

Novas regras na arbitragem complicam negócios de milhões

Advogados do mesmo escritório deverão ficar impedidos de ser árbitros na arbitragem administrativa desde que colegas aí tenham outros processos. A regra, em vigor desde fevereiro, vem complicar a resolução de litígios à volta dos grandes contratos com o Estado.



A concessão Algarve Litoral (EN 125) está em arbitragem entre a concessionária Rotas do Algarve Litoral e a Infraestruturas de Portugal.

Pedro Noel da Luz

Só são elegíveis como árbitros os especialistas que “não sejam mandatários ou não integrem escritório de advogados em que um dos seus membros seja mandatário em qualquer processo arbitral tributário pendente”. Esta regra está em vigor desde fevereiro, na sequência de alterações ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), mas deverá aplicar-se igualmente à arbitragem administrativa, seja à que é realizada em centros de arbitragem criados para o efeito, seja à que ocorre em tribunais arbitrais criados para dirimir questões em casos concretos, a chamada arbitragem ad hoc.

Em causa está a forma como são resolvidos, entre outros, os litígios decorrentes de grandes contratos realizados com o Estado, relacionados por exemplo com eventuais direitos dos privados à reposição de equilíbrio financeiro nas parcerias público-privadas das autoestradas, ferrovia ou saúde e que envolvem milhões de euros. Estes casos praticamente nunca vão aos tribunais comuns porque os próprios contratos preveem logo que, se necessário, se recorrerá à arbitragem, organizada, em regra, pelas grandes sociedades de advogados. Ora, com esta nova regra, os advogados que não trabalhem em prática individual ficam bastante limitados na sua intervenção como árbitros.

Não faria qualquer sentido que o que vincula, e bem, a arbitragem fiscal, deixasse de fora a arbitragem ad hoc.

Nuno Villa-Lobos, Presidente do CAAD

A aplicação das restrições à arbitragem administrativa está, no entanto, longe de ser pacífica, com vários argumentos jurídicos em cima da mesa, pelo que, no limite, a questão acabará por ter de ser resolvida nos tribunais judiciais. Basicamente, o que acontece é que o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) prevê que na arbitragem serão aplicáveis aos árbitros “os deveres e os impedimentos previstos no regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, com as necessárias adaptações”. Ora, tendo sido alterados – e apertados – os impedimentos dos árbitros na arbitragem tributária, então essas mesmas regras deverão ter de se aplicar também à administrativa.

Nuno Villa-Lobos, presidente do Centro de Arbitragem Administrativa, não tem dúvidas de que assim será. “Julgo que a intenção expressa do legislador foi precisamente ancorar todo este universo ao exigente regime da arbitragem fiscal, o que significa que todos os tribunais arbitrais que tratem matéria administrativa estão igualmente vinculados”. E isso, acrescenta, “só pode ser bom para o sistema e para o nosso país”. Afinal, lembra, “um processo na arbitragem ad hoc, e refiro-me aos mais mediáticos, supera, em valor, o acumulado de todos os processos (cerca de 800) que o CAAD trata ao longo de um ano inteiro em arbitragem fiscal”, pelo que “não faria qualquer sentido que o que vincula, e bem, a arbitragem fiscal, deixasse de fora a arbitragem ad hoc em que o impacto financeiro para o Estado pode ser muito forte”.

Mais dia menos dia alguém vai invocar a nulidade de uma decisão e aí terão de ser os tribunais a decidir.

Nuno Cunha Rodrigues, Professor associado da FDL

Evitar conflitos de interesse

As alterações ao RJAT foram, aliás, sugeridas pelo CAAD, num registo, diz Nuno Villa-Lobos, de evitar “possíveis conflitos de interesse capazes de afetar a independência dos árbitros ou tão-só alimentar essa dúvida”. No Parlamento foi o PSD que acabaria por avançar com a proposta, no âmbito de um pacote de alterações em matéria fiscal, mas depois PS e Bloco juntaram-se-lhe e aprovaram a medida. Hugo Carneiro, deputado social-democrata, sublinha que se consegue assim uma “maior transparência” e “uma maior certeza sobre a independência dos árbitros”. E não tem dúvidas de que as restrições para a arbitragem tributária “se estendem a toda a arbitragem administrativa, por força da remissão feita pelo CPTA”.

Luís Terrinha, professor auxiliar de Direito Público da Nova School of Law, considera que é “defensável” que a nova regra do RJAT “tenha repercussões na arbitragem administrativa”. “Não pode valer tudo, até porque uma das partes é o Estado, tem de haver impedimentos, não podemos estar sujeitos a ter pessoas com mais ou menos conflitos de interesse em arbitragens contra o Estado”, sustenta. A forma como a alteração ao RJAT foi feita pode, no entanto, levantar dúvidas de interpretação, uma vez que não foi feita no artigo que se refere expressamente aos impedimentos – o artigo 8.º, do RJAT, mas num outro, o artigo 6.º, n.º 4, referente à designação dos árbitros. E isso pode levar a interpretações no sentido da não aplicação à arbitragem administrativa por não ser para aí que remete o CPTA.

Efetivamente, este é um campo onde há pano para mangas em matéria de interpretação da lei. Nuno Cunha Rodrigues, professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa, afirma que “é inequívoco que a nova regra se aplica à chamada arbitragem institucionalizada” como a do CAAD – onde ele próprio é árbitro – ou de centros de arbitragem. Nesse caso, se um dos advogados tiver aí um caso pendente, nenhum dos outros, da mesma sociedade, poderá atuar como árbitro no mesmo centro, ainda que noutros processos. “Isso é claro e a partir de agora não pode acontecer. Também se pode aceitar a interpretação de que um advogado que tenha processos pendentes em qualquer centro não pode ter colegas árbitros, mas essa interpretação não é ainda totalmente clara para mim”, admite. Como também não são totalmente claras as consequências no que toca à arbitragem ad hoc.

A Lei da Arbitragem Voluntária já assegura a independência e a imparcialidade dos árbitros.

Pedro Melo, Advogado da Miranda

Advogados estão contra

Do lado dos advogados ouvidos pelo Negócios, todos eles árbitros, há uma uniformidade de posições: a nova regra do RJAT não se aplica à arbitragem administrativa e muito menos à arbitragem ad hoc. José Luís Moreira da Silva, da SRS, explica que, quando o objeto do litígio são contratos, estamos “no âmbito total de disponibilidade das partes”. Há, no entanto, o “dever de revelação de potenciais conflitos de interesse”, sob pena de os atos do tribunal arbitral virem depois a ser anulados, e há jurisprudência nesse sentido, explica. “Se um colega do mesmo escritório está a patrocinar a parte contrária, tenho de revelar isso”, mas “as partes ainda podem dizer que apesar de tudo querem aquela pessoa e mesmo assim aceitarem”.

Também Pedro Melo, da Miranda, afirma não encontrar “motivo ponderoso para se aplicar o n.º 4 do art. 6.º do RJAT à arbitragem administrativa”. A Lei da Arbitragem Voluntária, diz, já tem “as normas nucleares para se assegurar a indispensável independência e imparcialidade dos árbitros” e o mesmo acontece com “o art. 8.º do RJAT, em que se elencam os casos de impedimentos paradigmáticos”.

*Já há na arbitragem administrativa dever de
revelação de potenciais conflitos de
interesse sob pena de atos serem anulados.*

José Luís Moreira da Silva, Advogado da SRS

Diogo Duarte de Campos, da PLMJ, contesta, igualmente, a aplicação da nova regra à arbitragem administrativa, considerando, que se trata de “uma especificidade da justiça arbitral tributária, que está entregue a apenas um centro [o CAAD] e com requisitos muito próprios que não pode ser repercutida para outros setores sem mais”. Por outro lado, acrescenta, mesmo que se aceitasse a remissão para as questões administrativas, “ter-se-ia de entender que apenas estariam impedidos de ser árbitros quem litigar arbitrariamente no CAAD em matéria administrativa e já não quem o faça nos Tribunais Administrativos e Fiscais”. Finalmente, salienta, tratando-se de impedimentos, “a remissão deve ser entendida apenas e só para os casos expressamente previstos na data da remissão [no CPTA] e não para outros que venham a ser adicionados”, como é o caso.

Perante as diferenças de interpretação, remata Nuno Cunha Rodrigues, “mais dia menos dia alguém vai invocar a nulidade de uma decisão e aí terão de ser os tribunais a decidir”.