

COLÓQUIO SOBRE ARBITRAGEM NO BRASIL E EM PORTUGAL

1. O tema que me proponho tratar é o da arbitragem de direito público no Brasil e em Portugal

A arbitragem, como forma de resolução de litígios, encontra-se consagrada, quer no Brasil, quer em Portugal, numa lei de arbitragem, que foi provavelmente pensada fundamentalmente para os litígios comerciais.

Em que medida porém, podem os litígios entre o sector público e os particulares, entendido sector público como abrangendo o Estado e ainda os entes de direito privado por ele controlados e as demais pessoas colectivas de direito público, ser resolvidos por arbitragem? E em que medida podem as relações entre o sector público e os particulares regulados por normas de direito público ser compatíveis com a aplicação do instituto da arbitragem?

2. Devo antes de abordar o tema fazer algumas prevenções. A primeira é a de que o meu conhecimento do direito brasileiro é muito limitado, pelo que a exposição incidirá sobretudo sobre o direito português.

A segunda é a de que ao tratarmos do direito público pretendemos limitar estas palavras ao direito administrativo, sem pretendemos inquirir acerca do direito fiscal ou outros. E mais concretamente, face ao período de tempo de que dispomos, pretendemos concentrar a nossa atenção nos contratos administrativos, ou seja nos contratos celebrados entre a Administração e os particulares, ou entre pessoas colectivas da Administração que estejam sujeitos a um regime de direito público.

3. A questão da admissibilidade do recurso à arbitragem no direito público tem ganho importância prática sobretudo a respeito da figura do contrato administrativo.

De facto, as intervenções do Estado no processo de desenvolvimento económico em qualquer dos dois Países tem elevado para o primeiro plano as denominadas parcerias público privadas, em que se pretende associar o capital e o dinamismo privado à realização e exploração de grandes obras públicas ou a serviços de interesse geral.

Ora, muitas vezes, é condição para atrair esse capital privado e os pesados investimentos associados, a estipulação de arbitragem como método célere e fiável de resolução de conflitos entre o Estado e os investidores privados relacionados com os contratos a celebrar.

Ora esses contratos ou são de empreitada de obra pública, ou de concessão de obra pública, ou visam a exploração de bens do domínio público, ou garantem a prestação de um serviço público em regime de delegação ou de concessão. São pois em regra contratos administrativos regidos em larga parte do seu regime por normas de direito público.

Será legal e constitucionalmente admissível incluir neles cláusulas de arbitragem, normalmente designadas como cláusulas compromissórias?

4. Como se sabe, quer o Brasil quer Portugal têm uma lei de arbitragem voluntária, que consigna o regime da arbitrabilidade dos litígios em termos muito semelhantes.

Vamos tentar identificar o regime que decorre de qualquer deles para depois analisarmos as alterações que por força da legislação posterior vieram a ser introduzidas.

4.1. Em Portugal, a Lei nº 31/86 de 29 de Agosto determina no seu artigo 1º nº 1 que **"desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial, ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes mediante convenção de arbitragem à decisão dos árbitros"**.

É manifesto que o legislador, ao ressaltar apenas a hipótese de lei especial submeter exclusivamente o litígio a tribunal judicial, esteve a conceber unicamente a arbitragem pensando em litígios de direito privado que pudessem ser submetidos a esse tribunal.

Em segundo lugar, deve salientar-se que ao condicionar a arbitrabilidade à disponibilidade dos direitos, o legislador não excluiu, só por esse facto, a arbitrabilidade de relações contratuais ou extracontratuais onde normas imperativas fossem aplicáveis ao conteúdo dessa relação.

De facto, mesmo em relações contratuais sujeitas a normas imperativas a transacção é admissível.

Apenas excluiu aquelas relações jurídicas onde a lei criou direitos irrenunciáveis, o que sucede nomeadamente no domínio dos direitos de personalidade e outros direitos pessoais.

Mas a Lei Portuguesa contempla expressamente o caso do Estado, no nº 4 do seu artigo 1º, determinando que "***o Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizadas por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado***".

No plano do Estado, a arbitrabilidade identifica-se assim como a natureza jurídica das relações em causa, ficando excluída salvo lei especial, a arbitragem quando estiver em causa relações de direito público, nomeadamente de direito administrativo.

Três comentários merecem esta disposição quando articulada com o artigo 1º da Lei nº 31/86.

O primeiro é o de que o princípio da legalidade da Administração, que exigiria uma lei expressa habilitadora para que a Administração disponha de poder ou de competência para praticar determinado acto ou celebrar um contrato, não se estende ao domínio da capacidade de direito privado das pessoas colectivas que integram a Administração. As pessoas colectivas públicas têm a mesma capacidade de direito privado que as pessoas colectivas privadas e por isso, mesmo sem lei especial, podem nos seus negócios de direito privado, estipular convenções de arbitragem.

O segundo é o de que a Lei nº 31/86 não veda em si a arbitragem em contratos administrativos, exige apenas lei especial que a preveja, precisamente em homenagem ao princípio de legalidade e porque estamos no domínio do direito público.

O terceiro é o de que esta disposição, interpretada à letra, poderia significar que a Administração gozaria até de mais ampla capacidade de se comprometer com árbitros do que os privados, pois sempre o poderia fazer desde que a relação fosse de direito privado, disponível ou não.

Ora não é esta, a nosso ver, o sentido de lei. Para além do requisito legal da disponibilidade dos direitos, que continua a exigir-se, a Lei nº 31/86 enunciou um outro requisito de arbitrabilidade ligado, precisamente ao princípio da legalidade - o de se tratar de direitos privados.

4.2. A Lei Brasileira de Arbitragem Lei nº 9307/96 que como se sabe permitiu no Brasil o ressurgimento da arbitragem como método de resolução de conflitos, determina, pelo seu lado, no artigo 1º que "***as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis***".

São pois dois os critérios, ou condições para a admissibilidade de uma convenção de arbitragem: a capacidade para contratar, e o facto de estarem em causa direitos patrimoniais disponíveis.

Ao fazer decorrer da capacidade para contratar a capacidade de celebrar convenção de arbitragem, a Lei Brasileira forneceu a base para que as pessoas colectivas de direito público, como as de direito privado, possam escolher a

arbitragem: em qualquer dos casos, o raciocínio é linear - se há pessoa jurídica - singular ou colectiva - com capacidade para contratar, há capacidade para recorrer à arbitragem.

Pode hoje considerar-se pacífica no direito brasileiro a convicção de que o Estado e as pessoas colectivas da Administração, ainda que qualificadas como de direito público, podem celebrar convenções de arbitragem em contratos de direito privado que celebrem precisamente porque se lhes reconhece, como às pessoas colectivas de direito público, uma capacidade genérica para celebrar negócios de direito privado limitado apenas pelo princípio da especialidade, ou seja, pelas atribuições da pessoa colectiva.

Distingue aqui a doutrina (Mauro Roberto de Matos – Contratos Administrativos e Lei de Arbitragem) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (julgado de 17/4/97) entre actividade económica e serviço publico, gestão privada e gestão publica, a primeira regida pelo direito privado e incidindo sobre direitos disponíveis, a segunda regida pelo direito publico e visando o interesse publico considerado como indisponível. Na primeira os contratos poderiam ser arbitráveis, na segunda – e trata-se aqui dos contratos administrativos - tais contratos nunca seriam arbitráveis. .

De uma forma ou de outra, a indisponibilidade dos direitos em controvérsia é a pedra de toque, nos dois casos, da admissibilidade da arbitragem.

Podemos efectivamente afirmar que, quer no Brasil quer em Portugal, a lei de arbitragem veio a permitir que o Estado e as restantes pessoas colectivas de direito público celebrassem convenções de arbitragem para resolução dos litígios surgidos quando estava em causa a actividade da Administração Pública que se subordinava a regras de direito privado.

Se o Estado ou a autarquia contratam um arrendamento ou um empréstimo comercial e se subordinam às regras que são aplicáveis a qualquer particular não pode ser posto em causa que se possam também comprometer em árbitros.

É certo que toda a actividade da Administração está sujeita ao princípio da legalidade, mas quando a Administração age como um particular, este princípio aplica-se-lhe, como a qualquer particular, impondo-lhe apenas um limite negativo à sua acção. Não a impede de modelar a sua actividade com a mesma liberdade e autonomia que um particular, nem de estipular a arbitragem como meio de resolução de conflitos.

Os direitos que são adquiridos neste quadro de acção são assim considerados disponíveis e a convenção de arbitragem é admitida para a resolução dos litígios emergentes do arrendamento ou do empréstimo, do mesmo modo que o seria se estivesse em causa a acção de um particular.

O facto de o Estado e outras organizações de Administração serem pessoas colectivas de direito público não impede de facto que largos segmentos da sua actividade se pautem pelo direito privado no exercício de uma capacidade jurídica em tudo análoga à das pessoas colectivas de direito privado, ou seja, limitada apenas pelo princípio da especialidade.

E o que se diz de pessoas colectivas de direito público aplica-se por maioria de razão, a sociedades de economia mista dominadas pela Administração Pública ou empresas de capitais públicos, que são de facto meros veículos de direito privado através dos quais a Administração Pública prossegue a sua actividade.

No Brasil, a admissibilidade da arbitragem como meio de resolução de litígios do Estado quando o Estado actua num quadro de direito privado foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal num caso que se tornou bastante conhecido, designado como caso Laje, em que estava em causa o legado ao Estado do espólio de Henrique Lage, contestado por outros legatários.

O fundamento da arbitrabilidade foi precisamente reconhecer-se que a própria autonomia negocial que era intrínseca da submissão ao direito privado, implicava que fosse permitido ao Estado o que era também permitido aos outros particulares que com ele se relacionavam nessa actividade - a capacidade de estabelecer convenções arbitrais.

Para a doutrina brasileira, ficou assim claro que nos casos em que o Estado actua como ente de direito privado, por se submeter ao regime próprio de relação entre particulares, é perfeitamente cabível a utilização de arbitragem.

Pelo contrário, nas relações em que o Estado age como Poder Público, através de actos de autoridade, ou através de contratos regidos pelo direito público, já não seria admissível o recurso à arbitragem.

5. Embora os regimes consagrados na Lei de Arbitragem Portuguesa e Brasileira sejam muitos semelhantes, há, a partir de então, uma diferença muito sensível na evolução legislativa.

Examinemos estas diferenças e procuremos encontrar a razão distintiva.

5.1. Começemos agora pela evolução que ocorreu no Brasil.

Encontramos aqui perfeitamente consolidada a noção de que, ao agir no domínio do direito privado, as entidades do sector público quer sejam pessoas colectivas privadas como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quer sejam pessoas colectivas de direito público como a União, o Estado, ou as autarquias, e outros, podem celebrar convenções de arbitragem.

A pressão do desenvolvimento económico e as condições para o recurso em maior dimensão às parcerias público privadas - que consubstanciam contratos administrativos com algumas características próprias como a existência da contraprestações pelo ente público - começam, no entanto, a exigir que se coloque a questão da arbitrabilidade pelo menos de alguns contratos administrativos, ou de algumas cláusulas desses contratos.

Face, no entanto, aos condicionamentos impostos pelo princípio da legalidade em tudo o que seja capacidade de direito público, e à exigência de a Administração prosseguir sempre o interesse público, as aberturas que a legislação veio a introduzir à arbitrabilidade nos contratos administrativos foram no entanto sempre pontuais e muito limitadas.

De facto, sendo a arbitragem sempre concebida como uma forma de as partes comporem os seus próprios interesses, a noção de livre disponibilidade sempre lhe esteve associada, condicionando-a, e por isso os casos de arbitrabilidade em contratos administrativos que a lei veio a consagrar sempre foram considerados excepcionais e objecto de uma interpretação restritiva.

A questão da admissibilidade da arbitragem em contratos administrativos foi apreciada mesmo antes da Lei de Arbitragem de 1996 pelo Tribunal de Contas da União, num sentido bastante negativo.

De acordo com a Corte de Contas a utilização do juízo arbitral em contratos administrativos afrontaria uma série de princípios de direito público, dentre eles:

- a) o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado;
- b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração;
- c) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesse público;
- d) o do controlo administrativo ou tutela;
- e) o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

No entanto a Lei nº 8666/93 sobre Licitações e Contratos Administrativos já mandava aplicar no seu artigo 54º, aos contratos administrativos, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

O próprio Código Civil nos artigos 102 a 1036º e depois de 2003 no artigo 853º passou a admitir genericamente a cláusula compromissória.

Apesar de tudo isto a orientação dominante era claramente negativa quanto à admissibilidade de arbitragem em contratos administrativos.

Somente após a publicação da Lei de Concessões (Leis nº 8987/95 e 9074/95) que previu no seu artigo 23º, que o contrato deveria dispor sobre a forma de composição amigável das divergências contratuais, o Tribunal de Contas reviu o seu entendimento e passou a admitir a inclusão de arbitragem nos contratos administrativos, mas desde que as cláusulas julgadas sujeitas ao julgamento dos árbitros não ofendessem o princípio de legalidade e o da indisponibilidade do interesse público.

Neste mesmo sentido se pronunciou a doutrina mais significativa (é o caso do Prof. Arnoldo Wald aqui presente), embora com posições divergentes de alguns.

O fundamento da admissibilidade da arbitragem residiu assim no facto de o legislador de 1995 utilizar, a respeito dos contratos administrativos de concessão, a expressão modo amigável de solução de divergências em oposição a solução jurisdicional de controvérsias.

Para evitar dúvidas, a Lei nº 11196 de 2005 veio a prever expressamente, ainda nas Concessões, a arbitragem entre os meios que podem ser empregues para resolução de disputas, criando para o efeito um novo artigo 23º-A na Lei de Concessões, e exigindo em qualquer caso que a arbitragem seja no Brasil e em língua portuguesa.

A arbitragem passa assim a ser permitida em alguns contratos administrativos, mas apenas, de acordo com a orientação dominante, mesmo do Tribunal de Contas, desde que se esteja perante cláusulas tais que a decisão arbitral não ofenda o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Por outras palavras, desde que estejamos no âmbito de discricionariedade das partes e se trate de resolver pendências de carácter patrimonial na execução das cláusulas contratuais que não invadam o princípio da legalidade.

O critério é no entanto frágil, pois as questões mais sensíveis suscitam-se precisamente quando a Administração, face a um conflito, pretende lançar mão das suas prerrogativas de autoridade, modificando unilateralmente o contrato, impondo sanções, pondo termo ao contrato.

Outras lei passaram, nesse mesmo contexto, a prever a possibilidade de recurso à arbitragem:

- Lei 9478 de 1997 sobre política energética nacional;
- Lei 10433 de 2002 que cria o mercado grossista ou atacadista de energia eléctrica (a Medida provisória 29 de 7/2/2002 prevê a arbitragem relativa a empresas concessionárias quando estejam em causa direitos relativos aos créditos e débitos decorrentes das operações realizadas nesse mercado, precisamente porque considerados disponíveis);
- Lei 11079 de 2004 sobre parcerias público privadas
- Lei 10848 de 2004 sobre comercialização de energia eléctrica

Duas observações se impõem:

A primeira é de que o condicionamento imposto ao recurso à arbitragem cria dificuldades sérias na determinação do âmbito da mesma, oferecendo o flanco à impugnação da própria arbitrabilidade.

Este condicionamento resulta a nosso ver de alguma dificuldade na conciliação entre o regime de estrita vinculação legal e a arbitragem como forma de composição entre as partes.

Em nossa opinião, face à necessidade de respeitar o critério da disponibilidade dos direitos, como condição da arbitrabilidade, a validade de convenção arbitral nos contratos administrativos não exigira lei especial, mas só será admissível se o objecto do litígio não respeitar à aplicação de normas de direito administrativo que prevejam poderes estritamente vinculados.

Já a circunstancia de estar em jogo o interesse publico a nosso ver não pode ser um obstáculo à arbitrabilidade, pois o próprio facto de haver um contrato administrativo revela que para a lei a Administração é livre de modular a prossecução desse interesse publico negociando com os particulares. De facto, o grau de prossecução do interesse publico deriva muitas vezes do volume dos recursos usados pela própria Administração, e da própria negociação livre com os privados, pelo que um litígio neste domínio situa-se sempre em termos semelhante, ou pelo menos paralelos, ao da negociação que visa a prossecução de interesses privados. Basta pensarmos que um litígio entre um dono da obra e um empreiteiro sobre erros de projecto não varia muito de natureza consoante se tratar de uma obra publica ou de uma obra privada.

Uma observação final: mesmo nos casos de lei especial expressa ela é entendida como uma aplicação do artigo 1º da Lei de Arbitragem de 1996 e por isso sujeita a critério de disponibilidade.

Mas ainda assim tais leis especiais seriam mera afloração de um princípio geral, o qual seria extensível a outros casos.

5.2. Em Portugal, em que partimos da regra atrás enunciada, semelhante à Brasileira, sucedeu que, embora a lei de arbitragem voluntária se mantenha intacta desde 1986 (salvo um pequeno ajustamento em 2003), a lei administrativa, e em especial a lei do contencioso administrativo, teve uma importante evolução permitindo o reequacionar em termos genéricos da questão da arbitrabilidade dos contratos administrativos e mesmo das relações jurídicas de direito administrativo.

A evolução dá-se através de dois passos sucessivos .

Em 1991 com o Código de Procedimento Administrativo.

E em 2002 com o Código de Processo de Tribunais Administrativos.

Em 1991 o Código de Procedimento Administrativo determina no seu artigo 188º que é válida a cláusula pela qual se disponha que devem ser decididas por árbitros as questões que venham a suscitar-se entre as partes num contrato administrativo.

Esta disposição introduziu uma modificação substancial e até revolucionária no regime vigente, pois como se sabe os contratos administrativos não são contratos regidos pelo direito privado, mas sim e unicamente contratos que pela sua natureza especial, pelo facto de associarem de forma especial um particular à prossecução do interesse público são regidos pelo direito administrativo. O próprio CPA prevê aliás em algumas das suas disposições - em especial no artigo 190º - a existência de poderes excepcionais ou prerrogativas de autoridade que a Administração pode lançar mão em qualquer contrato administrativo. Entre esses poderes, conta-se, por exemplo, o poder de aplicar sanções através de actos de autoridade ou de modificar unilateralmente o conteúdo do próprio contrato.

Trata-se pois claramente de contratos celebrados e executados num ambiente de direito público. E no entanto é precisamente para estes mesmos contratos, que o CPA admite expressamente o recurso à arbitragem.

A primeira razão para tal volte-face doutrinal encontramos-na na consagração do princípio da autonomia da Administração para celebrar contratos administrativos, autonomia essa que foi consagrada em lei geral - precisamente no Código de Procedimento Administrativo -, dispensando a necessidade de lei especial

autorizar a Administração para celebrar cada tipo de contrato. A competência legal para a prática de um acto administrativo passou assim a ser base legal para a competência para a celebração de contrato administrativo com o mesmo efeito.

O princípio da autonomia contratual, criando uma capacidade nos órgãos da Administração para modelar as relações com particulares, no espaço de discricionariedade que lhe é consentido pela lei, é de facto a primeira pedra de toque que permite romper com o espartilho que o princípio de legalidade vinha constituindo na sua configuração mais estrita, e que condicionava qualquer meio de acção da Administração à sua conformidade com um tipo previamente previsto e autorizado na lei. Deixando a lei espaços de discricionariedade à Administração na aplicação de regimes jurídicos, o princípio da autonomia aproveita esses espaços conferindo à Administração uma liberdade de contratação próxima da que a Administração possui quando actue num quadro de direito privado.

Ora, sendo assim, não se justificaria que fosse num caso admissível a convenção de arbitragem e no outro não.

Mas esta não foi a única base para uma tal evolução legislativa.

A segunda pedra de toque, tão ou mais importante do que a primeira, foi a consagração na nossa Constituição na revisão de 1982, dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais (artigo 209º).

Face a esta consagração constitucional, a arbitragem deixou de poder ser caracterizada como uma forma de as partes auto-regularem os seus interesses, semelhante por isso ao contrato, para passar a configurar uma verdadeira forma

de administração de justiça, ou seja um mecanismo de heteroregulação de interesses.

Passou a ser a existir no nosso País arbitragem tendo por objecto relações jurídicas de direito administrativo, como são as relações emergentes de um contrato administrativo. Fora este caso, no entanto, todo o contencioso administrativo era confiado aos tribunais administrativos, que são tribunais estaduais.

Não só a arbitragem ficou permitida na lei geral a respeito da generalidade dos contratos administrativos como foi mesmo objecto de uma regulamentação especial no domínio do contrato de empreitada de obra pública e passaram a ser frequentes os cadernos de encargos de concursos para empreitadas de obras públicas do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público contendo compromissos arbitrais.

Mesmo para outros contratos administrativos, como por exemplo, os contratos de concessão de obras públicas ou de serviços públicos foram frequentes as cláusulas compromissórias ou disposições de leis especiais aprovando as bases dos respectivos contratos incorporando tais cláusulas.

Esta prática resultou do facto de ser necessário garantir à iniciativa privada um mecanismo célere de resolução de litígios face aos volumosos investimentos que era chamada a realizar e às demoras da justiça administrativa, estão ainda regulados pelas leis do contencioso administrativo, de 1984 e 1985.

Uma questão surgia no entanto com frequência na arbitragem sobre contratos administrativos. Deveria admitir-se a arbitragem quando na execução de um contrato administrativo a Administração praticasse um acto administrativo

unilateral usando das prerrogativas de autoridade que andam associadas ao contrato administrativo?

A justiça administrativa portuguesa distinguia então claramente entre a via da acção administrativa, que era o meio processual idóneo para dirimir litígios sobre contratos administrativos e o recurso contencioso em que apenas se discutia a legalidade de um acto administrativo unilateral. Ora a arbitragem era concebida como um meio alternativo à acção administrativa, mas nunca ao recurso contencioso. Havendo acto administrativo não poderia assim haver arbitragem mas apenas recurso contencioso.

A arbitragem nos contratos administrativos, nesta fase, era assim incompleta ou imperfeita, pois não abrangia os casos mais importantes onde a Administração pretendia impor a sua autoridade preterindo os direitos individuais do contratante privado.

Por outro lado, a arbitragem nos contratos administrativos apoiava-se, como a arbitragem comercial, nos tribunais judiciais, onde eram depositadas as sentenças arbitrais e para onde eram instauradas as acções de anulação. Dir-se-ia que a lei ignorava de alguma forma que os tribunais arbitrais que apreciavam os contratos administrativos eram na realidade tribunais arbitrais administrativos, aplicando direito administrativo.

Foi com a nova lei do contencioso administrativo de 2002 que a situação evoluiu de uma forma radical.

Em primeiro lugar, a arbitragem nos contratos administrativos e mais genericamente toda a arbitragem administrativa passa a apoiar-se nos tribunais administrativos e não nos tribunais judiciais. São os tribunais administrativos que

designam o terceiro árbitro, e é para eles que são instauradas as acções de anulação ou os recursos das decisões arbitrais. Passa pois a haver uma verdadeira arbitragem administrativa, autónoma de arbitragem comercial.

Mas em segundo lugar, embora a Lei de Arbitragem Voluntária se mantenha intacta, o âmbito da arbitragem administrativa alarga-se.

De facto, passa a abranger, por disposição expressa de lei não só os contratos administrativos, como os próprios actos administrativos relativos à execução de tais contratos, que antes apenas podiam ser impugnados através de recurso contencioso para os tribunais estaduais administrativos.

A arbitragem passou assim a poder incidir sobre a própria apreciação de legalidade de actos administrativos praticados pela Administração no exercício de prerrogativas de autoridade ao longo da execução dos contratos administrativos.

Atingiu-se assim no direito português uma nova plataforma no recurso à via arbitral qualitativamente diverso do que constava e formalmente ainda consta da Lei nº 31/86!

6. Observações finais

Que dizer destas duas evoluções e como explicar as diferenças?

A evolução em Portugal para uma solução genérica e liberal tem tido como principal apoio, o conceito incorporado na Constituição de que o tribunal arbitral é um verdadeiro tribunal, pelo que nenhum conflito ontológico surge com a

apreciação por tais tribunais de questões de legalidade num dos eventuais abusos do Poder Público.

No entanto existe uma fragilidade considerável pois a regra supletiva da arbitragem na Lei de Arbitragem Voluntária é ainda a da recorribilidade para os tribunais estaduais das decisões arbitrais. Neste contrato, o regime geral do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, embora bastante favorável à arbitragem, não dispensa convenções de arbitragem que claramente prescrevam a decisão arbitral como final, ou alternativamente, o recurso à equidade.

Quanto ao Brasil cremos que é precisamente o facto de ainda não se encarar a actividade dos tribunais arbitrais como verdadeira actividade jurisdicional com acolhimento na Constituição, mas apenas como forma de auto-composição de interesses, que impõe condicionamentos severos à arbitrabilidade no domínio dos contratos administrativos tornando muitas vezes incerto o âmbito da própria arbitrabilidade.

No entanto, e em contrapartida, está devidamente firmado o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais como regra geral, salvo sempre a possibilidade da sua anulação.

Julgamos que à medida que os tribunais arbitrais vierem sendo reconhecidos como verdadeiros tribunais, se dissipem as resistências a uma utilização mais ampla da via arbitral no domínio das relações do direito administrativo. A lei brasileira aliás já deu passos nesses sentido equiparando os árbitros a juizes dos tribunais estaduais para efeitos penais.

De facto, se tal qualificação fosse reconhecida genericamente, mesmo em questões de legalidade, a sujeição da Administração ao escrutínio dos tribunais

devia permitir o controlo da própria legalidade por tribunais arbitrais quando estejam em causa as relações emergentes de um contrato de direito público, independente de considerações sobre a disponibilidade ou indisponibilidade das cláusulas em litígio.

Uma tal qualificação permitiria, no limite, o abandono do critério da disponibilidade dos direitos como condição da própria arbitrabilidade conforme outros Países vêm seguindo, e a proposta de nova Lei de Arbitragem Voluntária elaborada pela Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem e entregue ao Governo veio a consagrar.

Este é porém tema de intervenção seguinte....

Lisboa, 30 de Abril de 2009