

Arbitrabilidade no Direito Administrativo

(Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias)

Artigo escrito em Agosto de 2015, que serviu de base a uma palestra
efetuada pelo Autor, em São Paulo, no Instituto de Engenharia

1. Como é sabido, arbitrabilidade significa a qualidade legal de um litígio que lhe permite ser resolvido mediante arbitragem.

A lei brasileira de arbitragem, tal como a maioria das leis arbitrais existentes, estabelece no artigo 1º da Lei nº 9307, de 23 de Setembro de 1996, o critério da patrimonialidade e da disponibilidade do direito litigioso para que possa ser arbitrável.

2. A nova lei portuguesa de arbitragem (Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro) adotou idêntico critério da patrimonialidade do direito (artigo 1º, nº 1), complementado pelo seu nº 2 que alarga o regime da arbitrabilidade aos litígios que, embora não envolvendo interesses de natureza patrimonial, admitem que as partes possam sobre ele transigir.

3. Claro que esta ampla formulação de arbitrabilidade admite limitações legais, quais sejam desde logo as de um conceito gerado no mesmo campo da arbitrabilidade mas de objeto e sentido diverso. Refiro-me à **arbitrabilidade subjetiva**. Isto é, a suscetibilidade de uma parte de um litígio poder ou não constituir-se parte num processo arbitral, atendendo, não às características do direito litigioso, mas à sua própria natureza jurídica e capacidade de exercício de direitos, mesmo tratando-se de direitos patrimoniais e disponíveis.

4. É neste domínio que, sobretudo, se colocam as pessoas jurídicas públicas, isto é, o estado federal, os estados federados, as autarquias municipais, etc., tendo em atenção características próprias da sua natureza jurídica que se revelem inconciliáveis com a natureza privada da arbitragem, embora esta seja capaz de poder dirimir litígios de forma legalmente vinculativa para as partes mesmo em questões de direito administrativo, desde que permitido por lei especial.

5. Aquelas características dos entes públicos à partida conflitantes com a arbitragem são a **autoridade** de que eles dispõem para gerir a coisa pública e o **interesse público** que lhes compete defender e promover.

6. Apesar disto, as sociedades modernas em que o setor privado assume cada vez mais um papel importante, seja na construção e gestão de grandes ou médios empreendimentos públicos (vias rápidas, hospitais, portos, aeroportos, etc.) seja no fornecimento ao público de bens e serviços, tem aberto cada vez mais a Administração Pública à gestão privada dos interesses públicos (nos contratos de concessão de bens e serviços públicos, nos contratos de PPP, etc., etc.).

Os entes públicos, sem a contratação de empresas privadas para colaborar com o setor público, dificilmente conseguiriam obter, exclusivamente por si só, os resultados que o setor privado pode oferecer-lhes.

7. Quais são, porém, os litígios de natureza administrativa arbitráveis? Ou seja, os que, muito embora estejam neles presentes quer o interesse público quer a autoridade própria dos entes públicos, ainda assim a lei admite que possam ser submetidos à dirimção arbitral.

Como se sabe, para além da invocação da reserva do interesse público, os estados são naturalmente ciosos de defender o que o princípio da separação de poderes, há mais de dois séculos, traçou. E a resolução de litígios pertence, genericamente, a outro órgão de soberania – os tribunais judiciais ou administrativos, enfim, os tribunais estaduais.

Tratando-se os tribunais arbitrais de entidades privadas, maior é, em tese, o fosso entre um órgão público detentor de autoridade e pautado por isso pelo *princípio da legalidade* e o árbitro que é um privado.

8. Todavia, quando a necessidade é muita, o engenho faz o resto!

E tem-lo feito nesta matéria da arbitrabilidade de forma tecnicamente consentânea com as necessidades de resolução de certos litígios, contribuindo para a preservação do benefício da colaboração entre o público e o privado.

9. Daí nasce o alargamento da arbitrabilidade em matéria de direito público, administrativo e também tributário como é o caso do meu País.

10. Concentremo-nos, porém, apenas no campo do Direito Administrativo, deixando de lado o Direito Tributário que não é tema prioritário desta conferência.

No Brasil, são conhecidos os limites da arbitrabilidade pelo menos até à promulgação de nova legislação arbitral ainda em preparação.

Vejamos, portanto, a título de direito comparado, o que de útil nos pode trazer a legislação portuguesa na matéria, na expectativa de que isso

possa contribuir para uma análise da situação vivida atualmente no Brasil.

11. Em Portugal, tem cerca de 70 anos a arbitragem em questões de fixação da indemnização nos casos de expropriação pública de bens privados.

Em 1969, porém, a lei passou a prever também a arbitragem para os contratos de empreitada de obra pública, cujo regime foi amplamente reformado pelo Código dos Contratos Públicos (CCP) de 2008 que, curiosamente, estabeleceu a obrigatoriedade de o árbitro julgar segundo a equidade dentro de um modelo muito abreviado e expedito do procedimento arbitral.

A revisão de 1982 da Constituição da República Portuguesa deu dignidade constitucional (artigo 209º) aos tribunais arbitrais, se bem que, como é óbvio, sem alterar a sua natureza privada e voluntária.

Este foi um passo muito importante, que se impunha no alargamento da arbitrabilidade ao setor público.

Porém, foi o ETAF (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais) que, em 1984, consagrou expressamente o seguinte regime:

Artigo 2º, nº 2:

São admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso.

Quer a LAV de 1986 quer a LAV de 2011 igualmente consagraram a possibilidade da dirimção de litígios envolvendo o Estado e outras pessoas coletivas de direito público, desde que estejam autorizados por lei ou, genericamente, se o litígio respeitar a relações jurídicas de direito privado.

O CPA (Código de Procedimento Administrativo) de 1991 reafirmou a arbitrabilidade das questões relativas aos contratos administrativos.

- (i) Em 2002, foi publicado um novo diploma legal – o CPTA (Código de Processo dos Tribunais Administrativos) – que consagrou a arbitrabilidade dos chamados atos administrativos contratuais, isto é, os atos administrativos praticados no âmbito da execução de contratos administrativos. Com total aplauso, dado que não faria sentido considerar arbitráveis os contratos administrativos e não os atos da Administração Pública relativos à sua execução, atos que sem dúvida poderiam bloquear a boa resolução dos litígios relativos aos contratos administrativos *a se*.

- (ii) E, ainda, aquela lei alargou a arbitrabilidade a certos atos administrativos isolados, ou seja, os que são praticados fora de qualquer âmbito contratual, desde que a decisão arbitral não se refira à validade do ato administrativo.¹

- (iii) Também as questões relativas ao emprego público podem ser submetidas a arbitragem.

- (iv) Um aspeto fundamental a reter na operacionalidade da arbitragem no Direito Administrativo assim concebida respeita, em tese, ao carácter potestativo do poder do particular em impor a arbitragem à Administração Pública, bem como a exigência da celebração da convenção de arbitragem, sem que, em qualquer caso, tal facto prejudique os direitos do particular até ao início do processo (v.g. suspensão de prazos de prescrição, direito a requerer prov. cautelares, a produção antecipada de provas, etc.). O CCP de 2008 admite, além disso e expressamente, a anulação de contratos públicos por via arbitral com fundamento em vícios procedimentais (art. 283-A, n.º 4).

¹ Como se sabe, os vícios do ato administrativo que determinam a sua invalidade são a incompetência, a violação da lei, o vício de forma e o desvio de poder. O campo da arbitrabilidade limita-se, assim, neste domínio, a questões de oportunidade e conveniência dos atos administrativos praticados que sobre esta matéria estejam sujeitos a sindicância judicial, de tal modo se esta é permitida naqueles domínios também a sindicância arbitral é.

(v) A modificação do objeto de um contrato público pode igualmente ser pedida ao árbitro (art. 311º), com a ressalva de a decisão arbitral não poder conduzir à alteração das prestações principais, nem interferir na livre decisão das autoridades administrativas subjacente ao contrato. Não pode, em suma, o poder jurisdicional pertencente aos tribunais ou ao árbitro substituir-se ao poder das entidades administrativas de exercer a sua competência em exclusivo.

Como é sabido, os tribunais não são órgãos executivos. É desnecessário lembrá-lo.

(vi) A extinção de um contrato público por resolução pode também ser determinada por sentença arbitral (arts. 330º e 332º).

(vii) Do mesmo modo, a fixação dos valores por trabalhos a mais e dos prazos de execução respetivos.

(viii) A reposição do equilíbrio financeiro nos contratos de PPP é habitualmente cometida à arbitragem, tal como em geral todo o contencioso relativo a contratos de concessão de serviços públicos.

- (ix) De notar, porém, que não são arbitráveis os atos pré-contratuais de contratos administrativos (praticados nos processos de licitação, etc.).
- (x) Também não são arbitráveis, a não ser a título instrumental ou prejudicial noutra processo arbitral, a apreciação e decisão específica sobre a legalidade de normas regulamentares arguidas de inconstitucionalidade ou da ilegalidade.

12. O novo Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais (em curso de publicação) passou, todavia, a exigir a existência de lei prévia especial ou de convenção de arbitragem que prevejam a arbitragem, de forma genérica ou específica. Trata-se assim de uma semi-potestividade.

E o novo Código alargará também a todos os atos administrativos, naquelas condições, a arbitrabilidade no campo anulatório.

13. Aqui chegados, cabe perguntar, o que permitiu em Portugal esta autêntica revolução no domínio da admissibilidade da arbitragem no âmbito do Direito Administrativo, sobretudo no contencioso contratual administrativo, não só mediante o alargamento e frequente

utilização da arbitragem na generalidade do contencioso dos contratos administrativos, mas também no contencioso ordinário dos atos administrativos que, como é sabido, traduzem a expressão de poderes de autoridade, dentro do princípio da legalidade dos atos públicos, designadamente a liberdade da Administração Pública de exercer unilateralmente aqueles poderes, incluindo a própria revogação de atos administrativos praticados, dentro de certas condições?

14. Tal facto deveu-se, sobretudo, às seguintes razões:

1º. A necessidade de garantir à iniciativa privada um mecanismo célere de dirimção de litígios face aos volumosos investimentos que a iniciativa privada era chamada a efetuar, tendo igualmente em conta os atrasos crónicos da justiça administrativa.

2º. A consagração constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais, embora situados fora da organização judicial e conservando a sua natureza privada. Desapareceu, assim, a dificuldade ontológica de submeter a árbitros questões de interesse público.

Creemos que neste particular tem residido, no Brasil, a maior dificuldade em alargar o contencioso administrativo à esfera da

arbitrabilidade, o que implica obviamente o alargamento do conceito desta.

3º A autonomização da Administração Pública relativamente ao Governo, através de institutos públicos autónomos, para celebrar contratos administrativos ao ponto de se admitir que ela, podendo, como pode, regular a disponibilidade do interesse público mediante a celebração de contratos (contratos administrativos) com particulares, também há-de poder cometer a árbitros a resolução de litígios surgidos no domínio da celebração e execução dos mesmos contratos daquela natureza.

4º O raciocínio inverso também é válido. Em Portugal, está estabelecido na legislação administrativa que a Administração Pública detém amplamente o poder da conversão de um ato administrativo em contrato para satisfação de idêntica finalidade.

Isto é, em lugar de decidir unilateralmente, por exemplo uma licença, pode preferir contratualizar com o privado interessado esse licenciamento.

5º O projeto do novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais (ainda não finalizado) alarga

substancialmente o leque dos atos administrativos arbitráveis, passando a abranger praticamente todos os atos administrativos, incluindo sobre questões de validade, para além de todos os contratos administrativos, quanto àqueles com exclusão apenas dos relativos ao exercício das funções políticas, legislativas e jurisdicionais.

E também com exclusão, no domínio do emprego público, de direitos indisponíveis e de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

6º O novo Código irá prever a publicação subsequente de legislação especial para o exercício do direito potestativo visando a celebração de convenção de arbitragem, sem prejuízo da plena eficácia das convenções arbitrais celebradas. Neste caso, não é necessário utilizar qualquer direito potestativo. O interessado fará funcionar a convenção de arbitragem para obrigar a Administração Pública a participar no processo arbitral.

7º A título meramente informativo, importa dizer que existe uma câmara particular de arbitragem – o CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa – criado para administrar arbitragens administrativas e tributárias.

Mas, ele não tem qualquer competência exclusiva. Qualquer outra câmara arbitral ou arbitragem ad hoc pode ser escolhida por acordo entre a Administração Pública e os interessados particulares na convenção de arbitragem que, como já se disse, pode ser imposta por um tribunal administrativo no caso de não existir acordo entre as partes.

8º Algumas notas que constituem conselhos de caráter prático na matéria aqui tratada.

- são cláusulas arbitrais denominadas exorbitantes as que prevejam a arbitrabilidade em matérias que a lei não permite, tais como:

- a) responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política, legislativa e da função jurisdicional (art. 185º CPT AF)
- b) quando o tipo do litígio ou o valor dele não esteja previsto em lei especial, como suscetível de resolução por via arbitral
- c) quando não for autorizado pelo ministro da tutela, ressalvada a existência de convenção arbitral prévia

- a redação de cláusulas compromissórias apresentam-se, quanto à abrangência do seu conteúdo, ou de caráter restritivo ou genérico.

Dado o *numerus clausus* da arbitrabilidade no Direito Administrativo apesar da sua grande amplitude, a redação das cláusulas arbitrais deve ser feita do modo mais claro e concreto possível para evitar a arguição de invalidade por inarbitrabilidade.

Mas, por outro lado, na definição do objeto do litígio suscetível de resolução mediante o recurso a arbitragem, na dúvida sobre a inclusão ou não de matérias que não estejam clara e expressamente definidas deve concluir-se sobre a sua inclusão no âmbito da arbitragem, salvo se a generalização e inclusão se mostrar violadora de norma reguladora da arbitrabilidade. Deve notar-se que não vigora no direito português o critério interpretativo *contra proferentum*.

A cláusula deve ser interpretada com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante.

- Sobre os limites jurisdicionais dos árbitros em matéria de arbitragem de Direito Administrativo, como arbitragem

voluntária que vigora plenamente o princípio da inexistência de arbitragem sem que tenha sido celebrada uma convenção de arbitragem. E, havendo convenção, só são arbitráveis os litígios que nela se encontrem previstos.

- Em Portugal, a arbitragem administrativa encontra-se processualmente regulada na Lei de Arbitragem Voluntária que lhe confere por isso um regime igual ao de qualquer outra arbitragem, incluindo a mais comum que é a arbitragem comercial.

A competência para o reconhecimento dos meios impugnatórios ou, se tiver sido acordado, da via do recurso são exatamente os mesmos da arbitragem comercial.

Com uma única exceção: os tribunais estaduais com competência para o conhecimento da impugnação ou do recurso são os tribunais administrativos, tanto na primeira instância (tribunal administrativo de círculo), quer na segunda instância (tribunal central administrativo), quer em última instância (supremo tribunal administrativo).

Os fundamentos processuais da impugnação anulatória, conseqüentemente, são rigorosamente os mesmos.