o tribunal arbitral assuma esta última composição, o colectivo de árbitros poderá ser designado pelo CAAD⁽⁵⁶⁹⁾, ou então, pelas partes, cabendo a designação do árbitro presidente aos árbitros designados, ou, na falta de acordo, a requerimento de um ou ambos os árbitros, pelo Conselho Deontológico do CAAD⁽⁵⁷⁰⁾. Nesta última situação – tribunal colectivo em que os árbitros são designados pelas partes – os árbitros escolhidos poderão não constar da lista aprovada pelo CAAD⁽⁵⁷¹⁾.

Em face do exposto, poderá concluir-se que sempre que o contribuinte opte por escolher um árbitro teremos um julgamento colectivo, caso opte por não designar um árbitro, a estrutura colectiva ou singular do Tribunal arbitral, dependerá do valor do pedido.

1.1.4.2. Órgão *decidendi*: requisitos, impedimentos e deveres

O legislador, a nosso ver bem, optou por consagrar expressamente os requisitos⁽⁵⁷²⁾, os impedimentos⁽⁵⁷³⁾ e deveres⁽⁵⁷⁴⁾ a que devem obedecer os árbitros na arbitragem em matéria tributária. Parece-nos uma solução acertada do ponto de vista das garantias do processo, permitindo conferir uma maior credibilidade às decisões dos tribunais arbitrais.

Em primeiro lugar, os árbitros deverão ser escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público, pois a natureza da função que exercem assim o exige. Em segundo lugar, deverão ser juristas com pelo menos dez anos de experiência profissional na área do Direito tributário, designadamente, através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio. O limite mínimo de dez anos de experiência profissional na área do Direito tributário aperta seriamente o círculo de árbitros. Compreendemos a preocupação do legislador em conferir credibilidade à qualidade das decisões arbitrais, sendo

⁽⁵⁶⁸⁾ Ou seja, 60.000,01€ (Vide, nossa nota de rodapé anterior),

⁽⁵⁶⁹⁾ Vide, artigo 6.º, n.º 2, al. a) do RAT.

⁽⁵⁷⁰⁾ Vide, artigo 6.º, n.º 2, al. b) do RAT.

⁽⁵⁷¹⁾ Vide, artigo 6.º, n.º 3 do RAT.

⁽⁵⁷²⁾ Vide, artigo 7.º do RAT.

⁽⁵⁷³⁾ Vide, artigo 8.º do RAT.

⁽⁵⁷⁴⁾ Vide, artigo 9.º do RAT.

certo que neste momento inicial a restrição não comporta qualquer problema, já que o número de árbitros será perfeitamente suficiente para ocupar-se do número de casos que entretanto chegarão ao Tribunal arbitral. Contudo, a longo prazo, se a arbitragem tiver o êxito esperado, questionamo-nos se este apertado requisito não terá como consequência o idêntico problema de escasso número de juizes que assombra hoje os Tribunais do Estado, assim prejudicando-se a celeridade que se pretende da arbitragem. A preocupação, ainda que precoce, não deixa de ser legítima levando-nos a pensar se não seria uma solução razoável a redução do limite mínimo de experiência profissional, em metade por exemplo, em função da menor complexidade da questão a decidir.

Em terceiro lugar, o legislador possibilita que nas questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, poderá ser designado como árbitro, não presidente, um licenciado em Economia ou Gestão. Esta possibilidade de o Tribunal arbitral ser constituído por um não jurista (que acontecerá apenas nos casos em que este funcione como colectivo) parece-nos uma boa opção devido ao carácter excessivamente técnico que se coloca a respeito de muitas matérias. A opção da presença obrigatória de um jurista, que não teria necessariamente de ser presidente, embora assim o tenha entendido o legislador, permite a conjugação do conhecimento jurídico com o conhecimento técnico, o que possibilitará, pelo menos no plano teórico, uma maior qualidade das decisões arbitrais.

Uma pequena crítica não pode a nosso ver deixar de ser feita: porquê a restrição aos licenciados em Economia e Gestão? Não olvidamos do seu importante e valioso contributo para uma maior qualidade das decisões arbitrais, contudo, não parece justificar-se a discriminação em relação, por exemplo, a licenciados em Contabilidade e Fiscalidade, cujo conhecimento em matérias fiscais não será seguramente de apartar. Deste modo e no sentido de elevar a qualidade deste novo meio de resolução de litígios em matéria tributária, entendemos oportuno deixar ao nosso legislador, como proposta *iure condendo*, o alargamento do conjunto das licenciaturas dos árbitros.

Quanto aos impedimentos do exercício do cargo de árbitro, podemos analisá-los quer do ponto de vista da Administração Tributária, quer do ponto de vista do sujeito passivo.

Do ponto de vista da Administração Tributária, constituem impedimentos:

- i. Os enunciados no artigo 44.º, n.º 1 do CPA;
- ii. Nos dois anos anteriores à designação, ter sido dirigente, funcionário ou agente da Administração Tributária.

Do ponto de vista do sujeito passivo constituem impedimentos:

- i. Nos dois anos anteriores à sua designação, ter sido membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor ou consultor do sujeito passivo, de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio, tal vem definida no Código das Sociedades Comerciais, ou de pessoa ou entidade que tenha interesse próprio na procedência da pretensão;
- ii. Nos dois anos anteriores à designação ter sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo⁽⁵⁷⁵⁾.

A pessoa designada para exercer funções de árbitro deve rejeitar a designação quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar da sua imparcialidade e independência. Cabe ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa exonerar o árbitro ou árbitros em caso de violação de algum daqueles impedimentos.

Em relação aos deveres dos árbitros interessa referir que o legislador fez questão de consagrar expressamente que os mesmos estão sujeitos aos princípios da imparcialidade e da independência, bem como, ao dever de sigilo fiscal nos mesmos termos em que este é imposto aos dirigentes, funcionários e agentes da Administração Tributária.

1.1.4.3. Custos com o processo: taxa de arbitragem

O acesso ao Tribunal arbitral, tal como nos meios convencionais, não é gratuito. Com efeito, este é um processo oneroso e que implica o pagamento de uma taxa de arbitragem⁽⁵⁷⁶⁾, cujo valor, fórmula da cálculo, base de incidência objectiva e montantes mínimos e máximos

⁽⁵⁷⁵⁾ Criticando, o período de interregno exigido entre o exercício da função de árbitro e as situações incompatibilidade, escreve RUI RIBEIRO que “é de salientar a notória redução do período de interregno exigido entre o exercício da função de árbitro e as situações de incompatibilidade – fixado agora em dois anos. Com efeito, em relação ao procedimento de revisão matéria tributável, e nos termos do disposto no artigo 94.º, n.º 3, da Lei Geral Tributária (LGT), dispõe-se que podem integrar a Comissão Nacional de Avaliação fiscalistas de reconhecido mérito que não façam parte da Administração Tributária, nem o tenham feito nos últimos cinco anos. De igual modo, no procedimento inspeetivo, estabelece o artigo 20.º, alínea d), do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária que se considera como incompatibilidade específica dos inspectores tributários, a realização ou participação em procedimentos inspectivos de entidades a quem aqueles tenham prestado serviços nos cinco anos anteriores ao do início da inspeção”, acrescentando que “nada desaconselhava, muito pelo contrário, que o legislador tivesse previsto, para definição da incompatibilidade dos árbitros, exactamente o mesmo período de interregno, de cinco anos. É que, se existem preocupações de independência quanto à intervenção na formação do acto tributário, essas preocupações, senão iguais, deveriam ser superiores quando, mais do que intervir na formação da liquidação, se intervém na formação da própria decisão jurisdicional” (Vide, Pereira, Ribeiro, Rui, “Breves..., cit. pág. 114)

⁽⁵⁷⁶⁾ Vide, artigo 10.º do RAT.

será definidos nos termos do regulamento de custas a aprovar, para esse efeito, pelo Centro de Arbitragem Administrativa.

O pagamento desta taxa será diferente consoante o sujeito passivo opte por não designar árbitro, ou contrariamente, opte por fazê-lo. Na primeira situação, o sujeito passivo pagará, na data do envio do pedido de constituição do tribunal arbitral, uma taxa de arbitragem inicial, devendo a fixação do montante e a repartição pelas partes das custas directamente resultantes do processo arbitral ser efectuada na decisão que vier a ser proferida pelo Tribunal arbitral⁶⁷⁷. Na segunda situação, o sujeito passivo paga, na data do envio do pedido de constituição do tribunal arbitral, a taxa de arbitragem na sua totalidade.

Repare-se que nesta última situação os encargos do processo arbitral ficam na sua totalidade a cargo do sujeito passivo. A ideia do legislador, certamente fundada no interesse público, terá sido a de evitar que o processo arbitral comportasse gastos excessivos para o Estado, devido a uma opção do sujeito passivo que, além de tornar o processo arbitral mais custoso, não é directamente imputável à Administração Tributária. Em parte, compreende-se a justiça da solução do legislador, pois, o sujeito passivo ao optar por designar árbitro pode *forçar* uma composição colectiva do Tribunal arbitral – quando o mesmo poderia ser constituído por um único árbitro – o que implicará, com certeza, mais honorários e, portanto, gastos com o processo mais elevados. Contudo, parece-nos que seria possível uma solução mais justa. Na decisão arbitral, o Tribunal deveria de igual modo fixar a eventual repartição de custas, devendo, contudo, a parte que ficaria a cargo da Administração Tributária ser limitada pelo valor que lhe seria imputável em caso de Tribunal arbitral com estrutura singular, ficando o remanescente a cargo do sujeito passivo.

Da mesma justiça já não se compreende, quando a estrutura colectiva do Tribunal arbitral não decorre unicamente da escolha do sujeito passivo em designar árbitro, mas do valor do pedido de pronúncia arbitral. Nesta hipótese, não é a designação pelo sujeito passivo de um árbitro que importa directamente a composição colectiva do Tribunal, não se vislumbrando um motivo válido para que o sujeito passivo suporte integralmente os encargos com o processo. Além disso, fazem, aqui, todo o sentido as palavras de RUI RIBEIRO, pois “não se vislumbra por que motivo se impõe ao contribuinte um encargo adicional quando pretenda indicar um árbitro no processo, em lugar de o mesmo ser nomeado a partir de listas organizadas pelo CAAD –

⁶⁷⁷ Vide, artigo 22.º, n.º 4 do RAT.

sendo certo que, num caso como noutro, são previstos os mesmos honorários e exigidos idênticos pressupostos de competência e isenção aos árbitros nomeados”⁽⁵⁷⁸⁾.

1.1.5. Processo arbitral: da *fase preliminar ao processo tributário arbitral* (Processo arbitral, *stricto sensu*)

O processo arbitral é, tal como no Direito Administrativo, um processo composto de duas fases. Uma primeira denominada de *fase preliminar* e uma segunda intitulada *processo tributário arbitral*.

1.1.5.1. *Fase preliminar* do processo arbitral: constituição do tribunal e efeitos jurídicos

Ao pedido de constituição do tribunal, o legislador chama-lhe “equivocamente”⁽⁵⁷⁹⁾ de procedimento arbitral. Com efeito, a nosso ver, não será este o termo jurídico mais adequado, uma vez que a palavra procedimento, nas areias em que nos movemos, associa-se, em termos muito genéricos, ao conjunto de actos conducentes à exteriorização da vontade da Administração⁽⁵⁸⁰⁾. O pedido de constituição do Tribunal arbitral corresponde, pois, à *fase preliminar* do processo arbitral.

Em termos breves, a respeito da constituição do Tribunal arbitral diremos que este depende da iniciativa ou impulso dos contribuintes. Para tal, o interessado deve proceder ao “pedido de constituição do tribunal arbitral”⁽⁵⁸¹⁾, materializando-se este num direito potestativo que se manifesta na esfera da Administração Tributária⁽⁵⁸²⁾. Com efeito, depois de vinculada ao CAAD por portaria, a Administração Tributária não poderá opor-se a tal pedido.

O sujeito passivo deve fazer o pedido através de requerimento que deverá ser enviado por via electrónica ao presidente do CAAD e dele deverão constar os seguintes elementos⁽⁵⁸³⁾:

- a) A identificação do sujeito passivo, incluindo o número de identificação fiscal, e do serviço periférico local do seu domicílio ou sede ou, no caso de coligação de sujeitos

⁽⁵⁷⁸⁾ Vide, Pereira, Rui Ribeiro, “Breves...”, cit. pág. 113.

⁽⁵⁷⁹⁾ Expressão utilizada por JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, para classificar e expressão a que o legislador recorreu (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 402).

⁽⁵⁸⁰⁾ Para um noção de procedimento e processo, em especial no Direito Tributário e respectiva distinção, veja-se Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* págs. 79 a 89.

⁽⁵⁸¹⁾ Vide artigo 10.º do RAT.

⁽⁵⁸²⁾ De idêntico modo ao consagrado no artigo 187.º, n.º1 do CPTA, pelo que estamos perante uma arbitragem voluntária (A este respeito veja-se a nossa Parte II, § 2.º, ponto 2., sub-ponto 2.1.7.1.)

⁽⁵⁸³⁾ Vide artigo 10.º, n.º 2 do RAT.

passivos, do serviço periférico local do domicílio ou sede do sujeito identificado em primeiro lugar no pedido⁽⁵⁸⁴⁾;

- b) A identificação do acto ou actos tributários objecto do pedido de pronúncia arbitral⁽⁵⁸⁵⁾;
- c) A identificação do pedido de pronúncia arbitral, constituindo fundamentos deste pedido os previstos no artigo 99.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário e, bem assim, a exposição das questões de facto e de direito objecto do referido pedido de pronúncia arbitral;
- d) Os elementos de prova dos factos indicados, bem como, a indicação dos meios de prova a produzir; a indicação do valor da utilidade económica do pedido;
- e) O comprovativo do pagamento da taxa de arbitragem inicial, nos casos em que o sujeito passivo não tenha optado por designar árbitro ou comprovativo do pagamento da taxa de arbitragem, caso o sujeito passivo manifeste a intenção de designar o árbitro;
- f) Quando assim o pretender, manifestar a intenção de designar árbitro.

No prazo de dois dias a contar da recepção do pedido, o presidente do Centro de Arbitragem Administrativa deverá dar conhecimento do mesmo, por via electrónica, à Administração Tributária⁽⁵⁸⁶⁾.

Importante, será não ignorar os prazos a que deve obedecer o pedido de constituição do Tribunal arbitral⁽⁵⁸⁷⁾. Com efeito, deve ser apresentado⁽⁵⁸⁸⁾:

- a) No prazo de 90 dias, contado a partir dos factos previstos nos números 1 e 2 do artigo 102.º do CPPT, quando o pedido seja a declaração da ilegalidade dos actos de liquidação, autoliquidação, retenção na fonte e pagamentos por conta;
- b) No prazo de 90 dias, em caso de interposição de recurso hierárquico, a contar da notificação da decisão ou do termo do prazo legal daquela decisão;
- c) No prazo de 30 dias, contados da notificação dos actos, nos restantes casos.

⁽⁵⁸⁴⁾ Refira-se a este propósito que é possível a coligação de autores nos termos previstos no artigo 3.º, n.º 1 do RAT.

⁽⁵⁸⁵⁾ Refira-se a este propósito que é possível a cumulação de pedidos relativos a diferentes actos quando a procedência dos pedidos dependa, essencialmente, da apreciação das mesmas circunstâncias de facto e da interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou regras de direito, nos termos previstos no artigo 3.º, n.º 1 do RAT.

⁽⁵⁸⁶⁾ Vide, artigo 10.º, n.º 3 do RAT.

⁽⁵⁸⁷⁾ Vide, artigo 10.º, n.º 1 alíneas a) e b) do RAT.

⁽⁵⁸⁸⁾ À questão dos prazos não é alheio o que dissemos a respeito da *definitividade horizontal* e da *definitividade vertical* dos actos que podem ser objecto de arbitragem e dependendo de cada entendimento os factos que são início à contagem do prazo poderão ser diferentes (Veja-se a nossa parte III, § 1.º, ponto 1, sub-ponto 1.1.1.).

Do pedido de constituição do Tribunal arbitral, decorre um conjunto de efeitos jurídicos, os quais, podem ser analisados quer do ponto de vista da Administração Tributária, quer do ponto de vista do sujeito passivo.

Com efeito, do ponto de vista da Administração Tributária, o principal efeito do pedido de constituição do Tribunal arbitral, consiste no direito de, no prazo de oito dias a contar do conhecimento da constituição do Tribunal arbitral, proceder à revogação, ratificação, reforma ou conversão do acto tributário cuja ilegalidade foi suscitada, praticando, quando necessário, um acto tributário substitutivo⁽⁵⁸⁹⁾. O exercício de tal faculdade é da competência do dirigente máximo do serviço da Administração Tributária, sendo que fazendo uso de tal direito deverá notificar o sujeito passivo para, no prazo de 10 dias, se pronunciar, prosseguindo o procedimento relativamente a esse último acto se o sujeito passivo nada disser^{(590) (591)}. Findo o prazo de oito dias, sem que a Administração Tributária faça uso de tal faculdade, ficará impossibilitada de praticar novo acto tributário relativamente ao mesmo sujeito passivo, imposto e período de tributação, a não ser com fundamento em factos novos⁽⁵⁹²⁾. Embora o legislador utilize a expressão *acto tributário*, não parece que deva entender-se que esta faculdade seja restrita ao acto de liquidação (acto tributário, *stricto sensu*), pelo que deverá entender-se que o legislador pretendeu referir-se, num sentido mais amplo, ao acto em matéria tributária⁽⁵⁹³⁾.

Do ponto de vista do sujeito passivo, existe uma panóplia mais vasta de efeitos jurídicos que interessa referir. Em primeiro lugar, a preclusão do direito de reclamar, impugnar, requerer a revisão, ou suscitar pronúncia arbitral sobre os actos objecto desses pedidos ou sobre os

⁽⁵⁸⁹⁾ Vide, artigo 13.º, n.º 1 do RAT.

⁽⁵⁹⁰⁾ Vide, artigo 13.º, n.º 2 do RAT.

⁽⁵⁹¹⁾ A propósito deste preceito, fazem todo o sentido as palavras de RUI RIBEIRO, pois “atendendo apenas à redacção do n.º 1 – que fala em revogação, ratificação, reforma ou conversão – não é claro aquilo que o legislador entende como constituindo a “alteração total ou parcial” do acto tributário. Bem se compreende que, em caso de revogação parcial, o contribuinte possa, ainda assim, pretender o prosseguimento do processo arbitral quanto à parte subsistente – na medida em que o deferimento parcial constitui sempre, simultaneamente, um indeferimento parcial. Todavia, já não se compreenderia que, sendo o acto tributário “totalmente alterado” ou substituído por outro (prejudicial aos interesses do contribuinte, bem entendido), o processo pudesse prosseguir nos seus moldes iniciais, uma vez que, em rigor, ou existiria inutilidade superveniente da lide – na revogação total – ou formar-se-ia um novo acto tributário – na substituição – a conferir ao contribuinte a possibilidade de invocar, *ex nova*, todos os seus vícios ou, pelo menos, de aditar os novos vícios aos anteriormente invocados”. Bem nos parece andar o Autor ao entender que “embora de forma estruturalmente discutível, acaba por esclarecer o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, a este respeito, que a substituição, na pendência do processo, dos actos objecto de pedido de decisão arbitral com fundamento em factos novos, implica a modificação objectiva da instância – devendo o Director-Geral dos Impostos notificar o tribunal arbitral da emissão do novo acto para que o processo possa prosseguir nesses termos, com possibilidade de o autor requerer, nos termos do artigo 64.º do CPTA, que o processo prossiga contra o novo acto, alegando novos fundamentos e oferecendo diferentes meios de prova” (Vide, Ribeiro, Rui, “Breves...”, cit. pág. 115)

⁽⁵⁹²⁾ Vide, artigo 13.º, n.º 3 do RAT.

⁽⁵⁹³⁾ Neste sentido Rocha, Joaquim, Freitas, *Lições...* pág. 405.

consequentes actos de liquidação, excepto se o Tribunal arbitral não se constituir, ou terminar sem uma decisão de mérito⁽⁵⁹⁴⁾. Em segundo lugar, à apresentação do pedido de constituição do Tribunal arbitral são atribuídos os mesmos efeitos da impugnação judicial, nomeadamente, a suspensão e interrupção dos prazos de caducidade e de prescrição da obrigação tributária⁽⁵⁹⁵⁾. Em terceiro lugar, e particularmente em relação aos actos de avaliação e de projecto de liquidação, o pedido de pronúncia arbitral em relação a tais actos tem efeito suspensivo da respectiva liquidação das prestações tributárias, correspondentes às questões suscitadas quanto à parte controvertida, bem como, dos prazos de caducidade do direito à liquidação e de prescrição da prestação tributária até à data da comunicação da decisão arbitral, excepto no caso de recurso interposto pelo sujeito passivo⁽⁵⁹⁶⁾.

1.1.5.2. *Processo tributário arbitral*: princípios e tramitação

1.1.5.2.1. Princípios

O *processo tributário arbitral* não é um processo *desjuridificado*, ou seja, “que corra à margem do Direito constituído, bem pelo contrário, trata-se de um mecanismo decisório que se encontra enformado por um conjunto de normas jurídicas (princípios e regras)”⁽⁵⁹⁷⁾, cuja inobservância implicará a ilegalidade do processo. Com efeito, a concepção menos formalista do processo arbitral não o exonera, antes pelo contrário, da sua vinculação a princípios fundamentais.

Em bom rigor, não olvidando algumas especificidades, os princípios que norteiam o processo arbitral, não constituem uma novidade em relação aos princípios processuais a que está adstrito o processo convencional. Sem prejuízo da existência de outros⁵⁹⁸, o legislador

⁽⁵⁹⁴⁾ Vide, artigo 13.º, n.º 4 do RAT.

⁽⁵⁹⁵⁾ Vide, artigo 13.º, n.º 5 do RAT

⁽⁵⁹⁶⁾ Vide, artigo 14.º, alíneas a) e b) do RAT

⁽⁵⁹⁷⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, Lições... cit. pág. 407.

⁽⁵⁹⁸⁾ Com efeito, como não poderia deixar, o elenco de princípios que decorre do preceito do RAT, não é taxativo. Esse elenco aberto decorre implicitamente do espírito do diploma e da aplicação subsidiária de outras normas, nos termos do artigo 29.º do RAT. Vejamos alguns exemplos.

O processo tributário arbitral deverá nortear-se, ainda, pelo *princípio da verdade material*, enquanto meio que visa atingir a verdade na tributação, não devendo o árbitro, em termos de meios e diligências, cingir a sua investigação ao que for alegado pelas partes e devendo privilegiar a resolução do mérito da questão em detrimento da decisão meramente formais; pelo *princípio do inquisitório*, o árbitro não deve cingir-se às provas apresentadas ou requeridas pelas partes, podendo oficiosamente solicitar novas provas – bem vistas as coisas, o *princípio da autonomia das actuações* nas suas densificações é um corolário dos dois princípios referidos –; pelo *princípio da celeridade*, um dos princípios mais importantes do processo tributário arbitral e que impõe que o mesmo esteja concluído no prazo máximo de doze meses (já com prorrogação).

consagra de forma expressa alguns dos mais importantes no artigo 16.º do RAT. Vejamos cada um deles:

- a) O *princípio da igualdade das partes*: tal como já referimos noutra parte desta dissertação, constitui um valor fundamental de qualquer processo;
- b) O *princípio do contraditório*: este será assegurado através da faculdade conferida às partes de poderem pronunciar-se sobre quaisquer questões de facto ou de direito suscitadas no processo. A concretização deste princípio está bem patente no artigo 17.º n.º 1 do RAT, no qual se concede à Administração Tributária o exercício do direito de resposta ao requerimento apresentado pelo sujeito passivo.
- c) O *princípio da autonomia de actuações*⁵⁹⁹⁾: este permite ao Tribunal arbitral uma substancial autonomia na condução do processo e na determinação das regras a observar com vista à obtenção, em prazo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas. Este princípio densifica-se em dois sub-princípios. No sub-princípio da *auto-vinculação formal*, que consiste na faculdade de ser o próprio Tribunal a definir a tramitação processual a adoptar e no sub-princípio da *livre determinação das diligências de produção de prova*, as quais podem ser levadas à prática, não segundo regras de “prova tabelada”, mas seguindo as regras da experiência e de acordo com a livre convicção do órgão *decidendi* (sempre balizada pelos parâmetros da juridicidade). Uma das consequências deste princípio e das suas densificações encontra-se nos artigo 18.º, n.º 1, alínea a) do RAT que impõe como objectivo da primeira reunião do Tribunal arbitral a definição da tramitação processual a adoptar em função das circunstâncias do caso e da complexidade do processo e no artigo 19.º, n.º 1 do RAT, de acordo com o qual, a falta de comparência de qualquer das partes a ato processual, a inexistência de defesa ou a falta de produção de qualquer prova solicitada não obstam ao prosseguimento do processo e à consequente emissão de decisão arbitral com base na prova produzida.
- d) O *princípio da oralidade e da imediação*: este deverá ser operativo na discussão das matérias de facto e de direito. Uma consequência deste princípio pode retirar-se do artigo 18.º do RAT, que promove a primeira reunião entre as partes, logo após a

⁵⁹⁹⁾ Como lhe chama o Professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, e quanto a este princípio seguimos estritamente as suas *Lições* (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* págs. 406 e 407).

apresentação da resposta da Administração Tributária, ou findo o prazo da sua apresentação caso opte por não o fazer.

- e) O *princípio da cooperação e da boa fé processual*: este aplica-se aos árbitros, às partes e aos mandatários e consiste na obrigação dos actores processuais adoptarem um comportamento que não dificulte a constituição do Tribunal (que se aplica, portanto à *fase preliminar* do processo) e de colaborarem no decurso do processo, i.e., não criar entraves desnecessários ao seu processamento regular. Em cumprimento deste princípio, de acordo com o artigo 19.º n.º 2 do RAT, o Tribunal arbitral poderá permitir a prática de um acto omitido ou a repetição de acto ao qual a parte não tenha comparecido, bom com o respectivo adiamento.
- f) O *princípio da publicidade*: este visa assegurar a divulgação das decisões arbitrais devidamente expurgadas de quaisquer elementos susceptíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito. Nasce, assim, com a arbitragem em Direito Tributário uma jurisprudência arbitral, acessível a todos.

1.1.5.2.2. Tramitação

A tramitação do *processo arbitral tributário*, enquanto conjunto de fases que compõe o *iter* decisório respectivo, é marcada pela informalidade e desregulação, valorizando-se as ideias de autonomia e liberdade em contraposição às de rigidez e vinculação. Contudo, como bem refere o Professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, importa salientar que tal não significa desjuridicização, pois as coordenadas essenciais do processo continuam a ser fixadas pelo Estado-legislador.

Assim, seguindo a lição de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, este processo – que nós chamamos de processo arbitral, *stricto sensu* ou *processo tributário arbitral* – é composto pelas seguintes fases:

- i) *Iniciativa* – o requerimento que contém o pedido de constituição do Tribunal arbitral, além de desencadear o que chamamos de processo arbitral, *lato sensu* – respectiva *fase preliminar* – vai servir igualmente de *petição inicial* nesta fase inicial do *processo tributário arbitral*, pois nele devem ser indicados, entre outros elementos, o acto(s) impugnado(s), o pedido, os fundamentos e os meios de prova;
- ii) *Contestação* – após a recepção do requerimento o Tribunal notifica o dirigente máximo do serviço da Administração Tributária para, no prazo de 15 dias,

apresentar resposta e, se assim o desejar, solicitar produção de prova adicional; a falta de resposta não obstará ao prosseguimento do processo⁽⁶⁰⁰⁾;

iii) *Primeira reunião* – o tribunal promove a primeira reunião com a seguinte ordem de trabalhos⁽⁶⁰¹⁾:

- a. Definir a tramitação processual a adoptar;
- b. Ouvir as partes quanto a eventuais excepções a apreciar e a decidir antes de conhecer do pedido;
- c. Convidar as partes, se necessário, a corrigir as suas peças processuais;
- d. Comunicar a data das eventuais alegações orais;
- e. Comunicar a data da decisão arbitral.

(iv) *Instrução* – produção das provas necessárias à formação da convicção do Tribunal;

(v) *Alegações* – esta é uma fase eventual e que se caracteriza pelas ideias de oralidade e imediação;

(vi) *Decisão* – esta é a fase final do *processo tributário arbitral*, pela qual se procede à resolução do litígio. Esta decisão deve ser proferida no prazo de seis meses a contar da data de constituição do Tribunal arbitral⁽⁶⁰²⁾. Este prazo poderá, contudo, ser prorrogado por sucessivos períodos de dois meses, com o limite máximo de seis, comunicando às partes a prorrogação e os motivos que a fundamentam⁽⁶⁰³⁾.

1.1.5.2.2.1. Em especial: da decisão arbitral

A decisão arbitral tal como na arbitragem em Direito Privado e em Direito Administrativo, tem força de *caso julgado* e indubitável força executiva, equiparando-se, assim, as decisões jurisdicionais comuns. Esta consubstancia um verdadeiro acto jurisdicional, sob a forma de sentença ou acórdão, consoante a composição singular ou colectiva do Tribunal.

A decisão arbitral como bem refere JOAQUIM FRFEITAS DA ROCHA, “deve ser rodeada de especiais cautelas e sujeita a apertados requisitos, não valendo aqui os princípios de liberdade de forma e procedimentos que vigoraram nas fases anteriores”⁽⁶⁰⁴⁾. O que se compreende atendendo aos efeitos que irá produzir, sendo certo que o desrespeito de alguns

⁽⁶⁰⁰⁾ Vide, artigo 17.º, n.º 1 e 19.º, n.º 1 do RAT.

⁽⁶⁰¹⁾ Vide, artigo 18.º do RAT.

⁽⁶⁰²⁾ Vide, artigo 21.º, n.º 1 do RAT e Artigo 11.º n.º 8 do RAT, *ex vi* artigo 15.º do RAT. O processo arbitral tributário tem início na data de constituição do Tribunal que, nos termos da lei, se considera constituído na data da primeira reunião – artigo 18.º do RAT.

⁽⁶⁰³⁾ Vide, artigo 21.º, n.º 2 do RAT.

⁽⁶⁰⁴⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 409.

dos requisitos e cautelas a que deve obedecer importará, certamente, uma futura impugnação da decisão arbitral, perdendo-se os objectivos que se pretendem com a arbitragem.

A decisão arbitral deve ser tomada por deliberação da maioria dos seus membros, devendo conter, além do sentido decisório:

- a) A identificação dos interessados;
- b) Os factos objecto do litígio;
- c) As razões de facto e de direito que motivaram o seu sentido;
- d) A data em que foi proferida;
- e) A fixação do montante e a repartição das custas quando o tribunal tenha tido estrutura singular ou colectiva e os árbitros tenham sido designados pelo CAAD.

Em termos de conteúdo a decisão dependerá do pedido efectuado, sendo que o mais comum, face ao âmbito de aplicação da arbitragem, será a anulação do acto tributário de liquidação, do acto equiparado ou de avaliação, por força da sua ilegalidade.

Como se disse, a decisão arbitral terá os mesmos efeitos da decisão dos Tribunais tributários. Com efeito, após o seu *trânsito em julgado* – termo do prazo de impugnação ou recurso da decisão arbitral – a decisão arbitral produzirá os seus efeitos, vinculando prospectivamente e *inter partes*. Os efeitos da decisão arbitral podem ser analisados quer do ponto de vista da Administração Tributária, quer do ponto de vista do sujeito passivo.

Do ponto de vista da Administração Tributária, no caso de procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das decisões dos Tribunais tributários, esta deverá – alternativa ou cumulativamente, consoante o caso e dependendo do(s) pedido(s)⁶⁰⁵:

- a) Praticar o acto tributário legalmente devido em substituição do acto objecto da decisão arbitral;
- b) Restabelecer a situação que existiria se o acto tributário, objecto da decisão arbitral, não tivesse sido praticado, adoptando os actos e operações necessárias para o efeito;
- c) Rever os actos que se encontrem numa relação e prejudicialidade ou de dependência com os actos tributários objecto da decisão arbitral, alterando-os ou substituindo-os, total ou parcialmente;

⁶⁰⁵ Vide, artigo 24.º, n.º 1 do RAT.

- d) Liquidar as prestações tributárias em conformidade com a decisão arbitral ou abster-se de as liquidar;
- e) Pagar de juros indemnizatórios ou moratórios, nos termos do CPPT e da LGT⁽⁶⁰⁶⁾.

Além disso, ainda do ponto de vista da Administração Tributária, deve referir-se que a decisão arbitral preclude o direito de praticar um novo acto tributário, relativamente ao mesmo sujeito passivo e período de tributação, exceptuando os casos em que este se fundamente em factos novos⁽⁶⁰⁷⁾.

Do ponto de vista do sujeito passivo, este ficará, nos mesmos termos, impedido de, com os mesmos fundamentos, reclamar, impugnar, requerer a revisão, a promoção da revisão oficiosa, ou suscitar pronúncia arbitral sobre os actos objecto desses pedidos ou sobre os consequentes actos de liquidação⁽⁶⁰⁸⁾.

Não obstante, a lei prevê que, nos casos em que a decisão arbitral ponha termo ao processo sem conhecer do mérito da decisão da pretensão, por facto não imputável ao sujeito passivo, os prazos para a reclamação, impugnação, revisão, promoção da revisão oficiosa, revisão da matéria tributável ou para suscitar nova pronúncia arbitral dos actos objecto da pretensão arbitral deduzida, contam-se a partir da notificação da decisão arbitral⁽⁶⁰⁹⁾.

Após a notificação da decisão arbitral, o CAAD notifica as partes do arquivamento do processo, considerando-se o Tribunal arbitral dissolvido nessa data⁽⁶¹⁰⁾.

1.1.5.2.2.1.1. Os meios de colocação em crise da decisão arbitral: do recurso e da impugnação

A colocação em crise da decisão arbitral poderá ser feita através de dois meios distintos. Os dois esquemas revisivos que o legislador coloca à disposição, direccionados a dois propósitos completamente distintos, são o recurso e a impugnação.

Quando se tem em vista controlar o mérito da decisão arbitral, isto é, o seu conteúdo decisório, o meio mais adequado para colocar em crise a decisão arbitral será o *recurso*. O legislador, como o próprio informa expressamente no preâmbulo do diploma que aprova o RAT, acolheu como regra a irrecorribilidade da decisão arbitral. Com este propósito, institui que a decisão arbitral que ponha termo ao processo, pronunciando-se sobre o mérito da pretensão

⁽⁶⁰⁶⁾ Vide, artigo 24.º, n.º 5 do RAT.

⁽⁶⁰⁷⁾ Vide, artigo 24.º, n.º 4 do RAT.

⁽⁶⁰⁸⁾ Vide, artigo 24.º, n.º 2 do RAT.

⁽⁶⁰⁹⁾ Vide, artigo 24.º, n.º 3 do RAT.

⁽⁶¹⁰⁾ Vide, artigo 23.º do RAT.

deduzida, apenas poderá ser objecto de recurso para o Tribunal Constitucional, ou para o Supremo Tribunal Administrativo com fundamentos limitados.

No que respeita ao recurso para o Tribunal Constitucional este será admissível nos termos gerais, isto é, na parte em que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no decorrer do *processo tributário arbitral*⁽⁶¹¹⁾. Este deverá ser interposto no prazo de dez dias, contados da notificação da decisão arbitral⁽⁶¹²⁾.

No que concerne ao recurso para o Supremo Tribunal Administrativo este será admissível apenas quando a decisão esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de Direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo. A este será aplicável o regime do recurso para uniformização de jurisprudência, previsto no CPTA⁽⁶¹³⁾, devendo ser interposto no prazo de trinta dias contados da notificação da decisão arbitral⁽⁶¹⁴⁾.

O recurso, quer junto do TC, quer junto do STA, deverá ser apresentado por meio de requerimento, o qual deverá ser acompanhado da cópia do *processo tributário arbitral*. O recurso da decisão arbitral comporta alguns efeitos, designadamente:

- a) A suspensão da decisão arbitral recorrida, no seu todo ou em parte, consoante o objecto do recurso;
- b) A caducidade da garantia que tenha sido prestada para suspensão do processo de execução fiscal, quando o recurso seja interposto pela Administração Tributária;
- c) A cessação do efeito suspensivo da liquidação, quando o recurso seja interposto pelo sujeito passivo⁽⁶¹⁵⁾.

Quando se pretenda controlar a decisão arbitral em si, nos seus aspectos competenciais, procedimentais, formais e estruturais, o meio adequado será já a *impugnação* da decisão arbitral. Este meio de controlo poderá ter como fundamentos:

- a) A não especificação da fundamentação de facto e de direito que justifica a decisão;
- b) A oposição da fundamentação com a decisão;
- c) A pronúncia indevida ou respectiva omissão;

⁽⁶¹¹⁾ Vide, artigo 25.º, n.º 1 do RAT.

⁽⁶¹²⁾ Vide, artigo 75.º, n.º 1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

⁽⁶¹³⁾ Vide, artigo 25.º, n.º 2 e 3 do RAT.

⁽⁶¹⁴⁾ Vide, artigo 152.º, n.º 1 do CPTA, aplicável *ex vi* artigo 25.º, n.º 3 do RAT.

⁽⁶¹⁵⁾ Vide, artigo 26.º do RAT.

d) A violação do princípio da igualdade das partes e do contraditório⁽⁶¹⁶⁾.

O pedido de impugnação da decisão arbitral, com vista à sua anulação, deverá ser dirigido ao Tribunal Central Administrativo, acompanhado de cópia do *processo tributário arbitral*, no prazo de 15 dias a contar da respectiva notificação e ser-lhe-á aplicável o regime do recurso de apelação previsto no CPTA⁽⁶¹⁷⁾. Este tem exactamente os mesmos efeitos do recurso da decisão arbitral. Deste modo, remetemos, com as devidas adaptações, para o que dissemos *supra* a respeito dos efeitos do recurso⁽⁶¹⁸⁾.

1.1.6. Regime Transitório

Com o intuito de promover a arbitragem na resolução de litígios entre os sujeitos passivos e a Administração Tributária, o RAT prevê a possibilidade de os contribuintes que tenham processos pendentes, cujas pretensões tenham por objecto actos tributários, nos Tribunais tributários – em primeira instância e há mais de dois anos – os submeter à apreciação dos Tribunais arbitrais, com dispensa de pagamento das custas judiciais. A utilização desta faculdade tem o prazo de um ano⁽⁶¹⁹⁾ a contar da data de entrada em vigor do Decreto-lei n.º 10/2011 de 20 de Janeiro e implicará a constituição do Tribunal arbitral nos termos do n.º 1 ou da alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º do RAT – árbitros designados pelo Conselho Deontológico do CAAD⁽⁶²⁰⁾.

A partir do momento em que o processo tributário arbitral se considere iniciado nos termos previstos por este regime, tal implicará uma alteração da causa de pedir ou extinção da instância, consoante os fundamentos apresentados no pedido de pronúncia arbitral, impondo-se ao impugnante promovê-la, no prazo de 60 dias, juntando uma cópia do pedido de pronúncia arbitral⁽⁶²¹⁾.

1.2. Dos diplomas avulsos que completam o RAT

Além do Decreto-lei 10/2011 de 20 de Janeiro que institui o regime da arbitragem em matéria tributária a análise do regime jurídico da arbitragem tributária só ficará completa com

⁽⁶¹⁶⁾ Vide, artigo 28.º, n.º 1 do RAT.

⁽⁶¹⁷⁾ Vide, artigo 27.º do RAT.

⁽⁶¹⁸⁾ Vide, artigo 28.º, n.º 2 do RAT.

⁽⁶¹⁹⁾ Sendo certo que só com a entrada em vigor da portaria de vinculação em 1 de Julho de 2011 é que se verificaram as condições de operatividade da arbitragem (veja-se *infra* no nosso ponto 2.2. desta parte), pelo que esta faculdade apenas poderá ser exercida em metade daquele prazo.

⁽⁶²⁰⁾ Vide, artigo 30.º, n.º 1 do RAT.

⁽⁶²¹⁾ Vide, artigo 30.º, n.º 2 do RAT.

uma breve referência à portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março, que determina a vinculação da Direcção-Geral do Impostos e a Direcção Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo à jurisdição dos Tribunais arbitrais e ao Regulamento de custas nos Processos de Arbitragem Tributária, aprovado pelo CAAD⁽⁶²²⁾.

1.2.1. Portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março

A submissão da Administração Tributária aos Tribunais arbitrais depende de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça. Até este momento, apenas a portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março⁽⁶²³⁾ veio determinar a vinculação da Direcção-Geral do Impostos e a Direcção Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo ao CAAD. Essa vinculação é limitada pelo seu objecto, pelo valor da pretensão e pelos critérios de determinação do árbitro presidente.

Ao nível do objecto, exclui da arbitragem as pretensões relativas à declaração de ilegalidade de actos 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.º a 133.º do CPPT⁽⁶²⁴⁾; as pretensões relativas a actos de determinação da matéria tributável, por métodos indirectos, incluindo a decisão do procedimento de revisão; as pretensões relativas a direitos aduaneiros sobre a importação e demais impostos indirectos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação; e as pretensões relativas 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⁽⁶²⁵⁾.

Ao nível do valor, a vinculação limita a apreciação do Tribunal arbitral aos litígios de valor não superior a 10.000 000,00€⁽⁶²⁶⁾.

⁽⁶²²⁾ Não olvidando a importância de outros diplomas, a que também fizemos referência na arbitragem institucional em matéria administrativa, tais como, (i) o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD); (ii) o protocolo entre o CADD e o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais; (iii) os Estatutos do CAAD; (iv) e o Código Deontológico do CAAD (A este respeito, veja-se a nossa parte II, ponto 2, sub-ponto 2.1.7.2.)

⁽⁶²³⁾ Entrou em vigor no dia 1 de Julho de 2011.

⁽⁶²⁴⁾ Esta exclusão parece dar guarida ao entendimento de que se mantém a necessidade do prévio esgotamento da via administrativa quando esta seja *necessária*. Não obstante, também poderá defender-se que nada impedirá que outras portarias não importem tal limitação, permitindo-se que naqueles casos a arbitragem seja também uma alternativa à via administrativa *necessária* (Sobre esta questão e os diferentes entendimentos possíveis veja-se a nossa parte III, § 1.º, ponto 1, sub-ponto 1.1.1.).

⁽⁶²⁵⁾ Vide, artigo 2.º da portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março.

⁽⁶²⁶⁾ Vide, artigo 3.º, n.º 1 da portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março.

Ao nível da designação do árbitro presidente, impõe-se requisitos ainda mais estreitos do que aqueles que são estabelecidos pelo Decreto-lei n.º 10/2001 de 20 de janeiro. Com efeito, nos litígios de valor igual ou superior a 500 000,00€ o árbitro presidente deverá ter exercido funções públicas de magistratura nos Tribunais tributários ou possuir o grau de mestre em Direito Fiscal; nos litígios de valor igual ou superior a 1 000 000,00€ o árbitro presidente deve ter exercido funções públicas de magistratura nos Tribunais tributários ou possuir o grau de doutor em Direito Fiscal. Em caso de impossibilidade de designar árbitros com as características referidas caberá ao presidente do Conselho Deontológico do CAAD a designação do árbitro presidente⁽⁶²⁷⁾.

1.2.2. Regulamento de custas aprovado pelo CAAD

Em conformidade com o n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, o CAAD aprovou o Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária (RCPAT)⁽⁶²⁸⁾. As custas do processo arbitral tomam a designação de taxa de arbitragem e compreendem a taxa de arbitragem inicial e os encargos do processo arbitral. A taxa de arbitragem inicial corresponde, como vimos, ao montante devido pelo impulso processual nos casos em que os árbitros são designados pelo CAAD, nos termos previstos no n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º do RAT. Por sua vez, os encargos do processo arbitral compreendem todas as despesas necessárias ao seu próprio desenvolvimento (honorários dos árbitros, despesas incorridas com a produção da prova e demais despesas incorridas a requerimento das partes ou ordenadas pelos árbitros)⁽⁶²⁹⁾.

O RCPAT determina que a taxa de arbitragem é calculada com base em dois critérios fundamentais: o valor da causa e o modo de designação dos árbitros⁽⁶³⁰⁾.

No que concerne ao valor da causa, quando a pretensão seja subsumível no artigo 2.º, n.º1, alínea a) do RAT este será, em regra, o valor da liquidação cuja anulação se requer ou o valor contestado. Já nos casos em que a pretensão do contribuinte seja subsumível nas alíneas b) ou c) do mesmo preceito, o valor da causa será o valor da liquidação a que o sujeito passivo pretende obstar⁽⁶³¹⁾. Determinado o valor da causa, a taxa de arbitragem devida será aquela que resultar das duas tabelas anexas ao regulamento.

⁽⁶²⁷⁾ Vide, artigo 3.º, n.º 2, alíneas a) e b) da portaria n.º 112-A/2011 de 22 de Março.

⁽⁶²⁸⁾ O RCPAT foi aprovado em 13 de Abril de 2011 e pode consultar-se no sítio do CAAD em www.caad.org.pt.

⁽⁶²⁹⁾ Vide, artigo 2.º do RCPAT.

⁽⁶³⁰⁾ Vide, artigo 3.º, n.º 1 do RCPAT.

⁽⁶³¹⁾ Vide, artigo 3.º n.º 2 e 3 do RCPAT e artigo 97-Aº do CPPT, aplicável *ex vi* artigo 3.º, n.º 2 do RCPAT.

No que respeita à determinação da taxa de arbitragem de acordo com o critério de designação dos árbitros, o RCPAT além de prever diferentes valores em função da entidade que designa o(s) árbitro(s), aprovando para esse efeito duas tabelas distintas, determina também regras específicas quanto aos encargos decorrentes das custas.

Assim, nos casos em que seja o CAAD a designar o(s) árbitro(s) será devida uma taxa de arbitragem inicial, que corresponde a 50% da taxa devida a final e que deve ser paga antes do pedido de constituição do Tribunal arbitral, através de transferência bancária para a conta do CAAD. O remanescente será devido a final, altura em que, como já referimos, o Tribunal arbitral decidirá quanto à eventual repartição das custas pelas partes. Nestes casos, o montante da taxa de arbitragem situa-se entre os 306,00€ (para as causas cujo valor seja inferior a 2000,00€) e os 4.896,00€ (para as causas de valor até 275 000,00€), sendo que para as causas de valor superior a 275 000,00€, serão devidos 306,00€ por cada fracção de 25 000,00€. Importa referir que nos casos em que da aplicação do RCPAT resulte uma taxa diferente da prevista no Regulamento das Custas Processuais, será esta última a devida⁽⁶³²⁾.

Nos casos em que o sujeito passivo opte por designar árbitro, além de suportar integralmente a taxa de arbitragem, esta deverá ser paga, na sua totalidade, através de transferência bancária para a conta do CAAD, antes do pedido de constituição do Tribunal arbitral. Nestas situações, a taxa de arbitragem está também dependente do valor da causa, sendo o limite mínimo de 12 000,00€ (nas causas com valor inferior a 60 000,00€) e o limite máximo de 120 000,00€ (nas causas com valor até 10 000 000,00€)⁽⁶³³⁾.

2. Arbitragem em Matéria Tributária no Direito Comparado: em especial a experiência dos E.U.A e da Venezuela

A arbitragem em matéria tributária, enquanto mecanismo de resolução de conflitos a nível interno, é uma tendência ainda muito embrionária⁽⁶³⁴⁾. Com efeito, da análise comparada facilmente se depreende que na maior parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros não existe uma disposição sobre arbitragem no domínio destas matérias⁽⁶³⁵⁾.

⁽⁶³²⁾ Vide, artigo 4.º do RCPAT.

⁽⁶³³⁾ Vide, artigo 5.º do RCPAT.

⁽⁶³⁴⁾ CARLOS LOUREIRO, a respeito da arbitragem a nível interno no Direito comparado, informa-nos que "a maior parte dos países não inclui na sua legislação interna (...) a arbitragem em sentido puro" (Vide, Loureiro, Carlos, "A Arbitragem... cit. pág. 87).

⁽⁶³⁵⁾ Com efeito, por exemplo, no ordenamento jurídico espanhol houve uma proposta de alcance limitado para a instituição de um regime de arbitragem em matéria tributária no *Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria* em 2001, mas que não teve posterior

Além do nosso ordenamento jurídico, é possível encontrar de *iure conditio* uma referência à arbitragem em matéria tributária nos E.U.A. e na Venezuela. Pela novidade da matéria no nosso ordenamento jurídico e pelo interesse inerente à análise comparada do Direito, vejamos brevemente a experiência de cada um destes ordenamentos jurídicos⁶³⁶.

O modelo norte-americano foi pioneiro na consagração de um modelo peculiar de arbitragem em matéria tributária. Deve referir-se que a arbitragem, neste ordenamento jurídico, assume-se, ainda assim, como um meio de resolução de conflitos de uso muito pontual⁶³⁷.

Uma forma de arbitragem em matéria tributária está prevista na *Rule 124* do *United States Tax Court – Voluntary Binding Arbitration*. Esta é, desde 1990⁶³⁸, uma regra “revolucionária”⁶³⁹ que possibilita ao *Internal revenue Service (IRS)* e ao contribuinte, submeter o litígio que os opõe à arbitragem⁶⁴⁰. Nos casos em que esta norma é aplicada a questão encontra-

acolhimento na *Ley General Tributaria*. Assim, a história da arbitragem interna em matéria tributária em Espanha é, segundo JESÚS LÓPEZ TELLO, “lo que pude ser y no fue” (Vide, Tello, Jesús López Tello, “Arbitragem Internacional” in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 107 a 117, em especial, cit. pág. 107). Sobre esta tentativa de implementação da arbitragem no Direito Tributário Espanhol, pode ainda ler-se Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* págs. 88 e 89.

Já no Brasil, encontra-se em discussão na Câmara dos deputados um projecto para implementação de um procedimento fiscal arbitral e que se prevê que seja apreciado no decorrer deste ano de 2011 (Vide, Loureiro, Carlos, “A Arbitragem...” pág. 88). O projecto de Lei Complementar n.º 04069/2009, que visa instituir algumas alterações ao Código Tributário Nacional Brasileiro, prevê o aditamento de um novo preceito – o artigo 171.º-A – que estatui a possibilidade de a lei sujeitar a arbitragem a solução dos conflitos em matéria tributária.

⁶³⁶ A escolha sobre a análise comparada destes ordenamentos jurídicos, em especial, em relação aos E.U.A, deve-se à importância que os *ADR* detêm naquele ordenamento e, no que respeita à Venezuela, devido ao estabelecimento, cada vez mais frequente, de relações entre aquele país e o nosso.

⁶³⁷ Assim nos informa CARLOS LOUREIRO, ao referir, a respeito da arbitragem em matéria tributária, que existem “apenas algumas questões muito pontuais em alguns países, sendo que claramente os Estados Unidos da América estão na liderança” (Vide, Loureiro, Carlos, “A Arbitragem...” cit. pág. 87) e KEVIN JESTIN ao sustentar, a respeito da experiência da arbitragem nos E.U.A, que “La procédure d’arbitrage fiscal reste cependant une procédure exceptionnelle, en effet, selon l’ *American Arbitration Association*, depuis l’ *affaire Apple* douze demandes d’arbitrage ont été formulées, l’IRS ayant accepté de recourir à l’arbitrage pour cinq d’entre elles et seulement une seule a finalement été arbitrée.” (Vide, Jestin, Kevin, “Vers un renforcement de l’arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal”, in *Jurisdoctoria*, n.º 2, 2009, texto disponível em www.jurisdoctoria.net, com último acesso em 08/07/2011)

⁶³⁸ De facto tem razão EVA AUDRÉS AUCEJO quando, citando ROSA VALDÉS, J.A, afirma a respeito dos meios de resolução de conflitos tributários nos E.U.A que “Desde finales de los años oitenta (...) se han ensayando y ampliando sistemas alternativos de resolución de conflictos” (Vide, Aucejo, Eva Andrés, *La Resolución...*, cit. pág. 25).

⁶³⁹ Assim a descreve RAMÓN FALCÓN Y TELLA (Vide, Tella, Ramón Falcón y, “El Arbitraje...”, cit. pág. 258).

Segundo o Autor, esta regulamentação teve fundamentalmente o intuito de desonerar os Tribunais tributários dos casos sobre preços de transferência, dada a sua complexidade e o tempo excessivo que normalmente leva a sua resolução judicial, tendo em conta os seus antecedentes nos *Advance Pricing Agreement* (Vide, Tella, Ramón Falcón y, “El Arbitraje...”, pág. 258).

Os *Advance Pricing Agreement* “são acordos entre a Administração e o particular quanto aos preços de transferência, celebrados inclusivamente em momento prévio à realização das operações em causa” (Vide, Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem...* cit. pág. 87, nota de rodapé n.º 275).

⁶⁴⁰ A faculdade do recurso a árbitros previsto nesta norma foi utilizada, pela primeira vez, num caso que opunha o *IRS* à *Apple Computer*. *The Apple Case* relacionava-se com os preços de transferência praticados, sobre um produto em particular – o *printed circuit board* –,

se já no *United States Tax Court*, sendo que o acordo de arbitragem é celebrado no decorrer do próprio processo judicial, antes do julgamento e deve cingir-se a questões de facto. Do referido acordo deve constar, entre outros, os seguintes elementos:

- a) A indicação da questão a ser resolvida;
- b) A identidade do árbitro ou o procedimento a seguir para a sua escolha;
- c) A forma de pagamento ao árbitro, os encargos e custos com o processo e respectiva forma de repartição entre as partes;
- d) A proibição de comunicar com o árbitro;
- e) Quaisquer outras matérias que as partes entendam dever acordar.

Deve referir-se que a submissão do litígio a arbitragem, não impede a possibilidade de recorrer a outras formas de resolução de conflitos voluntárias, como por exemplo, a mediação⁽⁶⁴¹⁾.

Uma segunda forma de dar início ao processo de arbitragem foi promovida pela conhecida Lei de Reestruturação e Reforma da Administração Tributária – *Internal Revenue Service Restructuring and Reform Act, de 1998*. O Parlamento Americano convidou o *Internal Revenue Service* a criar um programa piloto experimental, com vista a permitir o recurso à arbitragem nos litígios que oponham o *IRS* e o contribuinte, após um recurso infrutífero junto do *Appeal Office*⁽⁶⁴²⁾. Esse programa piloto experimental, com uma duração inicialmente prevista de dois anos, teve início em 18 de Janeiro de 2000⁽⁶⁴³⁾. Em 2003⁽⁶⁴⁴⁾ o período experimental do programa foi alargado, sendo que só em 2006 foi instituído com carácter permanente⁽⁶⁴⁵⁾.

A submissão do litígio a arbitragem depende da prévia apresentação pelo contribuinte de uma reclamação – *Appeals Process*. Somente após a audiência da reclamação – *Appeals Conference* – sem que as partes tenham chegado a um acordo é que o litígio poderá ser submetido à apreciação dos árbitros. À excepção de um pequeno número de litígios considerados inarbitráveis, podem ser cometidos à arbitragem quaisquer questões de facto –

durante três anos, com uma filial sua com sede em Singapura (o período de tributação, dos impostos em causa ocorrera nos anos de 1984, 1985 e 1986). O Tribunal arbitral, composto por um colectivo de três árbitros – “a retired judge, an economist and an industry expert” (Vide, Park, William W., “Control Mechanisms in International Tax Arbitration”, in *Resolution of Tax Treaty Conflicts by Arbitration*, Vol. 18e, Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer – Boston, 1994, págs. 35 a 50, em especial, cit, pág. 46, nota de rodapé n.º 42) – decidiu em favor da Administração Tributária.

Mais recentemente, em 2003, veja-se o caso Wallace and Donnetta Duncan, disponível em www.ustaxcourt.gov.

⁽⁶⁴¹⁾ Vide, rule 124, “Alternative Dispute Resolution”, do United States Tax Court Rules of Practices and Procedures.

⁽⁶⁴²⁾ Vide, § 7123 (b) (2), Title 26, do *Internal Revenue Code*, introduzido pelo § 3465, Part IV do Internal Revenue Service Restructuring and Reform Act of 1998.

⁽⁶⁴³⁾ Vide, *Internal Revenue Bulletin*, n.º 2000-3, 18 Janeiro 2000, págs. 317 a 224 e Announcement 2000-4.

⁽⁶⁴⁴⁾ Vide, announcement 2002-60.

⁽⁶⁴⁵⁾ Vide, *Internal Revenue Bulletin*, n.º 2006-44, 30 Outubro 2006, págs. 800 a 807.

factual issues. Não obstante, nos casos em que além de questões de facto existam outras questões a resolver, o conflito apenas poderá ser submetido ao julgamento do árbitro, se aquelas puderem conhecer-se isoladamente.

A possibilidade de constituir um Tribunal arbitral depende da celebração de uma convenção de arbitragem entre o contribuinte e o *Assistant Regional Director of Appeals*. Da convenção, entre outros elementos, deverá constar o árbitro competente para dirimir o litígio, podendo, este último, ser um funcionário da Administração Tributária ou de um organismo independente. A sentença arbitral deverá ser proferida no espaço de três meses a contar da data de celebração da convenção de arbitragem.

Na Venezuela, a possibilidade de colocar à apreciação do Tribunal arbitral um litígio que incida sobre matéria tributária está expressamente consagrada no *Código Orgânico Tributario (COT)* desde 2001⁽⁶⁴⁶⁾ ⁽⁶⁴⁷⁾. De acordo com este diploma os contribuintes e a Administração Tributária podem de mútuo acordo submeter um litígio a arbitragem desde que as matérias sejam susceptíveis de transacção⁽⁶⁴⁸⁾. A submissão do litígio a arbitragem depende de prévia interposição de recurso contencioso tributário junto dos Tribunais tributários e da respectiva admissibilidade. Em termos ligeiramente semelhantes à *Tax Court Rule 124*, o litígio apenas pode ser cometido à apreciação pelos árbitros quando já se encontra numa fase judicial.

Em termos gerais, a legislação tributária venezuelana unicamente admite a arbitragem *ad hoc – arbitraje independiente*; o Tribunal arbitral será constituído por um colectivo de três árbitros, todos advogados, sendo que dois deles serão escolhidos pelas partes e o terceiro, de mútuo acordo, por estes dois; o pagamento dos honorários dos árbitros e demais encargos com o processo ficam a cargo, na sua totalidade, do contribuinte quando a celebração do compromisso arbitral tenha partido da sua vontade e quando a celebração do compromisso arbitral partir da Administração Tributária, tais despesas podem ficar na sua totalidade a cargo da Administração, ou então, serem repartidas, em partes iguais, com contribuinte; a arbitragem é de direito e não segundo a equidade; os árbitros devem decidir no prazo de seis meses, sendo

⁽⁶⁴⁶⁾ Vide, artigos 312.º a 326.º do *COT*.

⁽⁶⁴⁷⁾ A este propósito refere RAFAEL BADELL MADRID que “en Venezuela la discusión acerca de la procedencia del arbitraje (...) está ampliamente superada, toda vez que el COT de 2001 prevé a título expreso en su artículo 312 la posibilidad de someter las controversias suscitadas entre la Administración Tributaria y los contribuyentes al arbitraje” (Vide, Madrid, Rafael Badell, “Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Venezolano. Especial Referencia al Arbitraje en los Contratos Administrativos”, in *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farias da Mata*, coord. Rafael Badell Madrid, Primera Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, págs. 103 a 187, em especial, cit. pág. 136).

⁽⁶⁴⁸⁾ As matérias susceptíveis de transacção nos termos definidos no artigo 305.º do *COT*.

este prazo prorrogável por mais seis meses, oficiosamente, ou a pedido do contribuinte ou do representante da Administração Tributária; a decisão dos árbitros poderá ser colocada em crise junto do *Tribunal Supremo de Justicia*, seja através do recurso de mérito, sempre que a decisão não tenha sido tomada por unanimidade, seja através do pedido de declaração de nulidade da decisão sempre que sejam inobservadas determinadas formalidades procedimentais ou a matéria não seja susceptível de arbitragem; a decisão deve ser acatada por ambas as partes, sendo que a sua execução, em caso de incumprimento, fica a cargo dos Tribunais Superiores do Contencioso Tributário

O projecto nacional apresenta-se como uma realidade bem mais ampla e arrojada do que os exemplos de Direito Comparado apresentados, capaz de constituir um verdadeiro marco na história da arbitragem em matéria tributária no Direito Comparado. Apresenta-se, ainda assim, em determinados aspectos mais próximo do modelo venezuelano do que do modelo norte-americano. Apenas a experiência dirá se, além de marco na história do Direito comparado, será também um modelo de sucesso, impulsionador da construção de um caminho semelhante, nos demais ordenamentos jurídicos.

§ 2.º À semelhança do modelo administrativo?

1. Arbitragem em matéria administrativa: exemplos de um modelo a seguir

1.1. O critério da disponibilidade do Direito

Na definição das matérias arbitráveis, em Direito Administrativo, admitimos que o legislador se guiou pelo critério da disponibilidade do direito⁽⁶⁴⁹⁾.

Em nosso entendimento com razão, RAUL VENTURA⁽⁶⁵⁰⁾ e SÉRVULO CORREIA⁽⁶⁵¹⁾ sustentam não haver qualquer motivo para que arbitragem ande ligada ao critério da disponibilidade do direito. Do ponto de vista teórico, desde que o Tribunal arbitral seja capaz de assegurar todas as garantias constitucionais, parece-nos, não existir nenhum motivo válido, para que arbitragem ande ligada a qualquer critério de natureza conceitual. No entanto, tal como assumimos ter-se verificado no Direito Administrativo, entendemos que também no Direito

⁽⁶⁴⁹⁾ A este respeito, veja-se a nossa parte II, § 2.º, ponto 2, sub-ponto 2.1.2.

⁽⁶⁵⁰⁾ Vide Ventura, Raul, "Convenção...", pág. 321.

⁽⁶⁵¹⁾ Vide, Correia, José Manuel Sérvulo, "Arbitragem... pág. 234, nota de rodapé n.º10.

Tributário o legislador dever-se-ia ter guiado pelo tradicional critério de arbitrabilidade. São vários os aspectos que nos levam a opinar neste sentido.

Em primeiro lugar, ainda que este critério não decorra da natureza jurídica da arbitragem, não deixa, por isso, de ser um “critério legítimo e fundamentado”⁽⁶⁵²⁾ que imporia limites razoáveis e legítimos à arbitragem em matéria tributária, num primeiro momento. Com efeito, este assenta a sua razão de ser no menor grau de confiança que a sociedade deposita nos Tribunais arbitrais. Se na arbitragem em matéria administrativa o legislador optou por manter a arbitragem ligada ao tradicional critério de arbitrabilidade, sendo que neste domínio é já conhecida alguma história da arbitragem, por maioria de razão, idêntico procedimento dever-se-ia ter seguido, *ab initio*, no Direito Tributário.

Com efeito, constituindo a arbitragem, neste ramo do saber jurídico, uma verdadeira novidade, ainda que os árbitros estejam sujeitos na sua actuação aos mesmos princípios constitucionais que os juizes de profissão, verifica-se, da parte da sociedade, ainda alguma desconfiança [legítima] em relação a um sistema privado de resolução de litígios que considera incapaz de oferecer garantias equivalentes às oferecidas pelo sistema de justiça tradicional.

Em nosso entendimento, teria sido mais ponderada a decisão, numa fase inicial, da consagração de um âmbito material mais restrito, possibilitando-se, à medida que o grau de confiança nas decisões arbitrais, por parte das pessoas, singulares ou colectivas, fosse progredindo, que correlativamente aquele âmbito material também se fosse alargando.

Em segundo lugar, a escolha deste critério de arbitrabilidade justificar-se-ia por via de manter um critério unitário de arbitrabilidade no nosso ordenamento jurídico, permitindo-se uma imprescindível coesão sistemática e valorativa de todo o nosso ordenamento jurídico^{(653) (654)}.

Deste modo ter-se-ia equacionado a arbitragem, nomeadamente, em questões relacionadas⁽⁶⁵⁵⁾ com contratos fiscais e questões relacionadas com a concessão de benefícios

⁶⁵² Vide, Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...*, cit. pág. 96.

⁶⁵³ A este respeito Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* pág. 73.

⁶⁵⁴ Embora, a aprovar-se a Proposta de Lei n.º 22/XII, como já referimos, o critério de arbitrabilidade irá mudar, sendo certo que assim se concretizando e na eventualidade de não se mudar o critério de arbitrabilidade em matéria administrativa, será a jurisdição administrativa que terá um critério de arbitrabilidade contrário ao restante ordenamento jurídico. Contudo, a primeira razão apontada, *ab initio*, em nosso entendimento, tem preferência em relação a esta segunda razão. De qualquer modo, até este momento, o critério de arbitrabilidade consagrado na nossa LAV é o da disponibilidade do direito e não da patrimonialidade.

⁶⁵⁵ Entre outros, uma vez mais veja-se Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* págs. 83 a 100; Oliveira, Ana Perestrelo, “Da arbitragem administrativa...”, págs. 131 a 147; Lobo, Carlos, “A arbitragem e a fixação da matéria colectável por métodos indirectos”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010 págs. 147 a 155; Nabais, José Casalta, “Reflexão... págs. 83 a 102.

fiscais, preços de transferência⁽⁶⁵⁶⁾, cláusulas gerais anti-abuso e na avaliação da matéria tributável por métodos indirectos⁽⁶⁵⁷⁾. Ainda que se admita unicamente o controlo da legalidade da actuação da Administração Tributária, a matéria sobre a qual incidiria tal juízo situar-se-ia sempre no conjunto de matérias em que aquela tem alguma discricionariedade, pelo que nos situáramos sempre no espaço de alguma disponibilidade. Como refere ANA PERESTRELO OLIVEIRA⁽⁶⁵⁸⁾ mesmo a acolher-se tal critério, a indisponibilidade do crédito tributário não constituiria um obstáculo à arbitragem, desde que se encontrasse no Direito Tributário algumas esferas de disponibilidade que permitissem a introdução do mecanismo nesse domínio.

1.2. O princípio geral da recorribilidade das decisões arbitrais

O Direito de *acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva* não se esgota na tutela dispensada através dos Tribunais comuns. Com efeito, defendemos uma interpretação

⁶⁵⁶ Refira-se, contudo, que a nível internacional a arbitragem em matéria tributária tem como único objecto os preços de transferência. Com efeito, foi precisamente a respeito dos preços de transferência que, pela primeira vez, no espaço comunitário se adoptou um regime de resolução de litígios recorrendo a arbitragem. Referimo-nos, em particular, à Convenção de Arbitragem (Convenção 90/436/CEE) adoptada pelo Conselho de Ministros das Comunidades Europeias, em Bruxelas a 23 de Julho do ano de 1990, com entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1995 e com o propósito de eliminar a dupla tributação, em casos de correcção de lucros entre empresas associadas. Este *procedimento arbitral* tem a sua génese numa Comissão consultiva que aprecia a situação emitindo uma recomendação, da qual os Estados se poderão afastar, se, no prazo de seis meses alcançarem uma decisão por comum acordo que elimine a dupla tributação. Caso não cheguem a acordo a recomendação da Comissão torna-se vinculativa. A Convenção de Arbitragem, com poucos artigos e sem regulamentação encontrou diversas resistências. Perante isto, a Comissão aprovou um Código de Conduta em 2006, o qual foi totalmente revisto por um segundo Código de Conduta em 2009, conferindo um maior grau de segurança e certeza na sua aplicação. (Para uma análise mais aprofundada da Convenção de Arbitragem, entre outros, veja-se Loureiro, Carlos, “Arbitragem Fiscal Internacional. Uma Realidade Crescente”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010 págs. 95 a 106; Câmara, Francisco de Sousa da, “A Convenção da Arbitragem: Inter-Ação Entre Meios de Reacção” in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 95 a 106; Tella, Ramón Falcón y, “El Arbitraje... págs. 257 e 258; em especial sobre as alterações introduzidas pelo segundo Código de Conduta, veja-se Damsma, Bernard, “Proposed Changes to the Code of Conduct for the Arbitration Convention”, in *International Transfer Pricing Journal*, Vol, 17, n.º 1, 2010, págs. 34 a 40).

A propósito da arbitragem internacional em matéria tributária referia-se ainda o artigo 25.º, n.º 5 da Convenção Modelo da OCDE (com a alteração de 2008) em que se prevê uma *espécie* de arbitragem, como forma de complemento ao Procedimento amigável previsto nesse artigo. No entanto, em nenhuma das convenções celebradas por Portugal actualmente, existe uma cláusula de arbitragem. Informa-nos CARLOS LOUREIRO que, não obstante, há em vinte e sete convenções que estão em negociação ou pendentes de ratificação e que consagram uma cláusula de arbitragem (Vide, Loureiro, Carlos, “Arbitragem... pág. 91; veja-se ainda, Palma, Clotilde Celorico, “A arbitragem internacional”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010 págs. 119 a 125).

⁶⁵⁷ Por exemplo, em Espanha, também JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA equaciona a arbitragem: “a) Cuando se aplique una presunción (...); b) Cuando se aplique un concepto jurídico indeterminado tal como el de valor de mercado (por ej. En los supuestos de precios de transferencia, c) En los supuestos de estimación indirecta (...)” (Vide, Lapatza, José Juan Ferreiro, “Arbitraje Sobre Relaciones Tributarias”, in *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, org. Gabriel Elorriaga Pisarik, Instituto de Estudios Fiscales, 1996, págs. 263 a 265, em especial, cit. pág. 265)

⁶⁵⁸ Oliveira, Ana Perestrelo, *Arbitragem...* págs. 73.

actualista do artigo 20.º da CRP, pelo que também sobre os Tribunais arbitrais impende o dever de concretizar o conteúdo material deste Direito Fundamental.

Atendendo ao que dissemos anteriormente, questionamos se colidirá a renúncia ao recurso, ou sequer a existência legal dessa possibilidade, com o *direito de acesso aos Tribunais*. A resposta dependerá da perspectiva de que se parta.

FILIPPE ROMÃO refere que se pode apontar à arbitragem “o risco de violação da tutela jurisdicional efectiva nos casos em que se estabeleça a irrecorribilidade das decisões arbitrais para os tribunais do Estado”⁽⁶⁵⁹⁾. No mesmo sentido, DIOGO LEITE DE CAMPOS refere, a respeito do Direito Fundamental *de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva* que “O principal obstáculo que aqui se levantará é a renúncia aos recursos de carácter judicial previstos na lei para as acções que decorrem perante os tribunais do Estado”⁽⁶⁶⁰⁾.

Se formos contra uma interpretação actualista do artigo 20.º da CRP, e, portanto, partirmos do pressuposto que os Tribunais arbitrais não são abarcados pelo preceito constitucional, limitando-se aos Tribunais do Estado, parece-nos, ainda assim, que, em princípio, a renúncia ao recurso ou a inexistência dessa possibilidade não colide com o *direito de acesso aos Tribunais*. Isto porque a decisão de submeter o litígio a arbitragem é voluntária, sabendo-se *ab initio* que essa escolha acarretará a impossibilidade de recorrer da decisão, caso a mesma lhe seja desfavorável.

Diferente situação já será quando a arbitragem não seja voluntária e não exista a possibilidade de recurso. Estamos a pensar, por exemplo, no seio da arbitragem em matéria administrativa, no modo como a arbitragem vem consagrada em alguns contratos públicos. Referimos anteriormente, nesta dissertação, que o contrato administrativo foi durante muitos anos o oásis da arbitragem voluntária no Direito Administrativo. O problema coloca-se aqui em relação à contratação pública em geral, contratos nos quais é “recorrente (às vezes abusivo)”⁽⁶⁶¹⁾, o uso de cláusulas compromissórias. Esta, em nosso entendimento, apenas *aparentemente* é uma forma voluntária de arbitragem. Refere PAULO OTERO que “a inclusão de cláusulas compromissórias nos contratos administrativos, sem prejuízo da sua aparente natureza bilateral, **expressa quase sempre o resultado de uma anterior opção unilateral da**

⁽⁶⁵⁹⁾ Vide, Romão, Filipe “A arbitragem...”, cit. pág. 52.

⁽⁶⁶⁰⁾ Vide, Campos, Diogo Leite de, *A Arbitragem...*, cit. pág. 47.

⁽⁶⁶¹⁾ Vide, Fonseca, Isabel Celeste, “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?” in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 35 a 47, em especial, cit. págs. 45 e 46.

Administração Pública⁶⁶²⁾ (negrito nosso). De facto, a intenção de submeter o litígio à arbitragem parte inicialmente da Administração Pública, podendo questionar-se se o requisito da voluntariedade está assegurado do lado entidade co-contratante. À primeira vista a resposta será afirmativa, pois, sempre se dirá que através da proposta contratual, o concorrente manifesta a sua vontade em contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo, aceitando a cláusula de arbitragem presente no caderno de encargos. No entanto, sempre se questionará se os concorrentes saberão efectivamente da existência de tal cláusula, ou ainda, das implicações que a mesma acarreta. Perante isto, diremos que nos casos em que a arbitragem se apresente com esta natureza, só *aparentemente voluntária*, e se estabeleça a irrecorribilidade da decisão arbitral, a renúncia ao recurso poderá, sim, colidir com o *Direito Fundamental de acesso ao direito e aos Tribunais*, em particular, com a sua configuração mais restrita, isto é, o *direito de acesso aos tribunais*.

Partindo-se, agora, da aceitação de uma interpretação actualista do artigo 20.º da CRP, entendimento que defendemos, questionamos se a inexistência da possibilidade do recurso da decisão arbitral, ou a sua excessiva limitação, não colidirá com o *Direito Fundamental de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva*⁶⁶³⁾. Parece-nos que sim, mas por motivos diferentes aos supra referidos e aos avançados por DIOGO LEITE DE CAMPOS e FILIPE ROMÃO.

Entre nós, formou-se jurisprudência firme no sentido de que não está consagrada uma *garantia constitucional do duplo grau de jurisdição*⁶⁶⁴⁾. Com efeito, a não consagração de um princípio geral de recorribilidade do mérito das decisões arbitrais poderá encontrar fundamento na jurisprudência do Tribunal Constitucional que entende que o *Direito de acesso ao direito e a*

⁶⁶²⁾ Vide, Otero, Paulo, *Legalidade...*, cit pág. 1056 e 1057.

⁶⁶³⁾ Questiona ISABEL CELESTE FONSECA, a respeito deste Direito Fundamental e da possível colisão das cláusulas contratuais que estipulam a renúncia ao recurso, no domínio da contratação pública, “O que pensar, em suma, deste problema? Pois bem, das duas, uma: Se o artigo 20.º da CRP, que consagra o direito de acesso ao Direito e aos Tribunais apenas abrange os tribunais do Estado, então, claramente confirmamos a suspeita da colisão das normas enunciadas nesta intervenção (que acolhem a arbitragem definitiva, especialmente aquelas que instituem a arbitragem como único mecanismo de resolução do litígio, pois obrigam as partes a renunciar ao recurso para o Tribunal Central Administrativo das decisões dos tribunais arbitrais), pois, afinal, impedem as partes de recorrer aos tribunais da justiça oficial aos quais todos devem poder recorrer em condições de igualdade (...). Se o artigo 20.º abrange todas as categorias de tribunais (tanto as previstas no n.º 1 do artigo 209.º, como as acolhidas no n.º 2 daquele preceito da CRP) então algo mais tem que se exigir à constituição e ao funcionamento dos tribunais arbitrais, por força dos subdireitos que o artigo 20.º integra” (Vide, Fonseca, Isabel Celeste, “A arbitragem... cit. pág. 46). É precisamente esta última solução que acolhemos quando defendemos uma interpretação actualista do artigo 20.º da CRP (A este respeito veja-se a nossa Parte II, § 1.º, ponto 2, sub-ponto 2.1.2.).

⁶⁶⁴⁾ A título de exemplo veja-se o Ac 489/95 do TC, de 27/09/1995, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, no qual se pode ler “este Tribunal dito e redito, apoiando-se na doutrina e na sua já vasta jurisprudência a propósito tirada, que o direito de acesso aos tribunais postulado pelo artigo 20.º, n.º 1, da Lei Fundamental não garante, necessariamente, em todos os casos e por si só, o direito a um duplo ou a um triplo grau de jurisdição”.

uma tutela jurisdicional efectiva não fundamenta um *direito subjectivo ao duplo grau de jurisdição*. À excepção do Direito Penal, não existe, segundo a jurisprudência constitucional, um preceito constitucional a consagrar o *duplo grau de jurisdição* em termos gerais. Assim se entendendo, será legítimo afirmar, tomando as palavras de PAULO NÚNCIO, que não “choca a que a decisão do Tribunal arbitral não seja susceptível de recurso”⁽⁶⁶⁵⁾, já que “a consagração plena e não subsidiária dos tribunais arbitrais na Constituição impedirá (...) juízos de inconstitucionalidade”⁽⁶⁶⁶⁾, sendo certo que a própria Constituição não consagra como garantia fundamental o *direito subjectivo ao duplo grau de jurisdição*.

Não obstante o apreço que merece a jurisprudência do Tribunal Constitucional, parece-nos “legítimo afirmar que o direito de acesso aos tribunais inclui, em princípio, a garantia fundamental de recorrer de uma decisão jurisdicional”⁽⁶⁶⁷⁾. Deste modo, poderá levantar-se a dúvida a respeito da constitucionalidade de normas que vedem o direito ao recurso da decisão arbitral. No entanto, mesmo a entender-se que o legislador dispõe, quanto ao recurso, de alguma *liberdade de conformação* “ele não pode regulá-lo de forma discriminatória”⁽⁶⁶⁸⁾. Assim, poderá questionar-se se não será discriminatório e *violador do princípio material da igualdade*, vedar o acesso ao duplo grau de decisão, ou impor-lhe limites demasiado excessivos. Tudo isto, aliás, poderá também levar a uma precária utilização dos Tribunais arbitrais.

Na arbitragem em matéria administrativa, o CPTA, remetendo para a LAV, prevê como regra a recorribilidade das decisões arbitrais⁽⁶⁶⁹⁾. Não obstante, verificamos que em muitas disposições especiais sobre arbitragem, nomeadamente, no domínio da contratação pública, o direito do recurso da decisão arbitral é vedado.

O direito de recurso da decisão arbitral deveria, em nosso entendimento, ter sido consagrado como uma regra geral também no RAT, sob pena de colisão com o Direito Fundamental *de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva* e, deste modo, o artigo 25.º do RAT padecer de inconstitucionalidade.

⁶⁶⁵ Nuncio, Paulo, “A arbitragem em Direito Tributário – Traços gerais” in *Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 63 a71, em especial cit. pág. 70.

⁶⁶⁶ Nuncio, Paulo, “A arbitragem... cit. pág. 71.

⁶⁶⁷ Vide, Fonseca, Isabel Celeste, “A arbitragem... cit. pág. 46

⁶⁶⁸ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I...* cit. pág. 418.

⁶⁶⁹ Não obstante, a ser aceite a proposta de lei n.º 22/XII, o artigo 186.º do CPTA será revogado (Vide, artigo 5.º, n.º 2 da Proposta) e, de acordo com a Proposta da nova LAV, o recurso deixará de ser a regra para se tornar uma excepção, admissível, apenas quando as partes o acordarem expressamente (Vide, artigo 39.º, n.º 4 da proposta de nova LAV). Pelo que este aspecto positivo do regime da arbitragem em matéria administrativa, apesar da existência das regras especiais no domínio da contratação pública, apresenta-se limitado no tempo, caso a proposta de lei se mantenha nesses termos e o legislador não faça nenhuma alteração ao regime da arbitragem em Direito administrativo.

Poderá, em todo o caso, admitir-se uma exclusão do recurso em função do valor da causa. Não duvidamos que esta solução também possa levantar algumas dúvidas sobre a garantia de concretização de uma tutela jurisdicional efectiva. No entanto, será um meio de se evitar o recurso como um meio puramente dilatatório e, além disso, é também este o critério utilizado nos Tribunais administrativos e fiscais mediante a existência de alçadas. O que não pode verificar-se é uma limitação discriminatória da possibilidade de recurso da decisão arbitral, de tal modo que possa criar desigualdade em face do sistema de justiça tradicional.

No entanto, poderá questionar-se se a consagração da regra da recorribilidade da decisão arbitral, não contende ainda com o fim da criação dos Tribunais arbitrais enquanto meio de consagração de *uma tutela jurisdicional efectiva* visando o direito à *decisão em prazo razoável*⁶⁷⁰⁾. A opção inicial pelo Tribunal arbitral reduzirá certamente o número de processos pendentes nos Tribunais administrativos e fiscais, contudo, um potencial uso indevido do recurso das decisões arbitrais, poderá colidir com aquele fim. A parte vencida, legitimamente, ou não, poderá lançar mão do recurso da decisão arbitral, sendo que a opção pelo Tribunal administrativo e fiscal competente, apenas será adiada no tempo sob a forma de recurso.

Por esta via, para evitar a crítica fácil e não isenta de sentido, propomos uma outra via de solução para o problema. As regras especiais que referimos existir no domínio da contratação pública poderão confirmar a preocupação em evitar que a arbitragem seja um meio de resolução de litígios meramente dilatatório, ou seja, que apenas protela no tempo o acesso aos meios de justiça do Estado e todos os problemas de morosidade que isso acarreta. Não obstante, não nos parece que estas regras especiais que vedam o *direito ao duplo grau de decisão*, tornando a decisão arbitral definitiva sejam a melhor solução, porque padecerão, segundo o nosso entendimento, de inconstitucionalidade.

É procurando um justo equilíbrio entre os vários fins que se pretendem da arbitragem e o *Direito Fundamental de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva* que propomos a possibilidade de constituição de um *Tribunal arbitral de segunda instância*⁶⁷¹⁾. Na arbitragem em matéria administrativa, embora a solução não venha sendo acolhida, parece-nos que a mesma é já possível.

⁶⁷⁰⁾ Neste sentido, Godoi, Marciano de Seabra, "A arbitragem em Direito Tributário – Traços gerais", in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 73 a 81, em especial, pág. 78.

⁶⁷¹⁾ A respeito da possibilidade de acordar o recurso para uma segunda instância arbitral, veja-se Barrocas, Manuel Pereira, "Manual de arbitragem", pág. 509; Pinheiro, Luís Lima, "Apostamento sobre a impugnação da decisão arbitral", in *ROA*, Vol. III, Ano 67, Dezembro de 2007, texto disponível em www.oa.pt, com último acesso em 15/08/2011; Silva, Paula Costa e, "Os meios de impugnação..." págs. 203 e 204.

Com efeito é o próprio n.º 2 do artigo 186.º do CPTA que prevê as “decisões proferidas por tribunal arbitral **também** podem ser objecto de recurso para o Tribunal Central Administrativo” (negrito nosso). O preceito poderá interpretar-se no sentido de admitir outras formas de recurso que não apenas o recurso para o Tribunal Central Administrativo. Ademais remete, inclusivamente, para os termos da LAV, nada impedindo, tal como se assente na arbitragem de Direito privado⁽⁶⁷²⁾, que as partes tenham a liberdade de acordar a constituição de um Tribunal arbitral de recurso, podendo “fazê-lo tanto na convenção de arbitragem, como em escrito posterior, mesmo após proferida a sentença arbitral”⁽⁶⁷³⁾.

Nestas situações colocar-se-á o problema da adesão dos fundamentos da anulação ao recurso para o *Tribunal arbitral de segunda instância*. PAULA COSTA E SILVA⁽⁶⁷⁴⁾, face a esta hipótese, apresenta-nos três alternativas. A primeira será considerar que não há adesão da anulação ao recurso, correndo a acção de anulação junto do Tribunal estadual competente. A segunda alternativa será defender que o recurso não pode ser apresentado junto de um Tribunal arbitral de recurso, sempre que a parte pretenda invocar anulabilidades. Já uma terceira alternativa será afirmar a adesão da anulação ao recurso, correndo este perante a *segunda instância arbitral*. Segundo a Autora, posição que corroboramos, a terceira hipótese será a mais viável⁽⁶⁷⁵⁾. Com efeito, como bem refere⁽⁶⁷⁶⁾, esta solução não choca com os princípios que a LAV acolheu. Do mesmo modo, parece-nos que não choca com os princípios acolhidos pelo CPTA, já que em matéria de arbitragem, neste caso em particular nas regras do recurso, remete também

⁽⁶⁷²⁾ Por exemplo, a antiga *Ley General de Arbitraje n.º 26572*, no Peru, entretanto revogada pelo *Decreto Legislativo n.º 1071*, publicada no *Diario Oficial El Peruano* em 28 de Junho de 2008, que aprova a uma *nova Ley de Arbitraje*, previa no artigo 60º a possibilidade de recurso junto de uma segunda instância arbitral e estabelecia nos artigo 62.º um conjunto de regras supletivas a observar neste processo de recurso.

⁽⁶⁷³⁾ Vide, Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* cit. pág. 509.

⁽⁶⁷⁴⁾ Vide, Silva Paula Costa e, “Os meios...”, pág. 203.

⁽⁶⁷⁵⁾ A Autora afasta as outras alternativas afirmando, em relação à primeira, que esta deve ser liminarmente excluída, uma vez que “o legislador optou claramente pela unificação de toda a reacção contra a decisão arbitral num único meio, afirmando que, sendo interposto um recurso, só no âmbito desse recurso se podem apreciar as anulabilidades da sentença arbitral” e, em relação à segunda hipótese, que “a existência de instâncias arbitrais de recurso significa uma impossibilidade de recorrer junto dos tribunais judiciais” e “porque não há razão justificativa que determine um afastamento da vontade das partes no que concerne à concessão de competência a instâncias arbitrais superiores” (Vide, Silva, Paula Costa e, “Os meios de impugnação...”, cit. pág. 203).

Neste sentido, também Barrocas, Manuel Pereira, *Manual...* pág. 509.

Já com uma posição diferente poderá ler-se LUÍS LIMA PINHEIRO. Segundo o Autor em “caso de recurso para uma instância arbitral, é admissível a propositura de uma acção autónoma de anulação no tribunal judicial. Isto decorre do carácter irrenunciável do direito de requerer a anulação da decisão arbitral perante um tribunal judicial (art. 28.º/1 LAV), que se relaciona com a função de controlo da arbitragem aqui exercida pelos órgãos estaduais” (Vide, Pinheiro, Luís Lima, “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, in *ROA*, Vol. III, Ano 67, Dezembro de 2007, texto disponível em www.oa.pt, com último acesso em 15/08/2011, cit. ponto n.º II).

⁽⁶⁷⁶⁾ Vide, Silva, Paula Costa e, “Os meios...”, pág. 204.

para a lei geral de arbitragem. O argumento de que o direito de requerer a anulação é um direito indisponível não poderá colocar em causa tal afirmação. Desde logo, porque não é vontade das partes que determina a apreciação pelo Tribunal arbitral, mas sim a própria lei de arbitragem. Repare-se, ainda, que na arbitragem em matéria administrativa também não é linear que o critério de arbitrabilidade seja a disponibilidade do direito. Por outro lado, mesmo que o fosse, como ainda acrescenta PAULA COSTA e SILVA⁽⁶⁷⁷⁾, acresce que o direito de requerer a anulação é um direito de natureza adjectiva e a doutrina não as tem englobado no conceito de indisponibilidade, para efeitos de arbitrabilidade do litígio.

Deste modo, esta parece-nos uma solução a ser aplicada na arbitragem em Direito Tributário. O legislador deveria autorizar a criação de uma segunda instância arbitral, que permitisse, por regra o recurso da decisão arbitral. Nesta hipótese e para evitar um uso meramente dilatatório da faculdade de recurso, nada impediria a existência de alçadas, tal como acontece nos Tribunais tributários comuns.

1.3. A novidade da *arbitragem institucionalizada*

O CPTA, além da arbitragem na modalidade *ad hoc*, veio possibilitar a criação de centros de arbitragem em matéria administrativa. Esta opção do legislador no modelo administrativo parece-nos que veio criar as condições necessárias ao verdadeiro fomento de uma cultura de arbitragem no domínio das relações do Direito Público.

Em nosso entendimento, esta é a modalidade de arbitragem que melhor se adequa às especificidades e ao “âmbito, particularmente sensível e facilmente escorregadio”⁽⁶⁷⁸⁾ das relações *jus-administrativas* e *jus-tributárias*, pois confere a impreterível transparência da arbitragem no âmbito das questões públicas⁽⁶⁷⁹⁾. Com efeito, esta modalidade de arbitragem, funcionando em centros de arbitragem, em relação à arbitragem *ad hoc*, importa, nomeadamente, as seguintes vantagens⁽⁶⁸⁰⁾:

⁽⁶⁷⁷⁾ Vide, Silva, Paula Costa e, “Os meios...”, pág. 204.

⁽⁶⁷⁸⁾ Vide, Serra, Manuel Fernando dos Santos Serra, “A Arbitragem... cit. pág. 27.

⁽⁶⁷⁹⁾ Também a respeito desta modalidade de arbitragem, no ordenamento jurídico espanhol, escreve JUAN ROSA MORENO que “La apuesta por un arbitraje administrativo institucionalizado se debe a las ventajas que sobre el arbitraje *ad hoc* ya han sido señaladas por la doctrina, así como por unas particulares ventajas que en el campo del Derecho Administrativo se adicionan a las primeras” (Vide, Moreno, Juan Rosa, *El Arbitraje...* cit. pág. 107 e, mais recentemente, do mesmo Autor, veja-se “El arbitraje en el Derecho Administrativo Español” in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 151 a 192, em especial, págs. 184 e 185)

⁽⁶⁸⁰⁾ Algumas das vantagens que iremos referir são apontadas por Serra, Manuel Fernando dos Santos, “A Arbitragem...pág. 27 a 29; Moreno, Juan Rosa, *El Arbitraje...*págs. 111 a 113.

- (i) Especialização na prestação dos serviços de arbitragem⁽⁶⁸¹⁾;
- (ii) Colocar à disposição uma lista previamente conhecida de árbitros;
- (iii) O processo arbitral ser previamente estabelecido, possibilitando o prévio conhecimento de todo o processo, por um Regulamento de Arbitragem, emanado pela entidade que presta os serviços de arbitragem, tomando objectivamente em consideração o imprescindível equilíbrio entre a eficácia e o fim visado com este tipo de processos e a natureza específica e melindrosa dos litígios *jus-administrativos e jus-tributários*⁽⁶⁸²⁾, ficando, deste modo, “evitada a tentação, que é real, de manipulação do processo arbitral a benefício de uma das partes”⁽⁶⁸³⁾ e que “em muitos casos, põe em causa o princípio da igualdade de armas, inerente ao princípio do processo equitativo”⁽⁶⁸⁴⁾; a existência do regulamento de arbitragem é, ainda, particularmente vantajosa caso se venha a admitir a possibilidade de constituição de uma segunda instância arbitral;
- (iv) Os regulamentos de arbitragem emanados pelos centros são “actos com vocação universal, de duração indefinida e que hão-de aplicar a um número indeterminado de processos e de «partes»”⁽⁶⁸⁵⁾, pelo que são verdadeiros regulamentos públicos equiparados a regulamentos administrativos⁽⁶⁸⁶⁾ emanados por entidades privadas

⁽⁶⁸¹⁾ A este respeito escreve JUAN ROSA MORENO, citando CORDÓN MORENO que “la institución arbitral es una entidad especializada en la prestación de servicios arbitrales, ello hace que las partes no tengan necesidad de conocer el procedimiento arbitral, pero, incluso, ni siquiera los árbitros tienen que tener un profundo conocimiento de esta fórmula heterocompositiva en su aspecto procedimental, en la que la dosis necesaria de encorsetamiento formal se halle adecuadamente prevista, por los problemas «que pueden presentarse en el desarrollo de la función arbitral se resuelven casi automáticamente, al existir un cauce previamente establecido» y, lo que es más importante, previamente conocido” (Vide, Moreno, Juan Rosa, *El Arbitraje...* cit. pág. 112).

⁽⁶⁸²⁾ A este respeito escreve JUAN ROSA MORENO que “el conocimiento e, incluso, la difusión del regulamento procedimental de la institución arbitral se presenta como una ventaja indiscutible respecto al arbitraje *ad hoc*, aspecto éste que, concretamente en cuanto al arbitraje administrativo, constituye más que una ventaja una condición indispensable para que esta fórmula compositiva pueda operar, en la medida en la que conecta (...) con un terreno sumamente resbaladizo, como es el control de la actividad administrativa, y, por tanto, las cautelas han de ser notables” (Vide, Moreno, Juan Rosa, *El Arbitraje...* cit. pág. 112).

⁽⁶⁸³⁾ Vide, Serra, Manuel dos Santos, “A Arbitragem...” cit. pág. 27.

⁽⁶⁸⁴⁾ Vide, Serra, Manuel dos Santos, “A Arbitragem...” cit. pág. 27.

⁽⁶⁸⁵⁾ Vide, Amorim João Pacheco de; Soares, Bárbara M., “Algumas...” cit. pág. 57. Com efeito, os Autores referem “que a qualificação correcta dos seus regulamentos de arbitragem é a de eles serem autênticos regulamentos públicos equiparados a regulamentos administrativos. Estaremos por conseguinte perante verdadeiras normas jurídicas (...) e se é controvertida a qualificação de regras processuais produzidas ad hoc (...) para valerem apenas num determinado processo e durante um determinado prazo, como verdadeiras normas jurídicas (...) o mesmo já não acontece com os regulamentos arbitrais emanados pelos Centros de Arbitragem (...) (Vide, Amorim João Pacheco de; Soares, Bárbara M., “Algumas ... cit. pág. 57).

⁽⁶⁸⁶⁾ Neste sentido JOÃO PACHECO DE AMORIM e BÁRBARA M. SOARES referindo que “Atendendo às características dos regulamentos de arbitragem dos centros institucionalizados, estes devem ser qualificados como regulamentos (equiparados a regulamentos administrativos) complementares ou de execução, espontâneos, que incidem sobre os métodos de funcionamento (ou métodos procedimentais)

com poderes públicos de autoridade e sendo “eles necessariamente *secundum legem*”⁽⁶⁸⁷⁾, serão necessariamente ilegais caso colidam com normas hierarquicamente superiores⁽⁶⁸⁸⁾;

- (v) Colocam à disposição das partes serviços administrativos, ou densificando, serviços de apoio material e pessoal, pelo que exercem uma “função de assessoria administrativa aos Tribunais arbitrais que neles se constituem, detendo competências em tudo idênticas às das secretarias dos tribunais estaduais”⁽⁶⁸⁹⁾, podendo, assim, aferir-se a natureza pública das suas funções, configurando, em certa medida e uma vez mais, o exercício de poderes públicos por entidades privadas⁽⁶⁹⁰⁾;
- (vi) As próprias instituições arbitrais exercem uma actividade de controlo de modo a garantir uma instituição credível para os seus utentes e para o público em geral⁽⁶⁹¹⁾;
- (vii) A fixação de direitos, deveres e das responsabilidades do próprio centro de arbitragem, das partes e dos árbitros, a que poderá acrescer a constituição de órgãos independentes responsáveis pelo controlo da sua garantia⁽⁶⁹²⁾;
- (viii) Cabe ao Estado a autorização de toda a arbitragem de cariz institucionalizado, bem como, a promoção e, possível, apoio financeiro⁽⁶⁹³⁾ de alguns centros de arbitragem

desses mesmos centros e dos tribunais arbitrais que neles se constituem, e que apresentam uma natureza permanente e institucional, visto que se aplicam aos tribunais arbitrais que funcionam sobre a sua égide” (Vide, Amorim, João Pacheco de, Soares, Bárbara M., “Algumas... cit. pág. 58).

⁽⁶⁸⁷⁾ Vide, Amorim, João Pacheco de, Soares, Bárbara M., “Algumas...”, cit. pág. 58.

⁽⁶⁸⁸⁾ GOMES CANOTILHO fala a este respeito no princípio da hierarquia, de acordo com o qual “os actos normativos (leis, decretos-leis, tratados, decretos legislativos regionais, regulamentos) não têm todos a mesma hierarquia”, sendo que “A norma de hierarquia superior reúne, em via de princípio, duas modalidades de preferência: (1) **preferência de validade**, tornando nulas as normas anteriores contrárias (...) e servindo de limite jurídico às normas posteriores também em contradição com elas; (2) **preferência de aplicação**, porque mesmo não aniquilando a validade da norma contrária, ela deverá ser aplicada no caso concreto com a consequente desaplicação da norma inferior” (Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, cit. pág. 701).

⁽⁶⁸⁹⁾ Vide, Amorim João Pacheco de; Soares, Bárbara M., “Algumas...”, págs. 48 a 59, cit. pág. 57

⁽⁶⁹⁰⁾ A este respeito, veja-se Gonçalves, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, reimpressão da Edição de 2005, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 561 e ss.

⁽⁶⁹¹⁾ A este respeito refere ROCA MARTINEZ, citado por JUAN ROSA MORENO, “el árbitro se sabe seguro al dictar su sentencia (laudo) porque confía en que la misma pasará por el lógico control institucional del órgano arbitral que, al dictarse la sentencia en su marco y con su respaldo, tiene un interés indiscutible en que el resultado final no venga en descrédito de su labor administradora” (Vide, Moreno Juan, Rosa, *El Arbitraje...* cit. pág. 113).

⁽⁶⁹²⁾ A este respeito também escreve JUAN ROSA MORENO que “la existencia de instancias permanentes que administren el arbitraje y que cuenten con un marco normativo que regule, no solo el procedimiento, sino las potestades a ejercitar así como el régimen de responsabilidades, forma parte de las exigencias del principio de legalidad” (Vide, Moreno, Juan Rosa, *El Arbitraje...* cit. págs. 112 e 113).

⁽⁶⁹³⁾ A este respeito merece referência o Decreto-lei n.º 60/2011 de 6 de Maio que cria uma “Rede Nacional de Centros de Arbitragem Institucionalizada” (RNCAI), agregadora de todos os centros de arbitragem que beneficiam de financiamento público. A criação da RNCAI tem

em parceria com as entidades privadas, assegurando, deste modo, que os custos que a mesma comporta para os seus utilizadores tornem este meio uma oferta realmente válida e alternativa à jurisdição comum;

- (ix) A existência de uma tabela de encargos fixando os valores os encargos com o processo, além da maior segurança jurídica que confere aos seus utilizadores conhecendo *à priori* os eventuais custos que terão de suportar, dá igualmente a esta modalidade de arbitragem uma maior transparência do ponto de vista da despesa pública.

É certo que não ignoramos que a arbitragem *institucionalizada* poderá comportar alguns aspectos negativos, um dos quais, contende com o possível encarecimento da arbitragem. Este aspecto, tomando as palavras de JUAN ROSA MORENO, inclusivamente, “puede hacer desaparecer su eficácia”⁽⁶⁹⁴⁾.

Com efeito, nessa sua eventualidade, não será benéfico, quer do ponto de vista do erário público, caso comporte gastos superiores para a parte pública do que aqueles que seriam devidos se tivesse optado pelos Tribunais comuns ou por outra modalidade de arbitragem, quer do ponto de vista das partes envolvidas no litígio, já que o custo, principalmente do lado do privado, será certamente um factor de peso no momento da escolha. Não obstante, quando analisámos a experiência do CAAD⁽⁶⁹⁵⁾, verificamos que um dos seus princípios norteadores era o da consagração de um processo com custos tendencialmente mais baixos do que o recurso aos Tribunais do Estado. Deste modo, a concretizar-se na prática tal princípio e na esperança de que os próximos centros de arbitragem em matérias de Direito Público venham a acolher idêntico princípio, esta desvantagem estará, pelo menos do ponto de vista teórico, ultrapassada.

Não somos alheios à importância que a modalidade *ad hoc* constituiu para o nascimento e fomento da cultura da arbitragem no domínio da matéria administrativa e, deste modo, ainda que indirectamente, contribuiu para a realidade da arbitragem em matéria tributária, levando ao

como objectivos principais: assegurar o funcionamento integrado dos centros de arbitragem institucionalizada enquanto mecanismos de resolução alternativa de litígios, agregar os centros de arbitragem institucionalizada na mesma lógica de funcionamento e promover a utilização de sistemas comuns, a adopção de uma mesma imagem e a implementação de procedimentos uniformes. A RNCAI integra todos os centros de arbitragem institucionalizada que sejam financiados pelo Estado em mais de 50 % do seu orçamento anual ou em montante inferior mas com carácter regular, nos termos a definir através de protocolo a celebrar para o efeito. O Diploma fixa ainda os elementos ponderadores, que permitem avaliar o desempenho de cada centro de arbitragem e medir a sua contribuição para a prossecução do interesse público. É o Ministério da Justiça, através do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL) que monitoriza e fiscaliza a actividade, o desempenho e o financiamento dos centros de arbitragem institucionalizada integrados na RNCAI.

⁽⁶⁹⁴⁾ Vide, Moreno Juan Rosa, *El Arbitraje...* cit. pág. 113.

⁽⁶⁹⁵⁾ Veja-se a nossa Parte II, § 2.º, ponto 2., sub-ponto 2.1.7.2.

desenvolvimento de consciências favoráveis à introdução da arbitragem na esfera deste ramo do Direito Público.

Contudo, julgamos que a maior transparência que a arbitragem institucionalizada confere, será certamente favorável para um reforço da *justiça arbitral* no domínio, quer das relações *jus-administrativas*, quer *jus-tributárias*. Deste modo propõe-se, no âmbito da arbitragem em matéria administrativa, um alargamento do âmbito material das matérias que podem ser objecto de arbitragem institucionalizada e, ainda, a sua eleição como via preferencial no domínio da contratação pública. No âmbito do Direito Tributário, é de felicitar o legislador pelo acolhimento desta modalidade única de arbitragem⁽⁶⁹⁶⁾. Só o futuro e o modo como será acolhida a arbitragem em Direito Tributário nos dirá se podemos pensar, iure condendo, na admissibilidade da arbitragem *ad hoc*. A breve trecho, parece-nos, contudo, que essa modalidade deva afastar-se do Direito Tributário.

1.4. O CAAD e a possibilidade de criação de outros centros de arbitragem

O CPTA veio autorizar a criação de *centros de arbitragem permanentes* para a composição de litígios no âmbito de matérias administrativas. Embora, até ao momento apenas tenha sido criado um único Centro de Arbitragem, nada impede a criação de novos centros.

Não obstante, no Direito Tributário, a solução adoptada pelo legislador foi diferente. Com efeito, em detrimento do modelo administrativo que, neste aspecto, nos parece consagrar uma boa solução, o legislador optou por conferir ao CAAD o monopólio da arbitragem em matéria tributária. Parece-nos que teria sido uma melhor solução, do ponto de vista, quer do interesse público, quer dos contribuintes, que outros centros de arbitragem em matéria tributária pudessem ser criados. Do ponto de vista concorrencial, tal poderia permitir um maior controlo dos custos e encargos da arbitragem.

Por outro lado, o funcionamento da arbitragem tributária sob a égide exclusiva do CAAD veio dar azo ao fomento de uma ideia tradicional e, do nosso ponto de vista errada, de que o Direito Tributário é um *sub-ramo*⁽⁶⁹⁷⁾ do Direito Administrativo. Com efeito, o Direito Tributário

⁽⁶⁹⁶⁾ Partidária do modelo de arbitragem institucional em Direito Tributário, no ordenamento jurídico espanhol, veja-se também Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje...* págs.152 a 157.

⁽⁶⁹⁷⁾ Neste sentido, entre outros escritos do Autor, veja-se Nabais, Casalta, *Contratos...* pág. 10, em especial nota de rodapé n.º 1. Aliás o Autor equacionou a possibilidade da arbitragem tributária, na sequência do regime consagrado no CPTA para o Direito Administrativo, se o mesmo, ao invés de ter sido instituído por via do CPTA, o tivesse sido por via do ETAF, concluindo pela insuficiência do regime administrativo (Vide, Nabais, “Reflexão... págs. 92 e 93).

assume-se hoje como um verdadeiro ramo do Direito Público, ao lado do Direito Administrativo⁽⁶⁹⁸⁾.

Deste modo, é defensável, além da possibilidade de criação de outros centros de arbitragem, que tais centros tratassem exclusivamente de matérias em Direito Tributário e não em Direito Administrativo.

2. Arbitragem em matéria administrativa: exemplos de um modelo a não seguir

2.1. A inexistência de apoio judiciário: colisão com a *dimensão prestacional* do Direito Fundamental de *acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva* (?)

Acolhendo uma interpretação actualista do artigo 20.º da CRP, e revestindo o Direito Fundamental de *acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efectiva*, uma *dimensão garantística – a defesa do direito através dos tribunais* – e uma *dimensão prestacional* – o dever do Estado assegurar meios (como o apoio judiciário) tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos⁽⁶⁹⁹⁾, parece-nos que algo mais poderá ter de se exigir à arbitragem em matéria administrativa e em matéria tributária⁽⁷⁰⁰⁾.

Com efeito, importa assegurar que a arbitragem concretize “as diversas dimensões daquele preceito e, portanto, deve ser realizadora “do direito à tutela jurisdicional efectiva dos

⁽⁶⁹⁸⁾ A autonomia do Direito Tributário em relação ao Direito Administrativo será perceptível se fizermos uma abordagem daquele a partir da ideia de relação jurídica, colocando-se o contribuinte numa situação de tendencial paridade com a Administração. Nesta aproximação ao Direito Tributário, recorta-se a relação jurídica tributária com uma estrutura e fisionomia idêntica à relação obrigacional do Direito Privado, sendo que esta orientação tem ganho relevo a partir do momento em que se constata a desconsideração da vontade administrativa, verificando-se que muitos dos actos em matéria tributária já não são praticados pelos órgãos da administração mas pelos próprios contribuintes ou por terceiros, introduzindo-se, neste sentido, uma ideia de *privatização da relação jurídica tributária*, sem prejuízo de um marcado regime publicista motivado pelas prerrogativas do *ius imperii* reconhecidas à Administração.

Assim, atendendo a esta tendência para a privatização da relação jurídica tributária poderá facilmente concluir-se, como faz JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, que a ideia de que o Direito Tributário é uma parte do Direito Administrativo vai-se esvaindo, pois, não obstante a prática de actos administrativos constituir uma parte significativa da actividade da Administração Tributária, a verdade é que uma parte, cada vez mais significativa, resulta da prática de actos por entidades não administrativas e privadas, constituindo uma característica marcante dos sistemas tributários da actualidade. Para além disso, também os fins da tributação, nomeadamente a promoção da justiça social, a igualdade de oportunidades e a correcção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, permitem-nos aferir da autonomia científica do Direito Tributário face ao Direito Administrativo (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições*, págs. 15 e 16, em especial, pág 16; do mesmo Autor, veja-se ainda, *Apontamentos...* págs. 3 a 6).

Também no sentido da autonomia do Direito Tributário face ao Direito Administrativo pode ler-se Gomes, Nuno de Sá, *Manual de Direito Fiscal – Vol. I*, 12.ª Edição, Rei dos Livros, 2003.

⁽⁶⁹⁹⁾ A este respeito veja-se o Ac do TC n.º 467/91 de 17/12/1991, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

⁽⁷⁰⁰⁾ Assim, Fonseca, Isabel Celeste, “A Arbitragem...”, pág. 46.

direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares⁽⁷⁰¹⁾. É precisamente o que falta na arbitragem em matéria administrativa e que pode colidir com este Direito Fundamental que deveria evitar-se no modelo de arbitragem em Direito Tributário.

O reconhecimento do Direito Fundamental de *acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efectiva* será meramente teórico se não se garantir a sua *dimensão prestacional*, ou seja, o dever de o Estado assegurar meios, como o apoio judiciário, tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos. Chegamos, assim, ao núcleo do nosso problema: a não concessão de apoio judiciário para o pagamento das custas e encargos com o processo de arbitragem, levando-nos à seguinte questão: comportará esta restrição uma violação da *dimensão prestacional* deste Direito Fundamental? À nossa resposta deve preceder uma breve consideração.

Com efeito, é necessário ter em conta, como referem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, que “A nossa Constituição não determina a *gratuidade* dos serviços de justiça”⁽⁷⁰²⁾, sendo que o próprio Tribunal Constitucional tem vindo a reiterar “a liberdade conformadora do legislador infraconstitucional no sentido de este consagrar um sistema de garantias processuais mais caro ou mais barato”⁽⁷⁰³⁾, não existindo, assim, “um princípio constitucional de gratuidade no acesso à justiça”⁽⁷⁰⁴⁾ ⁽⁷⁰⁵⁾. Deste modo, poderá concluir-se que a criação de Tribunais que ofereçam uma justiça mais cara, como poderão ser, eventualmente, os Tribunais arbitrais não contende com a Constituição, uma vez que à face da Lei Fundamental os serviços de justiça não têm necessariamente de ser gratuitos. No entanto, uma arbitragem com custos demasiado elevados poderá condicionar à efectividade prática do mecanismo⁽⁷⁰⁶⁾.

⁽⁷⁰¹⁾ Vide, Fonseca, Isabel Celeste, “A Arbitragem... cit. pág. 46.

⁽⁷⁰²⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I...* cit. pág. 411.

⁽⁷⁰³⁾ Vide, Fonseca, Isabel Celeste, “A Arbitragem... cit. pág. 46.

⁽⁷⁰⁴⁾ Vide, Ac do TC n.º 352/91 de 04/07/1991; a este respeito veja-se ainda o Ac do TC n.º 339/90 de 17/12/1990, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁽⁷⁰⁵⁾ É, porém, visível uma tendência flexibilizadora deste princípio no artigo 22.º do Regulamento das Custas Processuais (RCP) que prevê, em alguns casos previstos na lei, a conversão da taxa de justiça paga em encargos. Como refere SALVADOR DA COSTA “Esta solução de política legislativas acaba por ter o mesmo efeito que é inerente à renúncia do Estado à cobrança da taxa de justiça, e que em alguns casos tem o mesmo efeito da isenção, como que pronunciando a aproximação do nosso sistema de custas ao de alguns países cujas constituições inserem o princípio da justiça gratuita” (Vide, Costa, Salvador da, *Regulamento das Custas Processuais Anotado e Comentado*, 3.ª Edição, Almedina, 2011, cit. págs. 318 e 319).

⁽⁷⁰⁶⁾ Essa preocupação é de resto visível no relatório subjacente à Proposta do Orçamento de Estado para 2011, no qual é possível ler a seguinte passagem: “De forma a dinamizar a resolução alternativa de litígios, será assegurada a divulgação da mediação e da arbitragem, como meios de resolução de conflitos mais rápidos, **baratos** e simples...” (negrito nosso) (Veja-se o Relatório do Orçamento de Estado para 2011, disponível em www.static.publico.clx.pt, cit. pág. 215).

Voltando, agora, à nossa questão: a inexistência de apoio judiciário para o acesso aos Tribunais arbitrais comportará uma violação da referida *dimensão prestacional* do Direito de acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efectiva?⁽⁷⁰⁷⁾. Se não adoptarmos uma interpretação actualista do artigo 20.º da CRP, a resposta será simples. Com efeito, de imediato se dirá que o facto a não concessão de apoio judiciário para o acesso aos Tribunais arbitrais não contende com a dimensão prestacional deste Direito Fundamental. Contudo, não é deste entendimento que partimos.

Sendo os Tribunais arbitrais criados e entendidos como um meio alternativo e, mais correntemente, mais apropriados ou adequados⁽⁷⁰⁸⁾ à resolução de determinados litígios, parece-nos legítimo afirmar que o impedimento do acesso à justiça arbitral por insuficiência de meios económicos poderá configurar uma violação do *princípio material da igualdade e da universalidade*⁽⁷⁰⁹⁾. Deste modo, das duas, uma⁽⁷¹⁰⁾:

⁽⁷⁰⁷⁾ Questão diferente é a de saber se no caso da existência de uma convenção de arbitragem, a interpretação do artigo 494.º, n.º 1, alínea j) do Código de Processo Civil, no sentido de que a excepção de violação da convenção de arbitragem pode ser oponível à parte que esteja em situação superveniente de insuficiência económica justificativa de apoio judiciário, é inconstitucional.

Esta questão foi suscitada no Ac do STJ de 18/01/2000, proc. n.º 99A1015, disponível em www.dgsi.pt. Neste Ac o STJ considerou que se após a celebração da convenção arbitral uma das partes se viu, sem culpa sua, na impossibilidade de custear as despesas da arbitragem, pode recorrer, sem que lhe possa ser oponível a excepção dilatória, aos Tribunais estaduais. Não obstante, considerou que a norma constante da última parte da alínea j) do n.º 1 do artigo 494.º do CPC não era, ainda assim, inconstitucional, pois não violava o n.º 1 do artigo 20 da Constituição da República Portuguesa, nem qualquer outra norma ou princípio constitucional. O Tribunal Constitucional entendeu no Ac n.º 25/01, de 30/01/2001 que o STJ não desapplicara a norma por inconstitucionalidade.

Já no Ac do Tribunal Constitucional n.º 311/08 de 30/05/2008, decidiu-se pela inconstitucionalidade do já referido artigo 494.º, alínea j) do CPC quando interpretada no sentido de a excepção de violação de convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário.

⁽⁷⁰⁸⁾ A este respeito, importa reter as palavras de MARIA DA CONCEIÇÃO OLIVEIRA que a propósito da classificação das formas de resolução de litígios como *meios alternativos* nos diz que o “próprio conceito de “meios alternativos”, segundo o qual se assume que o tribunal é a via “normal” de superação de litígios mas que existem outros “caminhos secundários”, tais como a mediação e a arbitragem, para alcançar o mesmo objectivo” não é consensual. Continua a Autora referindo que “Na visão actual, os tribunais já não são encarados como sendo a “via principal” e o emprego da expressão “meios adequados” tem vindo a ganhar um número cada vez maior de adeptos. A ideia chave é que para cada conflito há que encontrar, de entre os meios disponíveis, o meio mais ajustado, de acordo com a natureza do litígio em mãos, e os critérios eleitos, sejam estes meios, a justiça tradicional, a arbitragem, a mediação ou outro”. (Vide, Oliveira, Maria da Conceição, “Mediação... cit. págs. 65 e 66).

Em sentido semelhante, também escreve CÁTIA CEBOLA que “O critério a ter em conta pelo legislador, e que orientará as políticas do Estado nesta matéria, deve basear-se na premissa de que cada meio tem as suas especificidades, vantagens e inconvenientes, permitindo responder a diferentes tipos de litígios de forma diferenciada. Por isso se considera preferível o vocábulo “apropriado”, para definir os meios de resolução extrajudicial de conflitos” (Vide, Cebola, Cátia, *A Mediação...* cit. pág. 9).

Também LUÍS LIMA PINHEIRO salienta o “carácter mais (...) adequado da justiça arbitral” (Vide, Pinheiro, Luís Lima, *Arbitragem...*, cit. pág. 24).

⁽⁷⁰⁹⁾ Com efeito, como referem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA “o direito de acesso ao direito não é apenas instrumento da defesa dos direitos. É também integrante do princípio material da *igualdade* (...) e do próprio princípio democrático, pois este não pode deixar de

- (i) Ou se faz uma interpretação actualista da *lei do acesso ao direito e aos tribunais*⁽⁷¹¹⁾, entendendo-se que a mesma engloba os Tribunais arbitrais para efeitos de concessão de apoio judiciário a quem dele careça, nos casos de arbitragem em matéria administrativa e em matéria tributária;
- (ii) Ou a lei deverá ser alterada no sentido de admitir-se expressamente o apoio judiciário nos casos de constituição de Tribunal arbitral na esfera administrativa e tributária.

Não se verificando nenhuma dessas hipóteses, então parece-nos que estaremos, aqui, perante mais um caso de inconstitucionalidade e de uma justiça arbitral adepta de um certo *fascismo* social, o que não se pode admitir-se num Estado de Direito⁽⁷¹²⁾. Com efeito, Apenas possibilitando-se uma justiça de acesso igual a todos os interessados, poderá garantir-se a conformidade dos princípios que subjazem ao Direito Fundamental *de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva*, designadamente, os princípios do *Estado de Direito*, da *universalidade*, da *proporcionalidade*, da *igualdade* e da *não discriminação*.

Na verdade, ainda que quase utópico, o caminho mais justo será o indicado por JUAN ROSA MORENO, ou seja, “el arbitraje para producir las ventajas componedoras que de él se exigen, su estructura há de responder al principio de mínimo coste”⁽⁷¹³⁾.

2.2. A insuficiente densificação e juridificação do processo de arbitragem: a garantia da concretização de um *processo equitativo* (?)

O Direito Fundamental de *acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efectiva* tem com ele conexos vários direitos, entre os quais, se destaca o *direito de acesso aos Tribunais*. Este comporta diversas *dimensões garantística*, entre as quais, o direito de acção. Este direito de acção terá de efectivar-se através de um *processo equitativo*, sendo que a densificação do

exigir uma *democratização do direito* e uma *democracia do direito*.” (Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I...* cit. pág. 410)

⁽⁷¹¹⁾ A este respeito, tome-se em consideração as palavras de EDUARDO PAZ FERREIRA, quando refere, ainda numa fase embrionária da arbitragem em matéria tributária que “haverá necessidade de justamente a Ordem dos Advogados pôr de pé um sistema de árbitros ao dispor dos contribuintes com menos meios, para que as controvérsias nos tribunais arbitrais não fiquem apenas reservadas para os tais grandes grupos económicos, para os tais grandes interesses” (Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade... cit. pág. 24).

⁽⁷¹²⁾ Vide, Lei 34/2004 de 29 de Julho.

⁽⁷¹³⁾ Com razão refere LÚCIO DE ASSUNÇÃO BARBOSA “uma arbitragem sectorial, na prática privativa de grupos económicos, será mais um passo na descredibilização da justiça, e por inerência do estado de direito” (Vide, Barbosa, Lúcio de Assunção, “A arbitragem em Direito Tributário”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 9 a 12, em especial, cit. pág. 11).

⁽⁷¹⁴⁾ Vide, Moreno, Juan Rosa, *El Arbitraje Administrativo...* cit. pág. 104.

conteúdo do *due process*⁽⁷¹⁴⁾ retira-se da análise jurisprudencial, desempenhando um papel fundamental a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em torno do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), no qual se consagra expressamente o *direito ao processo equitativo*.

Segundo GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “O significado básico da exigência de um processo equitativo é o da *conformação* do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva”⁽⁷¹⁵⁾. A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, têm procurado densificar o conteúdo do *processo equitativo* recorrendo a outros princípios. Deste modo será equitativo o processo que consagre um *direito à igualdade de armas*, proibindo-se todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias; um *direito de defesa* e do *contraditório*, traduzindo-se na faculdade de qualquer uma das partes invocar as suas razões de facto e de direito, oferecer as suas provas, controlar e pronunciar-se sobre as provas apresentadas pela outra parte e respectivo valor; o *direito à fundamentação das decisões*; o *direito ao processamento dos dados processuais*; o *direito à apresentação das provas*; o *direito a um processo orientado para uma justiça material* e não meramente formal; o *direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso*, proibindo-se prazos de caducidade limitativos do direito de acção ou de recurso; o *direito à decisão em tempo razoável*⁽⁷¹⁶⁾. No seu todo o processo de arbitragem não pode deixar de ser um *due process*. Se um processo de arbitragem equitativo é impreterível numa arbitragem de Direito Privado, por maioria de razão o deve ser quando o mesmo contende com matérias do domínio público. Com efeito, como refere DOMINGO BELLO JANEIRO, “El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de

⁽⁷¹⁴⁾ Refere GOMES CANOTILHO, que “As doutrinas caracterizadoras do direito a um processo equitativo (...) têm quase sempre como ponto de partida a experiência constitucional americana do **due process of law** (...). A leitura básica das *Emendas* relacionadas com o *due process of law* pode sintetizar-se da seguinte forma: **processo devido em direito** significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade (...). Esta leitura básica abre a porta para uma outra ideia (...). É ela a do processo devido como processo justo de criação legal de normas jurídicas (...). Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos” (Vide, Canotilho, José Joaquim, *Direito...*, cit. págs. 492 e 493).

⁽⁷¹⁵⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I...* cit. pág. 415.

⁽⁷¹⁶⁾ Por exemplo, da sentença do Tribunal Constitucional Espanhol 334/1993 de 15 de Novembro podem retirar-se as principais características daquilo que deve ser um processo equitativo, “garantiza el derecho de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones e igualdad de armas procesales lo que impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y, en su caso, requerimientos, lleguen a sus destinatarios dándoles así la oportunidad de actuar en defensa de sus derechos e intereses y de evitar la indefensión”.

oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral”⁽⁷¹⁷⁾.

2.2.1. A excessiva remissão para a LAV e existência de regras especiais

Um dos problemas que nos parece existir na definição do processo de arbitragem em Direito Administrativo é, por um lado, a excessiva remissão do CPTA para a Lei de Arbitragem Voluntária e, por outro lado, a excessiva existência de regras especiais sobre o processo de arbitragem, pois, como bem refere a Professora ISABEL CELESTE FONSECA, “a actual LAV não resolve os problemas da arbitragem administrativa e a cada momento é afastada por regimes especiais”, havendo “muitas disposições legais especiais a prever a arbitragem administrativa, integrando muitas, diversas e por vezes ininteligíveis soluções, sendo certo que tais diplomas acolhem normas pouco amigas do direito fundamental de acesso aos tribunais”⁷¹⁸.

Com efeito, quando analisámos, em geral, o *processo administrativo arbitral*, guiamo-nos exclusivamente pelas regras e princípios enunciados na LAV. Não olvidamos que uma das características do processo de arbitragem seja a faculdade de as partes acordarem sobre as regras processuais. Contudo, quando estamos no domínio de matérias que contendem com o interesse público e em que a legalidade é um factor preponderante esta é uma característica que deve ser encarada com especial cautela, não devendo verificar-se uma excessiva entrega das regras a observar no processo de arbitragem às partes.

Deste modo, seria imperativo, *iure condendo*, pensar-se numa alteração ao regime da arbitragem em matéria administrativa consagrado no CPTA, consagrando-se algumas regras em relação ao *processo administrativo arbitral*, principalmente, a admitir-se a apreciação da legalidade de actos administrativos.

Tanto o Direito Administrativo, como o Direito Tributário, requerem um regime próprio que assegure todas as garantias de um *processo equitativo* e devidamente adaptado ao tipo de interesses que estão em causa. Sem apartar os benefícios da informalidade e da desregulação características caras ao processo arbitral, deve procurar-se o justo equilíbrio entre a juridificação preciosa à segurança e certeza jurídicas. A arbitragem não pode significar *desjuridificação*, ou ainda, uma *juridificação insuficiente*. Uma solução contrária pode abalar o direito ao *processo*

⁽⁷¹⁷⁾ Vide, Janeiro, Domingo Bello, “El futuro del Arbitraje en España”, in *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Editorial Aranzandi, Navarra, 2008, págs. 839 a 854, em especial, cit. pág. 843.

⁽⁷¹⁸⁾ Vide, Fonseca, Isabel Celeste, “A Arbitragem... cit. pág. 36.

equitativo, que constitui uma exigência da garantia constitucional do *direito de acesso aos Tribunais*.

Pelo que a solução acolhida pelo Direito Administrativo, não se desejava de modo algum para a arbitragem em Direito Tributário. Este problema não se verifica no RAT, uma vez que este estipula, expressamente, as regras e princípios a observarem-se no processo de arbitragem. Se a actual LAV não resolve muitos dos problemas da arbitragem em matéria administrativa, por maioria de razão não iria resolver no Direito Tributário, pelo que, quanto a este aspecto, andou bem o nosso legislador.

2.2.2. A falta de publicidade das decisões

Outro direito inerente ao processo equitativo relaciona-se com o *direito à publicidade* do processo. O princípio da publicidade vem consagrado em vários instrumentos internacionais, nomeadamente, no já referido artigo 6.º, n.º 1, da CEDH que consagra o Direito ao processo equitativo, no qual se pode ler “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa **seja examinada, equitativa e publicamente**, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial” (negrito nosso).

Por sua vez, a CRP consagra do artigo 206.º que “**As audiências dos tribunais são públicas**, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguardar a dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”(negrito nosso). O artigo 30.º do CPTA, prevê também a publicidade do processo e das decisões do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Central Administrativo.

Refere IRENEU CABRAL BARRETO que com a “publicidade pretende-se proteger o indivíduo [o interesse público em geral, nas matérias públicas] de uma justiça secreta que escape ao controlo do público”⁽⁷¹⁹⁾ (parênteses nosso). Como bem sustenta o Autor esta garantia da publicidade das decisões “implica que o povo conheça o modo como decorrem os actos processuais bem como **as decisões dos tribunais**, assumindo com a sua presença a garantia da comunicação entre o sentimento da comunidade e a decisão individual”⁽⁷²⁰⁾ (negrito nosso). Os Tribunais arbitrais são uma forma de administração da justiça, pelo que, na medida em que o interesse será sempre público, as pessoas devem poder conhecer o modo como decorrem os actos processuais e, acima de tudo, ter acesso às decisões dos Tribunais. Sendo certo que a

⁽⁷¹⁹⁾ Vide, Barreto, Irineu Cabral, “Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Direito ao exame da causa publicamente”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 75/76, 1998 (artigo disponível em www.gddc.pt, com último acesso em 1/08/2011, cit. ponto n.º 2)

⁽⁷²⁰⁾ Vide, Barreto, Irineu Cabral, “Portugal... cit. ponto 2.

publicidade contribuirá certamente para preservar a confiança nas decisões dos Tribunais arbitrais, transmitindo transparência à administração da justiça que por eles é feita. Deste modo dissipando-se quaisquer desconfianças que possam suscitar-se sobre a independência e a imparcialidade com que é exercida a justiça e com que são tomadas as suas decisões. A publicidade traduz-se, assim, numa garantia para todos os intervenientes directos no processo e para a comunidade de uma correta e impoluta administração da justiça, possibilitando que ela seja conhecida e discutida.

Posto isto, eis que chegamos o *mundo secreto da arbitragem* e à sua possível colisão com um processo equitativo e transparente do ponto de vista do erário público. Com efeito, ainda que a confidencialidade possa encarar-se como uma das principais vantagens nas arbitragens de Direito Privado, com entes privados, recomenda-se alguma cautela quando nos situamos no domínio público. O interesse público refere FREITAS DO AMARAL⁽⁷²¹⁾, é o motor de toda a actuação da Administração Pública. Esta “existe sempre para prosseguir o interesse público”⁽⁷²²⁾, o qual é “indissociável de toda e qualquer actividade administrativa”⁽⁷²³⁾, pelo que assim o sendo, impõe-se que toda sua actuação, nomeadamente quando envolva um litígio, seja pública e de conhecimento geral. Sempre que a Administração Pública recorre a uma arbitragem, vai discutir-se, directa ou indirectamente, um interesse que é público, uma necessidade colectiva, cuja decisão, interessa a todos⁽⁷²⁴⁾.

Deste modo, partilha-se da opinião de ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO, quando sustenta que publicidade das decisões arbitrais deve ser uma norma de direito imperativo, sempre que uma das partes seja uma Administração Pública⁽⁷²⁵⁾. No nosso ordenamento jurídico também a professora ISABEL CELESTE FONSECA, refere a este respeito, no domínio da arbitragem em matéria administrativa que “importa assegurar transparência, estabelecendo a obrigação de *publicação* de decisões”⁽⁷²⁶⁾, especialmente no domínio da contratação pública onde predomina a renúncia ao recurso. Já no domínio da matéria tributária refere MARCIANO SEABRA DE GODOI que a “publicidade da sentença me parece fundamental. Quando ocorre a arbitragem

⁽⁷²¹⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, reimpressão da 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 41.

⁽⁷²²⁾ Vide, Estorninho, Maria João, *A fuga...* cit. pág. 172.

⁽⁷²³⁾ Vide, Estorninho, Maria João, *A fuga...* cit. pág. 167.

⁽⁷²⁴⁾ Neste sentido, ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO, quando refere que “la notificación de modo fehaciente a las partes (...) puede ser suficiente para conflictos entre privados, pero no para conflictos en los que están en juego los intereses generales” (Vide, Bolado, Roberto O. Bustillo, *Convenios...*, cit. pág. 463).

⁽⁷²⁵⁾ Vide, Bolado, Roberto O. Bustillo, *Convenios...*, pág. 465.

⁽⁷²⁶⁾ Vide, Fonseca, Isabel Celeste, “A Arbitragem...” cit. pág. 46.

no âmbito privado não se coloca muito o tema da publicidade, aliás, as partes até preferem que não haja publicidade. As partes não querem ver os seus conflitos abertos a toda a comunidade. Mas no caso da arbitragem tributária não parece que exista outro caminho a não ser a publicação sistemática de todas as decisões”⁽⁷²⁷⁾.

Para evitarmos o abismo, é o caminho da transparência que deve escolher-se. Se os Tribunais arbitrais pretendem ser merecedores do estatuto que a Constituição lhes reserva não podem deixar de assegurar as mesmas garantias que os Tribunais estaduais asseguram⁷²⁸. Na arbitragem em matéria administrativa, não está consagrado um princípio de publicidade das decisões. Esta é uma solução que, pelos motivos apontados, não se desejava para o modelo de arbitragem a instituir no Direito Tributário. Deste modo, andou bem o legislador ao consagrar no RAT, como princípio fundamental do *processo arbitral tributário*, o princípio da publicidade das decisões.

2.3. A parca clareza e insuficiente densificação de algumas disposições do regime de arbitragem em matéria administrativa: colisão com o princípio da segurança jurídica (?)

O Homem é um ser que necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida⁽⁷²⁹⁾. Como refere GOMES CANOTILHO “desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como como elementos constitutivos do Estado de direito”⁽⁷³⁰⁾. O *princípio da segurança jurídica* postula o *princípio da precisão ou da determinabilidade das normas jurídicas*, que significa “a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros , compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de *princípios jurídicos de normação jurídica* concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de Direito”⁽⁷³¹⁾. O princípio da segurança jurídica é portanto um dos pilares do Estado de Direito.

⁽⁷²⁷⁾ Vide, Godoi, Marciano Seabra de, “A arbitragem...”, cit. pág. 77.

⁽⁷²⁸⁾ A importância da publicidade das decisões assume contornos particularmente evidentes ao impedir-se o recurso das decisões arbitrais para os Tribunais do Estado, nos quais, a publicidade das decisões é uma realidade. Pelo que quando considerámos a possibilidade da existência de uma instância arbitral de recurso não podemos deixar de ter em mente este princípio que, a nosso ver, deve ser obrigatório.

⁽⁷²⁹⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, pág. 257.

⁽⁷³⁰⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, cit. pág. 257.

⁽⁷³¹⁾ Vide, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, cit. pág. 258.

Em nossa opinião o regime de arbitragem em matéria administrativa consagra normas pouco amigas da segurança jurídica.

Com efeito, no regime consagrado no CPTA, bem como, em algumas regras especiais no domínio da contratação pública, o legislador não prima pela clareza e densificação do seu conteúdo normativo, levando a que o regime de arbitragem coloque imensas dúvidas, promovendo-se a insegurança jurídica junto dos destinatários das normas. Esta falta de clareza e insegurança verifica-se ao nível de vários aspectos, nomeadamente, ao nível da definição do objecto da arbitragem, ao nível da própria celebração da convenção de arbitragem, ao nível dos critérios de selecção e impedimentos dos árbitros, bem como, da definição dos encargos com o processo.

Ao nível do âmbito material da arbitragem, as questões colocam-se essencialmente a respeito da interpretação da alínea c) do n.º1 do artigo 180 do CPTA. A formulação linguística adoptada pelo legislador não está isenta de dúvidas. Com efeito, a expressão “actos que possam ser revogados sem invalidade”, leva a diversas interpretações, não permitindo ao intérprete da lei aferir com clareza quais o tipo de actos que a norma pretende abarcar pela sua estatuição. Em nosso entendimento, poderá levantar-se a dúvida a respeito da constitucionalidade da referida disposição, por violação do *principio da segurança jurídica*, nos termos supra referidos.

O regime do *direito à outorga do compromisso arbitral*, instituído no artigo 182.º do CPTA, não está devidamente densificando, levantando imensas dúvidas. Uma vez mais, estamos perante uma norma do regime da arbitragem administrativa pouco simpática do ponto de vista da segurança jurídica e, deste modo, insurgindo-se a dúvida sobre a sua constitucionalidade⁽⁷³²⁾.

A falta de segurança jurídica é particularmente evidente nas diversas cláusulas compromissórias que encontramos no domínio da contratação pública⁽⁷³³⁾. Com efeito, são várias as cláusulas compromissórias que aí encontramos, que são um verdadeiro *plágio* de cláusulas anteriores e de conteúdo escassamente densificado⁽⁷³⁴⁾. Uma má cláusula arbitral acaba por

⁽⁷³²⁾ Como refere, e bem, JUAN ROSA MORENO, “la Administración, como es sabido, no es libre a la hora de formar su voluntad, de ahí que la disposición legal que regule el arbitraje administrativo debería establecer las reglas indispensables para la formación de la voluntad administrativa en orden a someterse a la técnica arbitral” (Vide, Moreno, Juan Rosa, *El Arbitraje...* cit. pág. 104).

⁽⁷³³⁾ A propósito da importância da densificação da convenção arbitral, veja-se o Ac. do STA de 29/04/2005, proc. n.º 0636/04 no qual se refere que **“A matéria submetida a julgamento arbitral tem de ser especificada, de forma clara, na convenção arbitral** e a competência do respectivo Tribunal fica circunscrita a essa matéria, pelo que será ilegal a decisão que, desrespeitando o acordado, incida sobre matéria que as partes não quiseram submeter à decisão daquele Tribunal”(negrito nosso).

⁽⁷³⁴⁾ Vejamos os seguintes exemplos: a Resolução do Conselho de Ministros n.º 18-A/2000 que aprova a minuta do contrato da concessão de lanços de auto-estradas e conjuntos viários associados, designada por Algarve, no capítulo XXIII, estabelece na cláusula 97.1 que “Os eventuais conflitos que possam surgir entre as Partes em matéria de **aplicação, interpretação ou integração** das regras por que se rege

acarretar mais problemas do que o próprio litígio que as mesmas pretendem resolver. A consequência é o elevado número de processos nos Tribunais estaduais em que se discute se determinado tipo de litígio está ou não compreendido na própria convenção de arbitragem e a falta de segurança jurídica que isso acarreta. Repare-se, que nestes casos, em vez de termos unicamente um litígio principal para solucionar, temos já dois. Certamente que tudo isto implicará um atraso numa justiça que se pretende célere⁽⁷³⁵⁾, além da incerteza jurídica tão cara ao princípio da segurança jurídica, pilar do nosso Estado de Direito.

a Concessão serão resolvidos por arbitragem” (negrito nosso); a Resolução do Conselho de Ministros n.º 25-A/2000 que aprova a minuta do contrato da concessão de lanços de auto-estradas e conjuntos viários associados designada Costa de Prata, também no capítulo XXIII, estabelece na cláusula 97.1 que “Os eventuais conflitos que possam surgir entre as Partes em matéria de **aplicação, interpretação ou integração** das regras por que se rege a Concessão serão resolvidos por arbitragem” (negrito nosso); a Resolução do Conselho de Ministros n.º 188-A/2007 que aprova a minuta do contrato de concessão de lanços de auto –estrada e conjuntos viários associados, designada por Douro Litoral, no capítulo XXVI, cláusula 99.1 que “Os eventuais conflitos que possam surgir entre as Partes em matéria de **validade, interpretação, aplicação ou integração** das regras por que se rege a Concessão serão resolvidos por arbitragem”; a Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2008 que aprova a minuta do contrato de concessão de lanços de auto -estrada e conjuntos viários associados, designada por Túnel do Marão, na cláusula 89 prevê “Os eventuais conflitos que possam surgir entre as partes em matéria de **aplicação, interpretação ou integração** das regras por que se rege a Concessão serão resolvidos por arbitragem” (negrito nosso); a Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/2010 que aprova a minuta do contrato de concessão da concessão RAV Poceirão –Caia, no capítulo XXVII, cláusula 107.1 que “Os eventuais conflitos que possam surgir entre as Partes em matéria de **aplicação, interpretação ou integração** das regras por que se rege a Concessão serão resolvidos por arbitragem” (negrito nosso); a Resolução do Conselho de Ministros n.º 10/2011 que aprova a minuta do instrumento de reforma ao contrato de concessão RAV Poceirão – Caia mantém no capítulo XXVII a mesma cláusula.

Estes são apenas alguns exemplos, entre os anos de 2000 e 2011, sendo que a repetição das cláusulas é frequente em vários contratos. A sua falta de densificação leva a que se questione, não raras vezes, que tipo de conflitos é que as mesmas pretendem abarcar.

⁽⁷³⁵⁾ A título de exemplo veja-se o Ac do TCA-Sul, de 11/10/2007, proc. n.º 01163/05, disponível em www.dgsi.pt. no qual se discute o alcance da cláusula compromissória compreendido no contrato de concessão celebrado entre a Câmara Municipal de Tomar e a ParqT – Parques de Estacionamento de Tomar S A, e em cujo sumário se pode ler:

“I)- Estando em causa uma deliberação camarária em que se declara aceitar a comparticipação nos custos da intervenção na encosta até ao valor de 750.000€ sem prejuízo de informação mais detalhada por parte dos serviços Técnicos do Departamento de Obras Municipais, a mesma está intimamente conexionaada com o contrato de concessão celebrado entre o ora recorrente e o Município de Tomar.

II)- A razão de ser de tal deliberação derivou da necessidade de efectuar obras que impedissem, com segurança, o deslizamento da Encosta do Convento, necessidade essa, que por ser imprevista e fora do âmbito da responsabilidade da concessionária, o executivo camarário não só reconhece ao assumir a participação nos encargos, naturalmente, sob a condição de avaliação dos seus serviços técnicos, mas que, igualmente, expressa pelo valor a que se auto vincula - 750.000€.

III)- O diferendo tem, pois, a sua génese numa deliberação camarária que ao alterar o contrato de concessão que as partes celebraram veio a permitir que se viabilizasse a construção e exploração de Parque de Estacionamento.

IV)- Havendo sido acordado na cláusula 51ª do contrato de concessão que a existência de um litígio ou diferendo relativo à **interpretação, integração, execução ou cumprimento** do Acordo seriam dirimidas por recurso a um tribunal arbitral e **não fazendo essa cláusula, qualquer distinção entre execução do contrato e inexecução do contrato, nem, entre cumprimento e incumprimento do mesmo contrato** tem de ser interpretada como referindo-se a todos e quaisquer litígios respeitantes ou dele emergentes abarcando, portanto, a questão de saber se a obrigação de comparticipação a que o Município se vinculou (na deliberação de 11.08.2003) é (ou não) exequível. (...)

VII)- De harmonia com a alínea j) do art. 494 do CPC a preterição de tribunal arbitral necessário ou a violação de convenção de arbitragem constitui uma excepção dilatória.

O que se esperava do modelo de arbitragem em Direito Tributário era um regime esclarecedor, sem o uso de expressões polissémicas e com normas devidamente claras e densificadas, evitando dúvidas ao intérprete da lei. No entanto, em alguns casos tal não se verificou. Como verificámos aquando da análise do objecto da arbitragem colocam-se algumas dúvidas em relação ao objecto da arbitragem. As dúvidas confirmam-se na circular n.º 53/2011, emitida pela Administração Tributária e na qual, a respeito das alíneas b) e c) do artigo 2.º, n.º 1 do RAT, se refere que o seu “âmbito de aplicação (...) não se apresenta claro face à lei de autorização legislativa, pelo que será analisada, caso a caso, a susceptibilidade de os actos serem ou não passíveis de processo arbitral, em sede de resposta da Administração Tributária ao pedido de pronúncia arbitral (Art. 17.º, n.º 1 do RAT)”⁽⁷³⁶⁾. Pelo que, em nosso entendimento, confirma-se a violação do princípio da segurança jurídica pelas alíneas b) e c) do artigo 2.º n.º 1 do RAT. Com efeito, um dos principais destinatários da referida norma, sustenta a sua falta de clareza e, o que nos parece ainda mais grave, a Administração Tributária reserva-se o poder de determinar a susceptibilidade de um determinado litígio, que contenda com alguma daquelas alíneas, ser, ou não, submetido ao Tribunal arbitral.

2.4. A não consagração de critérios de selecção dos árbitros e respectivos impedimentos: colisão com a garantia de uma boa decisão e da imparcialidade (?)

Ao nível dos critérios de selecção dos árbitros, ainda que existam algumas regras especiais no domínio da contratação pública, verificamos que no CPTA o legislador optou por se abster de consagrar os requisitos de escolha e impedimentos dos árbitros. De facto, parece-nos, neste ponto, insuficiente a remissão para a LAV.

Em nosso entendimento, não é suficiente, numa arbitragem que envolve matérias do domínio público, que se estabeleça que o único requisito a observar, em relação à escolha dos

VIII)- E para que a introdução de um determinado feito em juízo constitua violação da convenção de arbitragem (ou preterição do tribunal arbitral voluntário) basta que se verifique a existência (meramente factual) de uma convenção de arbitragem susceptível de aplicação àquele litígio. (...)

XI)- Por esse prisma, o julgamento da excepção não é, nem comporta, o julgamento da competência do tribunal judicial e, ao proceder como questão prévia a preterição do tribunal arbitral, tal acarreta a prejudicialidade do conhecimento do mérito da causa, devendo, em consequência, o R. ser absolvido da instância.”

Aqui está o exemplo de uma situação prática em que um litígio emergente de uma deliberação proferida no ano de 2003, sendo que ainda em 2007 se discute o conteúdo da convenção de arbitragem. Neste caso, o réu é absolvido da instância devido à excepção de preterição do Tribunal arbitral, não havendo qualquer decisão de mérito sobre o litígio principal. Este litígio, se a cláusula compromissória fosse devidamente densificada, certamente que teria sido resolvido em 2003 ou 2004 pelo Tribunal arbitral.

⁽⁷³⁶⁾ Vide, circular n.º 53/2011, Série II, da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, Direcção de Serviços de Cooperação Aduaneira e Documentação, Proc. n.º 3.2.0-1/2011 – DSCJC, publicada em 4/07/2011, cit. pág. 4.

árbitros, é que este seja uma pessoa singular e plenamente capaz. A preocupação recai particularmente quando se admita a possibilidade de apreciação da legalidade de actos administrativos. Em nosso entendimento, deveria alargar-se a lista de requisitos, nomeadamente, determinando a escolha do árbitro ou árbitros em função de determinado grau de especialização, ou seja, uma licenciatura, mestrado ou doutoramento na área das matérias cujas apreciação que lhe é compete. Ainda quanto à possibilidade de apreciação da legalidade de actos administrativos, não seria uma boa solução estabelecer-se que o árbitro seja licenciado em direito e com uma especialização na área, cuja questão se coloca? Com efeito, concordamos com JUAN ROSA MORENO quando refere que deve exigir-se “a los árbitros conocimientos jurídicos además de especializados en la materia de que se trate”⁽⁷³⁷⁾ ⁽⁷³⁸⁾. Neste quadro, além de advogados especialistas poderão ainda incluir-se, como refere ROCA MARTINEZ “profesionales del Derecho como profesores de universidad, magistrados (...) e incluso, abogados no ejercientes”⁽⁷³⁹⁾. Embora, em nossa opinião, se deva ter especiais cautelas quando se admita que advogados possam ser árbitros.

Quanto aos impedimentos dos árbitros é aplicável, como referimos, o disposto na lei processual civil quanto aos impedimentos dos juízes, quando os árbitros não sejam escolhidos de comum acordo pelas partes. Tendo em atenção que os árbitros não são *juízes* de profissão, podendo ter outras profissões, será este regime de impedimentos suficiente no Direito Administrativo? Por outro lado, quando o árbitro seja escolhido de comum acordo, ficará na disponibilidade da Administração e da outra parte a determinação dos impedimentos? Algo mais, quanto a este aspecto, parece-nos que deve exigir-se do regime da arbitragem em matéria administrativa, sob pena de colisão com a garantia de imparcialidade que se exige dos árbitros.

No Direito Tributário, a solução foi mais cautelosa e o legislador, além de estipular os critérios de selecção dos árbitros, também consagrou um conjunto de impedimentos ao exercício da função, o que nos parece uma melhor solução do ponto de vista, quer da qualidade da decisão, quer das garantias de imparcialidade.

⁽⁷³⁷⁾ Vide, Moreno, Juan Rosa, *El Arbitraje...* cit. pág. 120.

⁽⁷³⁸⁾ Sem prejuízo da importância que o CAAD assume nas garantias de imparcialidade dos árbitros (A este respeito, veja-se a nossa parte II, ponto 2, sub-ponto 2.1.7.2.1.)

⁽⁷³⁹⁾ Vide, Martinez, José Maria Roca, *Arbitraje e Instituciones arbitrales*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1992, cit. pág.102, em especial nota de rodapé n.º 413.

2.5. O Controlo do mérito e da conveniência da actuação administrativa: colisão com o *Princípio da separação de poderes* (?)

A expressão *separação dos poderes*, “tanto designa uma *doutrina política* como um *princípio constitucional*”⁽⁷⁴⁰⁾. A *doutrina política* tem por objecto “a estruturação do poder político do Estado”⁽⁷⁴¹⁾ e consiste “numa dupla distinção: a distinção intelectual das funções do Estado; e a distinção política dos órgãos que devem desempenhar tais funções”⁽⁷⁴²⁾. A *separação de poderes* é “um *princípio constitucional* característico da forma de governo democrático-representativo e pluralista ocidental”⁽⁷⁴³⁾, ao qual se contrapõe um princípio de unidade e de hierarquia dos poderes do Estado.

Nos domínios em que nos movemos, o *Princípio da separação de poderes* visa a separação entre a Administração e a Justiça, isto é, retirar à Administração a função judicial e retirar aos Tribunais a função administrativa.

A nossa Constituição acolhe o *princípio da separação de poderes* nos seus artigos 2.º e 111.º. Este princípio, na sua relação com a Administração e a Justiça, comporta diversos corolários⁽⁷⁴⁴⁾. O primeiro corolário é a separação dos órgãos administrativos e judiciais. Este significa que têm de existir órgãos administrativos dedicados ao exercício da função administrativa e órgãos judiciais dedicados ao exercício da função jurisdicional. O segundo corolário será a incompatibilidade de magistraturas, de acordo com o qual, não basta que haja órgãos diferentes, pois é necessário estabelecer que nenhuma pessoa possa, ao mesmo tempo, desempenhar uma função em órgãos administrativos e órgãos judiciais. O terceiro corolário será a independência recíproca entre a Administração e a Justiça. Este terceiro corolário desdobra-se em dois aspectos: a independência da Justiça perante a Administração e a independência da Administração perante a Justiça.

O primeiro aspecto significa que a Administração não pode dar ordens à autoridade judiciária, nem pode invadir a sua esfera de jurisdição decidindo questões da competência dos Tribunais. O segundo aspecto significa “uma proibição *funcional* de o juiz afectar a *essência do sistema da administração executiva*: não pode ofender a *autonomia* do poder administrativo, isto

⁽⁷⁴⁰⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, reimpressão da 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, cit. pág. 14.

⁽⁷⁴¹⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do, *Curso...* cit. pág. 14

⁽⁷⁴²⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do, *Curso...* cit. pág. 15.

⁽⁷⁴³⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do, *Curso...* cit. pág. 15.

⁽⁷⁴⁴⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do, *Curso...* págs. 20 a 22.

é, o *núcleo essencial* da discricionariedade, na medida em que a lei conferira aos órgãos da Administração poderes próprios de apreciação ou de decisão”⁽⁷⁴⁵⁾. Sendo certo que o *princípio da separação de poderes* “não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra de o juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração”⁽⁷⁴⁶⁾, na verdade, “o que o juiz não pode é determinar aquilo que a Administração há-de fazer num caso concreto, e muito menos substituir-se a ela, quando esteja em causa o conteúdo “discricionário” de um acto de autoridade, devendo limitar-se, então a uma condenação *genérica* ou *directiva*”⁽⁷⁴⁷⁾.

Quando analisámos, os poderes de apreciação do árbitro no âmbito do contencioso administrativo verificamos que alguns Autores entendem que a alínea c) do n.º1 do artigo 180.º do CPTA possa interpretar-se no sentido de que os árbitros podem substituir-se à própria Administração no uso dos seus poderes discricionários. Admitindo-se, assim, o *controlo do mérito* e da *conveniência* da actuação da Administração.

A questão que se coloca a respeito dessa possibilidade é se a admissibilidade de um *controlo jurisdicional do mérito* da actuação administrativa pelos árbitros não poderá colidir com o *princípio constitucional da separação de poderes*. Estamos a pensar, acima de tudo, na eventual colisão com o *supra* referido terceiro corolário, especialmente, no seu segundo aspecto, isto é, na impossibilidade de o juiz afectar o *núcleo essencial* da discricionariedade da actuação da Administração Pública.

É certo que os Tribunais arbitrais não são órgãos estaduais, não obstante, exercem uma função jurisdicional e através do exercício dessa função vão *controlar* o exercício da função administrativa. Como refere FREITAS DO AMARAL, os Tribunais administrativos em Portugal não podem apreciar o mérito de uma decisão administrativa. Estes somente podem exercer o controlo da legalidade⁽⁷⁴⁸⁾. Assim, questiona-se, por um lado, se fará sentido conceder-se aos árbitros poderes do controlo de mérito da actuação administrativa que se negam aos juízes⁽⁷⁴⁹⁾ e, por outro lado, se nestes casos, julgar não será já administrar.

⁽⁷⁴⁵⁾ Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...* cit. pág. 86.

⁽⁷⁴⁶⁾ Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...* cit. pág. 86.

⁽⁷⁴⁷⁾ Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...* cit. pág. 85.

⁽⁷⁴⁸⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do, *Curso...* pág. 109.

⁽⁷⁴⁹⁾ Assim, VIEIRA DE ANDRADE para quem não faz sentido “a não ser em casos de avaliações técnicas especializadas, que se concedam a privados poderes do controlo do mérito da actuação administrativa que se negam aos juízes” (Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...* cit. pág. 126, nota de rodapé n.º 261).

Contra este entendimento poderá sustentar-se que a natureza voluntária da arbitragem acautela o *princípio da separação de poderes*⁽⁷⁵⁰⁾. Contudo, nem sempre se poderá afirmar com certeza que a arbitragem é voluntária. A figura que o legislador consagrou no artigo 182.º do CPTA, isto é, o *direito à outorga do compromisso arbitral*, não está isenta de dúvidas relativamente à natureza do direito consagrado, bem como, o modo como poderá ser accionado. Ademais, não é consensual a natureza voluntária ou *forçada* da arbitragem que o referido preceito visa consagrar.

Não obstante, independentemente, do entendimento que se tenha a respeito da natureza voluntária ou não da arbitragem no *direito à outorga do compromisso arbitral*, parece-nos que não poderá, ainda assim, deixar de serem colocadas sérias reservas a uma orientação favorável ao controlo do mérito e da conveniência da actuação administrativa à face do quadro constitucional, pois, nestes casos “Julgar a administração (...) muito provavelmente será já administrar”⁽⁷⁵¹⁾.

Se os Tribunais arbitrais, aos olhos da Lei Fundamental são *verdadeiros Tribunais*⁽⁷⁵²⁾, entendemos defensável uma interpretação extensiva do artigo 3.º, n.º 1 do CPTA, nos termos do qual, “No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação”, de modo a abarcar os Tribunais arbitrais. Qualquer entendimento contrário será, a nosso ver, inconstitucional, por força da violação do artigo 111.º da CRP e do artigo 3.º, n.º 1 do CPTA que constitui, em nossa opinião, uma norma materialmente constitucional⁽⁷⁵³⁾.

Na arbitragem em Direito Tributário idêntico problema não se coloca, uma vez que os árbitros apenas exercerão um controlo de legalidade. De facto, nem outra solução seria possível. Com efeito, também os Tribunais tributários estão adstritos ao controlo de legalidade sobre os actos da Administração tributária. Como refere o Professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA “o contencioso tributário apresenta-se também como um contencioso no qual se vai discutir a

⁽⁷⁵⁰⁾ Para tal chama à atenção, Esquível, José Luís, *Os Contratos...*, pág. 217.

⁽⁷⁵¹⁾ Vide, Esquível, José Luís, *Os Contratos...*, cit. pág. 217.

⁽⁷⁵²⁾ Neste caso, verdadeiros “Tribunais administrativos arbitrais”. Neste sentido, Gonçalves, Pedro, *A Concessão...* pág. 366, em especial nota de rodapé n.º 631; Esquível, José Luís, *Os Contratos...*, págs. 243 e 244.

⁽⁷⁵³⁾ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, quando refere a propósito do artigo 3.º, n.º 1 do CPTA, que “esta restrição deve, em princípio, valer para a actuação dos tribunais arbitrais” (Vide, Andrade, José Carlos Vieira de, *A Justiça...* cit. pág. 80, nota de rodapé n.º 135).

legalidade de um acto. Ficam, deste modo, em princípio, fora do seu âmbito de indagação as questões atinentes ao mérito e oportunidade da actuação administrativa”⁽⁷⁵⁴⁾.

2.6. O critério da equidade: uma *arma perigosíssima* (?)

Verificámos na análise da arbitragem em matéria administrativa que do artigo 186.º, n.º 2 do CPTA decorre implicitamente a possibilidade do julgamento segundo critérios de equidade. A solução levanta imensas dúvidas e incertezas, nomeadamente, pela indefinição das matérias que poderão ser objecto deste juízo e pela não referência, que seria desejável, de um conceito de equidade a ser adoptado em matéria administrativa. Com efeito, a falta ou imprecisão do conceito de equidade faz com que o mesmo possa constituir uma “uma arma perigosíssima”⁽⁷⁵⁵⁾, principalmente, quando inserido no domínio de questões que contendem com o interesse público. Senão vejamos.

Alguns Autores, entre os quais GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS⁽⁷⁵⁶⁾, defendem que a equidade poderá visar três objectivos. O primeiro, através de uma actuação *secundum legem*, enquanto instrumento de *flexibilização* do Direito; o segundo, através de uma actuação *praeter legem*, que significa o julgamento segundo a equidade na falta da norma legal aplicável ao caso concreto; e o terceiro através de uma actuação *contra legem* que significa um completo afastamento da norma legal.

PAULO OTERO admite que a equidade, além de uma função flexibilizadora do Direito⁽⁷⁵⁷⁾, tenha, inclusivamente, uma função *contra legem*, de tal maneira que se possa falar numa “abertura” ou disponibilidade do controlo judicial da actuação administrativa pela própria Administração Pública (...) pela implícita disponibilidade do Direito aplicável ao julgamento do litígio que a opção pela arbitragem envolve, mandando-se julgar segundo a equidade: a Administração decide sobre o Direito que a vai julgar e os termos como deverá ser aplicado”⁽⁷⁵⁸⁾.

⁽⁷⁵⁴⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, *Lições...* cit. pág. 239.

⁽⁷⁵⁵⁾ A expressão é de ANTUNES VARELA que se refere à equidade como “uma arma perigosíssima, capaz de destruir o mínimo de segurança exigido pelo funcionamento regular da vida social, se o sistema não souber definir, com acerto e com suficiente precisão, os limites dentro dos quais o legislador pode recorrer aos seus próprios critérios de justiça em face do caso concreto que lhe incumbe apreciar” (Vide, Varela, Antunes, “Valor da equidade como fonte de direito”, in *CTF*, n.º 92 e 93, Agosto/Setembro de 1966, cit. pág. 18.

⁽⁷⁵⁶⁾ Vide, Pereira, André Gonçalves; Quadros, Fausto de, 3.ª Edição, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 275.

⁽⁷⁵⁷⁾ Vide, Otero, Paulo, *Legalidade...*, cit. pág. 1058.

⁽⁷⁵⁸⁾ Vide, Otero, Paulo, *Legalidade...*, cit. pág. 1060.

PATRICK FRYDMAN⁽⁷⁵⁹⁾ diz-nos que não obstante a hostilidade à figura da equidade no Direito Administrativo, a mesma está presente neste ramo do saber jurídico a três níveis. Em primeiro lugar, ao nível da interpretação das normas de Direito Positivo – função *interpretativo-aplicadora* –, em segundo lugar, ao nível da criação de regras jurisprudenciais – função *interpretativo-aplicadora* – e, em terceiro lugar, ao nível da aplicação das normas de direito aos casos que caem na respectiva esfera de aplicação – *função flexibilizadora*.

Entre as noções propostas, é possível distinguir entre aqueles Autores que defendem uma dita concepção *forte* de equidade e aqueles que defendem um dita concepção *moderada* de equidade⁽⁷⁶⁰⁾.

Em nosso entendimento, se a equidade se resumir a uma função *interpretativo-aplicadora e flexibilizadora*, ou à designada concepção *moderada* de equidade, parece-nos que, em bom rigor, estaremos ainda no domínio da aplicação do Direito. Com efeito, o julgador toma em atenção determinados princípios constitucionais e a sua aplicação ao caso concreto⁽⁷⁶¹⁾. Pelo que do mesmo que nada impede ao *juiz do processo administrativo* e ao *juiz do processo tributário*, no seguimento do que refere PATRICK FRYDMAN, ter esta função *interpretativo-aplicadora e flexibilizadora*, também nada impede que o árbitro faça este tipo de julgamento. Como referem FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/VIEIRA DE ANDRADE “o legislador, tendo uma capacidade de previsão limitada, cria regras apenas para situações típicas ou mais comuns. Logo, ao julgador, **estadual ou arbitral**, tem de reconhecer-se a possibilidade de, perante os casos concretos que lhe são submetidos, e interpretando aquelas regras em conformidade com os princípios estruturantes do sistema jurídico, adaptá-las e eventualmente corrigi-las, por forma a procurar realizar uma justa e equilibrada composição dos específicos interesses em confronto” (negrito nosso)⁽⁷⁶²⁾. Como refere DIOGO LEITE DE CAMPOS “O intérprete não é o que “*lê*” a lei (...) mas aquele que diz a Justiça nos quadros do ordenamento jurídico”⁽⁷⁶³⁾,

⁽⁷⁵⁹⁾ Citado por JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL (Vide, Esquivel José Luís, *Os Contratos...* pág. 280)

⁽⁷⁶⁰⁾ Para uma distinção entre ambas as concepções veja-se Amaral, Diogo Freitas do; Quadro, Fausto de; Andrade, José Carlos Vieira de, *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 2002 págs. 33 a 35.

⁽⁷⁶¹⁾ Refere JOSÉ LUIS ESQUÍVEL que “o espaço reservado ao juízo de equidade vai padecendo de um patente atrofamento, seja porque o mesmo não deve ser entendido como um abandono do Direito estrito, seja porque em muitas das suas funções a equidade acaba por se revelar uma técnica conhecida e praticada pelos tribunais administrativos” (Vide, Esquivel José Luís, *Os Contratos...* cit. pág 287). Com efeito, trata-se cada vez mais uma aplicação de acordo com determinados princípios constitucionais, do que propriamente um julgamento segundo a equidade.

⁽⁷⁶²⁾ Vide, Amaral, Diogo Freitas do; Quadro, Fausto de; Andrade, José Carlos Vieira de, *Aspectos...*, cit. pág. 36.

⁽⁷⁶³⁾ Vide, Campos, Diogo Leite de, *A Arbitragem...* cit. pág.49.

assim, a “A liberdade do juiz ou do árbitro para interpretar/aplicar a lei” será a mesma independentemente do julgador.

O problema colocar, então, em relação à equidade com uma função *praeter legem* ou *contra legem*, ou, como alguns Autores lhe chamam, equidade em sentido *forte*, pois estamos a facultar aos árbitros um julgamento que aos Tribunais administrativos e Tributários, neste caso em particular, estão autorizados a fazer.

De facto, parece-nos assistir alguma razão aos Autores que negam a susceptibilidade de julgamento segundo o critério de equidade, quer no domínio administrativo, quer no domínio tributário.

Em especial, em Direito Administrativo, concordamos com JUAN ROSA MORENO quando sustenta “en modo alguno en el arbitraje administrativo puede admitirse un arbitraje *contra legem*, ni siquiera *praeter legem*, la imperatividad de las normas de Derecho Administrativo así lo impone”⁽⁷⁶⁴⁾.

Em Direito Tributário também DIOGO LEITE DE CAMPOS nega “qualquer convenção das partes para julgar conforme a equidade ou para afastar normas tributárias”⁽⁷⁶⁵⁾. Segundo EDUARDO PAZ FERREIRA⁽⁷⁶⁶⁾ admitir-se um julgamento arbitral segundo a equidade poderá colocar em causa a disponibilidade dos créditos. No estrangeiro, PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA refere que “lo que se refiere al ámbito del arbitraje tributario, entendemos que la institución a implantar en nuestra disciplina deberá caracterizarse por ser un arbitraje de Derecho, en el que los árbitros resolvieran las cuestiones litigiosas mediante la aplicación de la normativa al efecto, fundamentalmente por la existencia del principio de reserva de ley en materia tributaria”⁽⁷⁶⁷⁾.

Por sua vez, CASALTA NABAIS referindo que “a equidade não é uma ideia de todo estranha ao direito dos impostos, como o demonstra, com evidente limpidez, a tradicional e relativamente ampla admissibilidade das chamadas “medidas equitativas” bem conhecidas do direito fiscal alemão”⁽⁷⁶⁸⁾, defende não encontrar “obstáculo insuperável ao julgamento segundo a

⁽⁷⁶⁴⁾ Vide, Moreno, Juan Rosa, El Arbitraje... cit. pág. 78; do mesmo Autor veja-se-se “El Arbitraje... pág. 168.

⁽⁷⁶⁵⁾ Vide, Campos, Diogo Leite de, *A Arbitragem...*, cit. pág.49.

⁽⁷⁶⁶⁾ Vide, Ferreira, Eduardo Paz, “A Possibilidade... pág. 23.

⁽⁷⁶⁷⁾ Vide, Coloma, Paula Vicente-Arche Coloma, *El arbitraje...* cit. pág. 88.

⁽⁷⁶⁸⁾ Vide, Nabais, José Casalta, “Reflexão...”, cit. pág. 97

As medidas equitativas, que o Autor refere que podem encontrar-se no Direito alemão, resumem-se à possibilidade de (i) liquidação de um imposto com base em montante inferior (“*Abweichende Festsetzung von Steuern aus Billigkeitsgründen*” - § 163.º AO); (ii) perdão total ou parcial da dívida de imposto, quando a cobrança do imposto se mostre inequitativa (“*Erläss*” - § 227.º AO); (iii) concessão de moratórias pela

equidade na arbitragem tributária, conquanto que se perfilhe uma concepção “moderada” ou “integrativa” da equidade, isto é, uma concepção que não ignora o direito constituído, antes o adapta ou molda ao espírito do sistema em face das concretas circunstâncias do caso”⁽⁷⁶⁹⁾. Parece-nos que, em todo o caso, o que se visa aqui, tendo em atenção as medidas equitativas do Direito Fiscal alemão a que o Autor se refere, é uma aplicação do princípio da igualdade e da justiça na tributação do que propriamente de uma aplicação da equidade.

Ainda que a respeito de uma questão diferente⁽⁷⁷⁰⁾, parece-nos que fará sentido adoptarmos e adaptarmos o discurso do Professor JOAQUIM FREITAS DA ROCHA à questão analisada neste ponto. Ao admitir-se o julgamento segundo a equidade, especialmente, em relação ao acto tributário *stricto sensu*, uma vez que este está sujeito à “legalidade, em virtude da exigência constitucional de definição e determinação exclusiva dos elementos essenciais (...) por parte do legislador”⁽⁷⁷¹⁾, se o acto da administração tributária incorpora uma dívida excessiva ou inequitativa, face a um caso concreto, ou “trata-se de um acto praticado em desrespeito da lei que o enquadra (...) e, então, trata-se, tão somente, de anular a liquidação”⁽⁷⁷²⁾ e portanto estaremos ainda no domínio do julgamento da legalidade, ou “trata-se de um acto praticado em absoluto respeito pela lei e, então, será esta última que prevê uma forma de tributação violadora do princípio da equidade e da proporcionalidade”⁽⁷⁷³⁾ e por conseguinte, devem actuar os mecanismos normais de controlo da constitucionalidade.

Deste modo, andou bem o legislador ao excluir o julgamento segundo a equidade no Direito Tributário. No Direito Administrativo a solução peca pelos motivos já apontados e a entender-se possível um julgamento segundo aquilo que entendemos ser verdadeira equidade, parece-nos que, uma vez mais poderemos estar aqui perante uma norma violadora do princípio constitucional da igualdade. Com efeito, estamos a possibilitar uma justiça arbitral alternativa

Administração Tributária (“*Stundung*” - § 222.º AO) ou a pedido do devedor, possibilidade restrita aos casos de “*Einfuhr- und Ausfuhrabgaben und Verbrauchsteuern kann*” mediante a prestação de uma garantia adequada (“*Zahlungsaufschub*” - § 223.º AO); (iv) suspensão ou limitação da execução quando uma medida executiva não seja equitativa (“*Einstweilige Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung*” - § 258.º AO).

Para um estudo mais aprofundado, veja-se Nabais, José Casalta, *Contratos fiscais...* págs. 109 e ss e também sobre estas medidas enquanto fenómenos de um *Direito Tributário reflexivo*, e potenciadores da resolução alternativa de litígios em matéria tributária veja-se Rocha, Joaquim Freitas da, “Competência...págs 292 a 308.

⁽⁷⁶⁹⁾ Vide, Nabais, José Casalta, “Reflexão... cit. pág. 97

⁽⁷⁷⁰⁾ Com efeito, o Autor refere-se, mostrando uma posição crítica, à possibilidade de revisão do acto tributário, por parte da Administração Tributária, quando exista uma injustiça grave ou notória, nos termos do artigo 78.º, n.º 4 e 5 da LGT (Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, “Competência...pág. 296)

⁽⁷⁷¹⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, “Competência...cit. pág. 296

⁽⁷⁷²⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, “Competência...cit. págs. 296 e 297.

⁽⁷⁷³⁾ Vide, Rocha, Joaquim Freitas da, “Competência...cit. pág. 297

que, como vimos e contestamos, na prática, apenas é acessível a alguns. Além disso, possibilita-se que dois casos, com as mesmas características, possam ter uma solução diversa do litígio, isto porque, um foi submetido à apreciação pelo Tribunal arbitral que decidiu com base num critério de equidade e o outro, possivelmente por insuficiência de meios económicos da parte interessada, que vê o seu litígio ser decidido de diferente modo, simplesmente, porque se nega ao juiz administrativo a possibilidade de um julgamento segundo o mesmo critério. Com efeito, não nos parece uma solução compatível com o Estado de Direito.

2.7. A falta de regulamentação dos custos e encargos do Tribunal arbitral

Um problema que existe na arbitragem em matéria administrativa é a falta de regulamentação dos custos nas arbitragens em que participa o Estado e demais entes públicos. O dinheiro público é uma questão de interesse geral, daí que toda a despesa pública deva ser do conhecimento público. Se o montante dos custos das arbitragens em Direito Privado, quando ambas as partes sejam entidades privadas, ficam naturalmente na livre disponibilidade e acordo das partes, o mesmo não deve acontecer sempre que o litígio envolve o Estado ou qualquer outra entidade pública.

Deste modo, seria útil pensar, *iure condendo*, na arbitragem em matéria administrativa, na regulamentação dos custos que envolvem as arbitragens nas quais participem tais entidades, impondo limites razoáveis aos honorários dos árbitros, bem como, aos encargos administrativos. Este é um problema que se coloca, particularmente, ao nível da arbitragem *ad hoc*⁽⁷⁷⁴⁾, pois na arbitragem *institucionalizada* o regulamento das custas é de conhecimento geral. Como refere JUAN ROSA MORENO, para o sucesso da arbitragem “han de establecerse tarifas de general

⁽⁷⁷⁴⁾ A este respeito vejam-se, a título de exemplo, algumas das soluções consagradas no domínio da contratação pública: a Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/2010, de 27 de Abril que aprova a minuta do contrato de concessão do projecto, de construção, financiamento, manutenção e de disponibilização, por todo o período da concessão, da concessão RAV Poceirão-Caia, da ligação ferroviária de alta velocidade entre Lisboa e Madrid que no Capítulo XXVII, ponto 108.8 prevê que quanto aos honorários dos árbitros deverá ser observado apenas o regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa; a Resolução do Conselho de Ministros n.º 39-F/2010 que aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da concepção, projecto, construção, aumento do número de vias, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Grande Lisboa que no Capítulo XXVIII, ponto 105.10 prevê, de igual modo, que quanto os honorários dos árbitros deverá ser observado o regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

A remissão quanto aos encargos com o processo de arbitragem para o regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, não é uma boa opção do ponto de vista do interesse público e dos gastos que a arbitragem comporta para o Estado, uma vez que a tabela contém taxas bastante elevadas.

conocimiento, de tal forma que permitan calcular con anticipación y con mucha aproximación su coste”⁽⁷⁷⁵⁾.

No regime de arbitragem Tributária a definição dos custos e encargos ficou a cargo do CAAD, pelo que todos temos acesso ao regulamento das custas do processo e, uma vez que o CAAD tem como princípio fundamental o da estipulação de custos tendencialmente inferiores aos devidos nos Tribunais comuns, sempre se poderá pressupor, ainda que teoricamente, que se verificam limites razoáveis em relação aos honorários com dos árbitros⁽⁷⁷⁶⁾.

3. Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo? [Sim ou não?]

Chegados à última estação da nossa viagem, cumpre-nos responder à questão que norteou o nosso trabalho de investigação, ou seja: arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo? [Sim ou não?].

A resposta não é totalmente afirmativa, nem negativa. Com efeito, será um sim quanto aos aspectos positivos, e será um não quanto aos seus aspectos negativos.

Na análise que antecede este ponto, apontámos vários aspectos do modelo administrativo que, em nosso entendimento, deveriam ser seguidos pelo modelo tributário. Alguns desses aspectos foram já adoptados pelo legislador na consagração do RAT, outros, porém, não o foram e propomos que o venham a ser *iure condendo*.

Com efeito, andou bem o nosso legislador ao optar pela arbitragem *institucionalizada* em detrimento da arbitragem *ad hoc*. De facto, a primeira modalidade apresenta vantagens superiores às que são alcançáveis em sede da segunda modalidade. Estamos convencidos de que um Tribunal arbitral *institucionalizado*, além de se aproximar, nos seus aspectos positivos, da estrutura *física* dos Tribunais estaduais, nomeadamente, colocando ao dispor dos utentes dos centros serviços administrativos, oferece todas as vantagens inerentes ao processo de arbitragem. Ademais, é a modalidade de arbitragem que, em nosso entendimento, melhor se concilia com o interesse público inerente à matéria administrativa e tributária.

⁽⁷⁷⁵⁾ Vide, Moreno Juan Rosa, *El Arbitraje...* cit. pág. 105

⁽⁷⁷⁶⁾ Sem prejuízo da nossa crítica a respeito das situações em que o contribuinte opta por designar árbitro, não derivando a composição colectiva do Tribunal da sua escolha e, ainda assim, tenha de suportar encargos que podem tornar-se elevadíssimos porque terão de pagar a taxa de arbitragem na sua totalidade (Veja-se a nossa Parte III, § 1.º, ponto 1, sub-ponto 1.1.4.3.)

Idêntica opinião não se tem em relação ao monopólio do CAAD sobre toda a arbitragem em matéria tributária. De facto, no modelo administrativo o legislador concedeu a possibilidade de criação de centros de arbitragem para a resolução de litígios *jus-administrativos*. Embora o único centro de arbitragem em matéria administrativa existente actualmente seja o CAAD, tal não impede a criação futura de novos centros de arbitragem com idêntica competência material. Idêntica solução, não é possível em Direito Tributário, uma vez que o legislador concedeu o monopólio exclusivo ao Centro de Arbitragem Administrativa. Propõe-se, *iure condendo*, uma solução diferente e semelhante à preconizada no modelo administrativo, ou seja, a possibilidade de criação de novos centros de arbitragem em matéria tributária, independentes do CAAD e da própria arbitragem em Direito Administrativo.

A consagração de um princípio geral de recorribilidade das decisões arbitrais, tal como existe actualmente em Direito Administrativo, seria de toda a importância, sob pena do RAT colidir no seu regime de recursos, excessivamente limitado, com o Direito de *acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva*, em especial, com o princípio do duplo grau de jurisdição que nos parece que não pode ser vedado, pois compreendido pelo conteúdo material deste Direito Fundamental. Para não menosprezar as vantagens que se esperam da arbitragem, propõe-se, *iure condendo*, a possibilidade de constituição de uma segunda instância arbitral. Faculdade essa que, em termos teóricos, nos parece poder já ser colocada em prática na arbitragem em matéria administrativa.

Além dos aspectos positivos do modelo administrativo, identificamos vários aspectos negativos do modelo que devem apartar-se, alguns dos quais já o foram no RAT, do modelo tributário.

Um dos problemas do modelo administrativo, que não deveria ter-se repetido no modelo tributário, mas verificamos nele existir, é o da parca clareza e insuficiente densificação de algumas disposições do regime de arbitragem que, em alguns casos, colide com o *princípio da segurança jurídica*. É impreterível um modelo que seja capaz de assegurar aos destinatários das normas segurança e confiança jurídica, pelo que é imperativo, *iure condendo*, pensar-se numa densificação e clarificação de algumas das normas, em relações as quais verificamos ser mais visível este problema, sob pena da sua colisão com um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, ou seja, da segurança e protecção jurídica.

Importa, agora, salientar os aspectos negativos do modelo administrativo que foram ultrapassados pelo legislador na consagração do RAT. Estamos a pensar na possibilidade do

controlo do mérito e da conveniência da actuação administrativa que, em nosso entendimento, colide com o princípio da separação de poderes e que, do nosso ponto de vista, bem, o legislador não deixa dúvida de que no regime de arbitragem em matéria tributária tal não é possível. Outro aspecto negativo do modelo administrativo contende com inexistência de critérios específicos de selecção dos árbitros e respectivos impedimentos, problema ultrapassado, pelo menos teoricamente, no modelo tributário. No que respeita ao critério da equidade, andou bem o legislador, no modelo tributário, ao apartar essa possibilidade que, na verdade, não se sabe em que termos e com que amplitude é admissível no Direito Administrativo. Outro aspecto negativo do modelo administrativo ultrapassado pelo legislador no modelo tributário é a insuficiente densificação e juridificação do processo de arbitragem que, a não verificar-se, poderia contender com a garantia do direito ao *processo equitativo*. No modelo tributário, o legislador andou bem ao definir um conjunto de princípios fundamentais e estipulando as regras a que deve obedecer o processo arbitral. Neste particular merece destaque o princípio da publicidade das decisões, que não está consagrada na arbitragem em matéria administrativa e nos parece de toda a importância que, *iure condendo*, o venha a ser. No modelo administrativo a excessiva remissão para a LAV, quanto ao processo arbitral, é claramente insuficiente do ponto de vista do interesse público envolvido numa arbitragem com objecto público. Ainda que a arbitragem tenha como pressuposto a informalidade e a flexibilização das regras processuais, tal não pode significar a inexistência ou insuficiente juridificação do processo de arbitragem.

Não podemos ignorar o precioso contributo do modelo administrativo para a consagração da arbitragem no domínio tributário. Verificamos alguns aspectos positivos daquele modelo que se espera, *iure condendo*, que venham a ser seguidos pelo modelo de arbitragem tributária. Resta-nos concluir que o modelo administrativo, talvez porque prévio ao modelo tributário, apresenta, contudo, alguns problemas que foram e, bem, ultrapassados no regime da arbitragem em matéria tributária. Porque não outro trabalho de investigação, cuja questão norteadora seja agora: Arbitragem em matéria administrativa: à semelhança do modelo tributário?

Conclusões

- I. A arbitragem tem uma história milenar, portanto a sua crescente afirmação na sociedade portuguesa e no universo jurídico nada mais é do que um *regresso* do passado ao presente;
- II. À luz da Constituição da República Portuguesa os Tribunais arbitrais são verdadeiras categorias de Tribunais e os árbitros exercem uma função jurisdicional;
- III. Segundo as correntes pós-modernas encontramos-nos numa fase de *transição paradigmática*, em que os conceitos tradicionais de Direito e de Estado estão em crise;
- IV. Tal, repercute-se na insuficiência das instituições modernas em dar uma resposta aos problemas oriundos desta sociedade de *transição*;
- V. Face à insuficiência das instituições modernas, entre as quais, a instituição judiciária a cargo do Estado, a arbitragem assume-se como um meio de resolução de litígios *re-descoberto* e em crescente afirmação;
- VI. A arbitragem é um meio de resolução jurisdicional de litígios, alternativo aos Tribunais do Estado, em que um terceiro imparcial, árbitro, põe termo ao conflito e cuja decisão tem força de caso julgado e executiva;
- VII. Distingue-se, pois, de outros meios alternativos de resolução de litígios, que existem ou poderão vir a existir, quer no Direito Administrativo, quer no Direito Tributário;
- VIII. Podemos distinguir diferentes modalidades de arbitragem, ou seja, entre a arbitragem voluntária ou necessária; *ad hoc* ou *institucional*; de Direito ou de equidade; interna ou internacional;
- IX. Existem três correntes principais que se debatem em torno da natureza jurídica da arbitragem: a corrente jurisdicional, a corrente contratual e a corrente mista;
- X. Em nosso entendimento a corrente que melhor explica a natureza jurídica da arbitragem é a corrente mista, que conjuga elementos da corrente jurisdicional e da corrente contratual;
- XI. A arbitragem aproxima-se da corrente contratual, na medida em que tem como berço uma convenção, mas, quanto aos seus efeitos, recolhe influências da corrente jurisdicional, dado que a sentença arbitral tem idêntico valor jurídico ao de uma sentença de um Tribunal do Estado;

- XII. A arbitrabilidade consiste na qualidade inerente a um determinado litígio de poder ser submetido a apreciação pelo Tribunal arbitral;
- XIII. A arbitrabilidade *ratione personae* dos litígios em que intervém o Estado ou demais entes públicos decorre expressamente da primeira parte do artigo 1.º, n.º 4 da LAV, vigorando, entre nós, um *princípio geral de livre arbitrabilidade dos litígios* em que pelo menos uma das partes é um ente público;
- XIV. A arbitrabilidade *ratione materiae* dos litígios em que intervém o Estado ou demais entes públicos decorre da leitura da 2.ª parte do artigo 1.º n.º 4 da LAV, sendo que quando os litígios emergem de uma relação jurídica de Direito Público, *maxime* do Direito Administrativo e do Direito Tributário, terá que existir *lei especial* a autorizar a arbitragem;
- XV. Após a superação de diversos obstáculos, existe, actualmente, quer em Direito Administrativo, quer em Direito Tributário, *lei especial* a autorizar a arbitragem;
- XVI. Os obstáculos à arbitrabilidade dos litígios de Direito Público foram sendo superados pela doutrina e jurisprudência, mas não deram, ainda, lugar a um *princípio geral de livre arbitrabilidade* em Direito Administrativo e em Direito Tributário;
- XVII. No ordenamento jurídico português, após a reforma do contencioso administrativo em 2002/2004, é o CPTA, no seu título IX e nos artigos 180.º a 187.º, que regula de um modo geral a arbitragem em matéria de Direito Administrativo e que constitui *lei especial* para o efeito do disposto no artigo 1.º, n.º 4 da LAV;
- XVIII. Contudo, o regime consagrado no CPTA remete, quase integralmente, para as disposições da LAV, levando, conseqüentemente, à existência de inúmeras dúvidas, as quais, porque específicas do Direito Administrativo, não encontram resposta na lei de arbitragem voluntária;
- XIX. Além disso, estão espalhadas, em diversos diplomas avulsos, no domínio da contratação pública, inúmeras regras especiais sobre arbitragem e que também se mostram, na maioria das vezes insuficientes do ponto de vista do interesse público;
- XX. Uma das grandes novidades do regime de arbitragem instituído em Direito Administrativo, consiste na autorização para a criação de centros de arbitragem;
- XXI. O recurso a tais centros é consagrado como um verdadeiro direito potestativo, a favor, unicamente, do particular interessado;

- XXII. A consagração desta modalidade de arbitragem na justiça administrativa impulsionou o emergir um novo paradigma de justiça em Direito Administrativo que contagiou o Direito Tributário;
- XXIII. O período de gestação entre a autorização concedida pela lei *processual* administrativa e a criação do primeiro centro de arbitragem administrativa foi bastante extenso, pois, só em 2009, foi autorizada a criação de um centro de arbitragem;
- XXIV. O centro de arbitragem funciona sob a égide de uma associação denominada Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) e é o único centro de arbitragem em matéria administrativa existente actualmente;
- XXV. A arbitragem em matéria tributária é hoje uma realidade, pois o Decreto-Lei n.º 10/2011 de 20 de Janeiro consagrou no nosso ordenamento jurídico o RAT;
- XXVI. O *supra* referido diploma constitui, por sua vez, *lei especial* à face do artigo 1.º, n.º 4 da LAV e institui um regime e processo de arbitragem especificamente pensado para as matérias tributárias;
- XXVII. Os *Tribunais arbitrais tributários* funcionam no CAAD e a vinculação da Administração Tributária à sua jurisdição depende de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça;
- XXVIII. A *auto-vinculação* da Administração Tributária materializa-se num direito potestativo que se manifesta na esfera da Administração Tributária, a favor do contribuinte interessado em recorrer à arbitragem;
- XXIX. A arbitragem em matéria tributária, enquanto mecanismo de resolução de conflitos a nível interno, é uma tendência ainda muito embrionária, pois, da análise em Direito Comparado facilmente se depreende que na maior parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros não existe uma disposição sobre arbitragem no domínio destas matérias;
- XXX. No entanto, além do nosso ordenamento jurídico, é possível encontrar *iure conditio* uma referência à arbitragem em matéria tributária nos E.U.A. e na Venezuela;
- XXXI. Em comparação aos *supra* referidos ordenamentos estrangeiros, o projecto nacional apresenta-se como uma realidade bem mais ampla e arrojada;

XXXII. Ainda assim, apresenta-se, em determinados aspectos, mais próximo do modelo venezuelano do que do modelo norte-americano;

XXXIII. Na arbitragem em matéria administrativa são exemplos de um modelo a seguir [alguns dos quais já o foram e, outros, espera-se que o venham a ser] pelo regime de arbitragem em Direito Tributário, a delimitação das matérias arbitráveis de acordo com critério da disponibilidade do Direito; o princípio geral da recorribilidade das decisões arbitrais, sob pena de colisão com Direito Fundamental de *acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva*; a consagração da modalidade de arbitragem institucionalizada; a possibilidade de criação de outros centros de arbitragem em matéria tributária, além do CAAD, e independentes da arbitragem em matéria administrativa;

XXXIV. Na arbitragem em matéria administrativa são exemplos de um modelo a não seguir [alguns dos quais não foram efectivamente seguidos e, outros, indesejavelmente, foram-no] pelo regime de arbitragem em Direito Tributário, a inexistência de apoio judiciário pois colide com a *dimensão prestacional* do Direito Fundamental de *acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva*; a insuficiente densificação e juridificação do processo de arbitragem que pode colidir com a garantia de concretização de um processo equitativo, devido, por um lado à excessiva remissão para a LAV e existência de regras especiais que integram diversas soluções ininteligíveis e, por outro lado, devido à falta de publicidade das decisões arbitrais, não assegurando um processo transparente; a parca clareza e insuficiente densificação de algumas disposições do regime de arbitragem em matéria administrativa que colide com o princípio da segurança jurídica; a não consagração de critérios de selecção dos árbitros e respectivos impedimentos que pode contender com a garantia de uma boa decisão e com as impreteríveis garantias de imparcialidade; o controlo do mérito e da conveniência da actuação administrativa que colide com o princípio da separação de poderes; o critério da equidade que é uma *arma perigosíssima* e que colide com o princípio material da igualdade; e finalmente, a falta de regulamentação dos custos e encargos do Tribunal arbitral;

XXXV. Em suma deixa-se a seguinte proposta: Porque não outro trabalho de investigação, cuja questão norteadora seja, agora, arbitragem em matéria administrativa: à semelhança do modelo tributário?

Bibliografia

Aguero, Antonia Agulló, “La introducción en el Derecho Tributario Español de las fórmulas convencionales previstas en la Ley 30/1992”, in *Convención e Arbitrage en el Derecho Tributario*, org. Gabriel Elorriaga Pisarik, Marcial Pons, Instituto de Estudios Fiscales, 1996, págs. 181 a 190.

Almeida, Mário Aroso de, “A arbitragem no direito administrativo português”, in *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, INAP, 1.ª Edição, Madrid, 2004, págs. 95 a 118;

___ “O novo direito à outorga do compromisso arbitral (artigo 182.º do CPTA)”, in *IV Conferência: Meios alternativos de Resolução de litígios*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Lisboa, 2005, págs. 21 a 31;

___ “Arbitragem em matéria administrativa” in *Resolução Alternativa de Litígios*, Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE, Agora comunicação, Açores, 2006, págs. 15 a 22;

___ *O Novo Regime de Processo nos Tribunais Administrativos*, Reimpressão da 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007.

Almeida, Mário Aroso de, Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

Amaral, Diogo Freitas do, “A crise da justiça”, in *Análise Social*, vol. XXXIV, n.º 154-155, 2000, págs. 247 a 257;

___ *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, Vol. II, Almedina Coimbra, 2004, págs. 624 a 635;

___ *Curso de Direito Administrativo*, reimpressão da 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011.

Amaral, Diogo Freitas do; Almeida Mário Aroso de, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, 3.ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2007.

Amaral, Diogo Freitas do; Quadro, Fausto de; Andrade, José Carlos Vieira de, *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 2002.

Amorim, João Pacheco de; Soares, Bárbara M., “Algumas considerações em torno dos centros de arbitragem voluntária institucionalizada e dos respectivos regulamentos arbitrais”, in *A*

Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 48 a 59.

Andrade, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010;

___ Andrade, José Carlos Vieira de, *A justiça Administrativa - Lições*, 11.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011.

Aucejo, Eva Audrés, *La Resolución Alternativa de Conflictos Tributários en Itália*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008.

Ault, Hugh J., “Arbitration in International Tax Matters: Some Structural Issues”, in Liber Amicorum Sven-Olof Lodin, coord., Krister Andersson, Peter Melz, Christer Silfverberg, Kluwer Law International, The Hague, 2001, págs. 55 a 63.

Barbosa, Lúcio de Assunção, “A Arbitragem em Direito Tributário”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 9 a 12.

Barreto, Irineu Cabral, “Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Direito ao exame da causa publicamente”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 75/76, 1998.

Barrocas, Manuel Pereira, “Necessidade de uma nova ordem judicial. A arbitragem”, in *ROA*, Vol. II, Ano 45, Setembro 1985, págs. 433 a 456;

___ *Manual de arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010.

Benvenuti, Feliciano, “L’arbitrato tra stato e società”, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, coord. Ugo Draetta, E.G.E.A, Milão, 1991, págs 19 a 32.

Benyekhlef, Karim, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Éditions Thémis, Montréal, 2008.

Bolado, Roberto O. Bustillo, *Convenios Y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional Del Procedimiento*, 3.ª Edição, Thomson Reuters, 2010.

Boscolo, Emanuele, “L’arbitrato nei rapporti tra cittadini ed amministrazione”, in *L’arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, Giuffré Editore, Milão, 2007.

Caia, Giuseppe, “L’ arbitrato nella pubblica amministrazione. Vivenda storica”, in in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, coord. Ugo Draetta, E.G.E.A, Milão, 1991, págs. 33 a 86.

Calheiros, Clara, “Do Estado: história e conceitos” in *Teoria do Estado Contemporâneo*, Organização Paulo Ferreira da Cunha, n.º de edição 2741, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2003, págs. 9 a 23.

Câmara, Francisco de Sousa da, “A Convenção da Arbitragem: Inter-Ação Entre Meios de Reacção” in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010... págs. 95 a 106.

Campos, Diogo Leite de, *O Sistema Tributário no Estado dos Cidadãos*, Almedina, 2006;

___ “A arbitragem voluntária, jurisdição típica do Estado-dos-Direitos e dos-cidadãos”, separata da obra, *A Evolução do Direito no século XXI. Estudos em homenagem do Professor Doutor Arnold Wald*, Almedina, Coimbra, 2007;

___ “Da jurisdição do Estado à jurisdição dos Cidadãos” in *NewsLetter DGAE (Direcção-Geral da Administração Extrajudicial)*, n.º 25, Março, 2007, págs. 19 a 24;

___ “Da jurisdição do Estado à jurisdição dos Cidadãos” in *II Colectânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Fevereiro de 2008, págs. 108 a 116;

___ “A indisponibilidade dos créditos tributários e a arbitragem”, in *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, Ano II, Número1, 2009, págs. 63 a 73;

___ *A Arbitragem Tributária: “A Centralidade da Pessoa”*, Almedina (Edições digitais), Coimbra, 2010;

___ “A possibilidade das arbitragem tributária”, *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, 2010, págs. 35 a 41.

Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, Almedina, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 1993;

___ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 10.ª reimpressão, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011.

Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I - Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007;

___ *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II – artigos 108.º a 296.º*; 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

Caramelo, António Sampaio, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de “jure condendo”, in *ROA*, ano 66, II, Dezembro de 2006, págs. 1233 a 1265;

___ “Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Editora Revista dos Tribunais, Ano 7, 2010, págs. 129 a 161.

Carvalho, Cláudio, “As reclamações prévias em matéria tributária”, in *Scientia Iurídica*, n.º 314, Braga, Abril/Junho, 2008, págs. 285 a 307.

Castro, Catarina Sarmiento e, “Organização e competência dos tribunais administrativos” in *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

Caupers, João, “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, in *CJA*, n.º 18, Braga, 1999, págs. 3 a 11;

___, “A arbitragem na nova justiça administrativa”, in *CJA*, n.º 34, Braga, 2002, págs. 65 a 68;

___ *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª Edição, Âncora Editora, Lisboa, 2009.

Cebola, Cátia Marques, *A Mediação: Um novo instrumento da Administração da Justiça para a resolução de conflitos*, Tese de Doutoramento Europeu da Autora, realizada sob a orientação de Fernando Martín Diz, Tradução do resumo e das conclusões para português, Universidade de Salamanca, Faculdade de Direito, 2011, por gentil cedência da Autora, a Exma. Doutora Cátia Cebola Marques;

___ “A Arbitragem no Contexto Ambiental e Urbanístico”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 4 a 18.

Claro, João Martins, “A arbitragem no anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, in *CJA*, n.º 22, Julho/Agosto, 2000, págs. 83 a 87;

___ *IV Conferência: Meios alternativos de Resolução de litígios*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Lisboa, 2005, págs. 33 a 49.

Coloma, Paula Vicente-Arche, *El Arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Correia, José Manuel Sérvulo, “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, 1995, págs. 229 a 263.

Cortez, Francisco, “A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privados”, in *O Direito*, Lisboa, 1992, págs. 365 a 587.

Costa, Salvador da, *Regulamento das Custas Processuais Anotado e Comentado*, 3.^a Edição, Almedina, 2011.

Cunha, Paulo Ferreira da, Silva, Joana Aguiar e, Soares, António Lemos, *História do Direito - Do Direito Romano à Constituição Europeia*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010.

Damsma, Bernard, “Proposed Changes to the Code of Conduct for the Arbitration Convention”, in *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 17, n.º 1, 2010.

Duque, José Paulo Vieira, “A resolução alternativa de litígios e o contrato de empreitada de obras públicas”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca págs., 73 a 101.

Esquivel, José Luís, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2004;

___ *IV Conferência: Meios alternativos de Resolução de litígios*, Agora Comunicação, 1.^a Edição, Lisboa, 2005, págs. 51 a 59;

___ “A Arbitragem Institucionalizada e os conflitos de Direito Administrativo”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.^a Edição, 2010, págs. 121 a 129.

Hanotiau, Bernard, “L'Arbitrabilité”, in *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer law international, The Hague, 2003, págs. 29 a 264.

Henn, John, “Onde resolver os seus litígios de negócios? Por arbitragem ou em tribunal judicial?” in *Resolução Alternativa de Litígios*, Colectânea de textos publicados na NewsletterDGAE, Agora comunicação, Açores, 2006, págs. 23 a 31.

Janeiro, Domingo Bello, “El futuro del Arbitraje en España”, in *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Editorial Aranzandi, Navarra, 2008, págs. 839 a 854.

Jestin, Kevin, “Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal”, in *Jurisdoctoria*, n.º 2, 2009, texto disponível em www.jurisdoctoria.net, com último acesso em 08/07/2011.

Farinho, Domingos Soares, “Algumas Notas Sobre o Modelo Institucional do Centro de Arbitragem”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 11 a 17.

Feio, Diogo, “Arbitragem Fiscal em Portugal: o início de um caminho”, in *NewsLetter DGAE (Direcção-Geral da Administração Extrajudicial)*, n.º 25, Março, 2007, págs. 29 a 33;

— “Arbitragem Fiscal em Portugal: o início de um caminho”, in *II Colectânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Fevereiro de 2008, págs. 96 a 107.

Ferreira, Eduardo Paz, “A possibilidade da arbitragem tributária”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, 2010, págs. 15 a 24.

Fonseca, Isabel Celeste M., “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?” in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 35 a 47.

Fontes, Tito Arantes, “A Arbitragem Tributária no Ordenamento Legal Português”, *II Colectânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Fevereiro de 2008, págs. 91 a 95.

Fouchard; Gaillard; Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Edited by Emmanuel Gaillard e John Savage, Kluwer Law Arbitration, The Hague, The Netherlands, 1999.

Foussard, Dominique, “L'arbitrage en matière administrative. Histoire, Hasard, Préjugés, Raison ?”, in *La Revue des Juristes*, n.º 2, Abril, 2010, págs. 29 a 39.

Frydman, Benoît, *Les Transformations du Droit Moderne: Introductions aux grands courants de la pensée juridique*, Kluwer Éditions Juridiques Belgique et E. Story-Scientia, Kouterveld 2, 1999.

Gama, João Taborda da, “Primórdios da Jurisprudência Arbitral do Centro de Arbitragem” in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 47 a 57.

Garcez, José Maria Rossani, *Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos recentes*, Editora Del Rey, Lda., Belo Horizonte, 2007.

Godoi, Marciano de Seabra, “A arbitragem em Direito Tributário – Traços gerais”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 73 a 81.

Gonçalves, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999;

___ *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, reimpressão da Edição de 2005, Almedina, Coimbra, 2008.

Henn, John, “Onde resolver os seus litígios de negócios? Por arbitragem ou em tribunal judicial?” in *Resolução Alternativa de Litígios*, Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE, Agora comunicação, Açores, 2006, págs. 23 a 31.

Lapatza, José Juan Ferreiro, “Arbitraje Sobre Relaciones Tributarias”, in *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, org. Gabriel Elorriaga Pisarik, Instituto de Estudios Fiscales, 1996, págs. 263 a 265.

Lapatza, Ferreiro; González Luis Alonso; Aucejo, Eva Andrés; Fernández, Blanca Bosch; Chuecos, Montserrat Casanellas; García, Francisco Cañal; Frias, Ángeles García; Novoa, César Garcia; Rozas, José Andrés; Albalat, Susana Sartorio; Tovillas, José Mª; Martín, Sonia; Pardo, Luisa Esteve; Lucas, Cristian Oliver; Lobenhoffer, Martin; Fernández-Grande, Rafael Olañeta; Paz, María Olay de; Galtés Joan Pagés; Ferrer, Esteban Quintana; Mora, Vicente Royuela, *La Justicia Tributaria en España. Informe sobre las relaciones entre la Administración y los contribuyentes y la resolución de conflictos entre ellos*, Edición Marcial Pons, Madrid, 2005.

Leitão, Alexandra, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002.

Lobo, Carlos, “A arbitragem e a fixação da matéria colectável por métodos indirectos”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010 págs. 147 a 155.

Lora, Alejandro Huergo, “El arbitraje en el Derecho Administrativo”, in *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, org. Silvia Barona Vilar, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 269 a 286.

Loureiro, Carlos, “Arbitragem Fiscal Internacional. Uma Realidade Crescente”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010 págs. 95 a 106.

Madrid, Rafael Badell, “Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecheo Venezolano. Especial Referencia al Arbitraje en los Contratos Administrativos”, in *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farias da Mata*, coord. Rafael Badell Madrid, Primera Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, págs. 103 a 187.

Martinez, José Maria Roca, *Arbitraje e Instituciones arbitrales*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1992.

Mas, Joaquín Tornos, El arbitraje en el Derecho Administrativo Español. Principales problemas y últimas novedades” in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 193 a 211.

Miranda, Agostinho Pereira de, Matias, Célia Ferreira, “Regresso ao futuro: apontamentos sobre a história da arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano I, 2008, págs. 26 a 31.

Moncada, Luís Cabral, “Modelos alternativos de justiça; a arbitragem no Direito Administrativo”, in *O Direito*, Ano 142º, Vol. III, Novembro 2010, págs. 481 a 495.

Montalvo, Rafael Fernández; Gamello, Pilar Teso; Laso, Ángel Arozamena, *El Arbitraje: Ensayo de Alternativa Limitada Al Recurso Contencioso-Administrativo*, org. Consejo General del Poder Judicial, Lerko Print, S.A., Madrid, 2004.

Monteiro, Nuno Peres, “Richard Rorty: Liberalismo Pragmático”, in *Pensamento Político Contemporâneo: Uma Introdução*, org. João Carlos Espada, João Cardoso Rosas, Editora Bertrand, Chiado, 2004.

Moreira, Rui, “O Instituto de Arbitragem Comercial”, in *II Colectânea de Textos publicados na Newsletter GRAL*, org. Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, 1.ª Edição, 2008, págs. 63 a 68.

Moreno, Juan Rosa, *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998;

___ “El arbitraje en el Derecho Administrativo Español” in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 151 a 192.

Moschetti, Francesco, “Las posibilidades de acuerdo entre la administración financeira y el contribuyente en el ordenamiento italiano” in *Convención e Arbitrage en el Derecho Tributario*, org. Gabriel Elorriaga Pisarik, Marcial Pons, Instituto de Estudios Fiscales, 1996, págs. 119 a 131.

Nabais, José Casalta, *Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994;

___ *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Reimpressão de Outubro de 2010, Almedina, Coimbra, 2010;

___ “Reflexão breve sobre a introdução da arbitragem tributária”, in *Mais justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 83 a 102.

Navarrete, Antonio María Lorca, “Garantias Ordinárias versus Garantias Constitucionales en el Arbitraje?”, in *Arbitragem e Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, Editora Atlas, São Paulo, 2007.

Nogueira, José Duarte, “A Arbitragem na História do Direito Português (Subsídios)” in *Revista Jurídica Lisboa*, 1996, págs. 9 a 35.

Novoa, César García, “El arbitraje y las cláusulas antiabuso” in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, 2010, págs 129 a 144.

Núncio, Paulo, “A arbitragem em Direito Tributário – Traços gerais” in *Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 63 a 71.

Oliveira, Ana Perestrelo de, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Almedina, 2007;

___ "Da arbitragem administrativa à arbitragem fiscal: notas sobre a introdução da arbitragem em matéria tributária, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 131 a 147.

Oliveira, António Cândido de, "Resolução alternativa de litígios: as impugnações administrativas", in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 113 a 120.

Oliveira, Maria da Conceição, "Mediação e Arbitragem no Roteiro da "Boa Administração" in *Mais justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 59 a 77.

Ortega, Ricardo Riviero, "Repensando el estado de derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la administración", in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Francisco Sosa Wagner, Separata da obra, págs.. 2487 a 2497.

Otero, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, 2.ª reimpressão da edição de Maio de 2003, Almedina, Coimbra, 2011.

Palma, Clotilde Celorico, "A arbitragem internacional", in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010 págs. 119 a 125.

Parada, Ramón, "Arbitraje Y Derecho Administrativo. La Actividade Arbitral de la Administración", in *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 0, Escola Galega e Administración Pública, Santiago de Compostela, 1992, págs. 13 a 43.

___ *Derecho Administrativo I: Parte General*, 17.º Edição, Marcial Pons, Madrid, 2008.

Park, William W., "Control Mechanisms in International Tax Arbitration", in *Resolution of Tax Treaty Conflicts by Arbitration*, Vol. 18e, Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer – Boston, 1994, págs. 35 a 50.

Pereira, André Gonçalves; Quadros, Fausto de, 3.ª Edição, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 2011.

Peters, Elizabeth; Rosenbloom, H. David, "From arbitration to zero withholding: A Primer on the Canada-U.S. Treaty Protocol", in *Tax notes international*, Vol. 51, n.º 7, Agosto 2008.

Pereira, Fernanda da Silva, *Arbitragem voluntária nacional – Impugnação de sentenças arbitrais: O tortuoso e longo caminho a percorrer*, Livraria Petrony, 2009.

Pereira, Rui Ribeiro, “Breves notas sobre o regime da arbitragem tributária” in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 110 a 120.

Perestrello, Marcos, “A Arbitragem institucionalizada: três passos para o seu desenvolvimento”, in *Resolução Alternativa de Litígios*, Colectânea de textos publicados na NewsletterDGAE, Agora comunicação, Açores, 2006, págs. 13 e 14.

Pinheiro, Luís lima, Pinheiro, Luís Lima, “Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)” in *ROA*, Vol. I e II, Ano 64, Novembro 2004, texto disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos> , com último acesso em 10/10/2010;

___*Arbitragem transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005;

___“Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, in *ROA*, Vol. III, Ano 67, Dezembro de 2007, texto disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos>, com último acesso em 15/08/2011;

___“Tópicos para uma reforma da Lei Portuguesa da Arbitragem Voluntária”, in *II Colectânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Fevereiro de 2008, págs. 69 a 78.

Pires, Edmundo Balsemão, *A sociedade sem centro: diferenciação funcional e unidade política da sociedade: a partir da obra de N. Luhmann*, Editora Autonomia 27, Lisboa, 2004.

Predieri, Alberto, “L’ arbitrato nella pubblica amministrazione. Prospettive”, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, coord. Ugo Draetta, E.G.E.A, Milão, 1991, págs. 87 a 93.

Quadros, Fausto de, “A arbitragem em Direito Administrativo” in *Mais justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 103 a 112.

Ramos, Diogo Ortigão; Matos, Pedro Vital, “Admissibilidade da Arbitragem Tributária no âmbito do Ordenamento Jurídico Português”, in *Newsletter DGAE (Direcção-Geral da Administração Extrajudicial)*, n.º 25, Março, 2007, págs. 25 a 28;

___ “Admissibilidade da Arbitragem Tributária no âmbito do Ordenamento Jurídico Português, in *II Colectânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Fevereiro de 2008, págs. 81 a 90.

Reis, João Luís Lopes dos, *Representação Forense e Arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

René, David, “Arbitrage et droit comparé”, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 11, n.º1, Janvier-mars, 1959, págs. 5 a 18.

Ristuccia, Sérgio, “Perché arbitrato e Pubblica Amministrazione”, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, coord. Ugo Draetta, E.G.E.A, Milão, 1991, págs. 1 a 18.

Rocha, Joaquim Freitas da, “Competência dos tribunais tributários, pós-modernidade jurídica e des-jurisdicionalização”, in *Revista Scientia Iuridica*, n.º 310, Abril/Junho, 2007;

___ *Constituição, ordenamento e conflitos normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;

___ *Apontamentos de Direito Tributário (A relação Jurídica Tributária)*, AEDUM, Braga, 2009;

___ *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 4.ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 2011;

___ “A desestadualização do direito tributário. Em particular, a privatização do procedimento e a arbitragem” in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 60 a 62.

Romão, Filipe “A arbitragem em Direito Tributário – Traços gerais” in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs.45 a 61.

Rodrigues, Anselmo, “A possibilidade de arbitragem tributária”, in *Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 25 a 34.

Sá, Eduardo Alves de, *Comentário do Código de Processo Civil Português*, vol. 2, Typ. De Cristovão Augusto Rodrigues, Lisboa, 1878.

Santos, Boaventura Sousa, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, 6ª Edição, Edições Afrontamento, Porto, 1989;

___“porque é tão difícil construir uma teoria crítica?”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 59, 1999, págs. 197 a 215;

___“poderá o direito ser emancipatório?”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 65, Maio de 2003, págs. 3 a 76.

Scoca, Gaetano Franco, “La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri” in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, coord. Ugo Draetta, E.G.E.A, Milão, 1991, págs 95 a 110.

Serra, Manuel Fernando dos Santos, “A Arbitragem Administrativa em Portugal. Evolução Recente e Perspectivas”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, págs. 19 a 29.

Serrano, M^a Luisa González-Cuéllar Serrano, “Las Actas de Conformidad y Las Actas con Acuerdo en la Nueva Ley General Tributaria” in *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, org. Eusebio González García Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 463 a 481.

Silva, Paula Costa e, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, in *ROA*, Ano 56, Janeiro 1996, págs.179 a 207.

Silva, Paula Costa e; Pina, Miguel Esperança; Gouveia, Rita; Miranda, Agostinho Pereira de; Fontes, Tito Arantes; Pimentel, João; Casanova, Nuno Salazar; Pereira, Frederico Gonçalves; Monteiro, Nuno Libano, “Lei da Arbitragem Voluntária em Debate”, in *II Colectânea de Textos Publicados na NewsletterGRAL*, coord. António Teixeira Duarte, Agora Comunicação, 1.ª Edição, Fevereiro de 2008, págs. 28 a 57.

Sousa, Jorge Manuel Lopes de, “Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 63 a 72.

Sousa, Marcelo Rebelo de, “As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal”, in *ROA*, ano 49, Vol.II, Setembro 1989, págs. 369 a 463.

Soutelinho, Susana, “A arbitragem tributária – uma realidade?”, in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, págs. 121 a 126.

Tella, Ramón Falcon y, “El arbitraje tributario”, in *Convención e Arbitrage en el Derecho Tributario*, org. Gabriel Elorriaga Pisarik, Instituto de Estudios Fiscales, 1996, págs. 257 a 261.

Tello, Jesús López Tello, “Arbitragem Internacional” in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 107 a 117.

Torres, Anselmo, “A possibilidade de Arbitragem Tributária”, in *A Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campo e Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs 25 a 34.

Varela, Antunes, “Valor da equidade como fonte de direito”, in *CTF*, n.º 92 e 93, Agosto/Setembro de 1966.

Varela, Antunes, Bezerra, J.Miguel, Nora, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 303.

Vaz, A. M. Pessoa, “Da crise da justiça em Portugal, Os grandes paradoxos da política judiciária nos últimos cinquenta anos”, in *ROA*, Vol. III, Ano 46, Dezembro 1986, págs. 625 a 731.

Ventura, Raul, “Convenção de Arbitragem”, in *ROA*, Ano 46, Lisboa, Setembro 1986, págs. 289 a 413.

Vieira, Mónica de Brito; “Jurgen Habermas: Uma Teoria discursiva na Democracia”, in *Pensamento Político Contemporâneo: Uma Introdução*, org. João Carlos Espada, João Cardoso Rosas, Editora Bertrand, Chiado, 2004;

— “Ética Profissional e Responsabilidade Social”, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010.

Villa-Lobos, Nuno, “Nota Introdutória. CAAD, um primeiro balanço”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, org. Nuno de Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira, Coimbra Editora, 1.^a Edição, 2010, págs. 11 a 17, em especial, cit. págs. 12 e 13);

—“Arbitragem Administrativa. Novos Desafios”, in, págs. 102 a 109 in *A Arbitragem Administrativa (e Tributária): Problemas e desafios*, coord. Isabel Celeste Fonseca, no prelo, Almedina, Coimbra, 2011, por gentil cedência da coordenadora da obra e co-orientadora da presente tese de mestrado, a Exma. Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca.

Jurisprudência Consultada

Tribunal Constitucional:

Acórdão n.º 230/86 de 08/07/1986; Acórdão n.º 32/87 de 28/01/1987; Acórdão n.º 33/88 de 02/02/1988; Acórdão n.º 339/90 de 17/12/1990; Acórdão n.º 352/91 de 04/07/1991; Acórdão n.º 467/91 de 17/12/1991, Acórdão n.º 52/92 de 14/03/1992; Acórdão n.º 489/95 de 27/09/1995 Acórdão n.º 250/96 de 29/02/1992; Acórdão n.º 506/96 de 21/03/1996; Acórdão n.º 25/01, de 30/01/2001; Acórdão n.º 311/08 de 30/05/2008.

Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão de 18/01/2000, proc. n.º 99A1015.

Supremo Tribunal Administrativo:

Acórdão de 3/07/1990, proc. n.º 026288; Acórdão de 10/07/1990, proc. n.º 026215; Acórdão de 14/02/1991, proc. n.º 027705; Acórdão de 05/05/1992, proc. n.º 026216; Acórdão de 19/02/1997, proc. n.º 029768; Acórdão de 28/09/1999, proc. n.º 029777; Acórdão de 29/04/2005, proc. n.º 0636/04. Acórdão de 25/06/2009, proc. n.º 0296/09.

Tribunal Central Administrativo do Sul:

Acórdão de 11/10/2007, proc. n.º 01163/05 Acórdão de 12/03/2009, proc. n.º 03097/07; Acórdão de 27/04/2010, proc. n.º 03586/08.

Tribunal da Relação do Porto:

Acórdão de 27/05/1993, proc. n.º 0310984; Acórdão de 29/11/2010, proc. n.º 850/08.OTBPVZ.P1.

Tribunal Constitucional Espanhol:

Sentença 62/91 de 22/03/1991; Sentença 334/1993 de 15/11/1993.